

## Mónica Fernández Salgado

Juez sustituta, Orense. Socia de la FICP.

### ~Consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la pena o medida cautelar en delitos de violencia de género~

#### I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se aprobó para intentar luchar contra la violencia sufrida por las mujeres debido a la desigualdad existente en la sociedad actual e intentó abordar dicho cometido con medidas de educación, prevención, sensibilización y de protección social y económica<sup>1</sup>.

El artículo 1 de la LO 1/2004 define la violencia de género como todo acto de violencia física o psicológica “*que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. Se destaca el énfasis de la desigualdad de géneros como causa fundamental de la violencia, la concepción de que la violencia de género se restringe a la mujer pareja, la valoración de su mayor gravedad y la defensa de la agravación de la pena cuando son los hombres quienes ejercen la fuerza<sup>2</sup>.

La persecución del delito de maltrato habitual en este ámbito sirve para tutelar “*la paz familiar*”, afectada por unos actos violentos que dejan entrever la existencia de un espacio regido por el miedo y la dominación, dañando así el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

La jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina que sitúa el motivo de la tutela penal en la necesidad de proteger la dignidad de las personas que forman parte del

---

<sup>1</sup> PÉREZ DEL CAMPO, A., Medidas Integrales contra la violencia de género, Cuadernos de derecho judicial XXII 2005, Consejo General del Poder Judicial, pp. 261 y ss.

<sup>2</sup> LARRAURI PIJOAN, E. Criminología crítica y violencia de género, Edit. Trotta, Madrid 2007, pp. 84 y ss.

núcleo de la vida familiar y, sobre todo, en dar protección a la familia como institución reconocida y amparada por nuestro ordenamiento constitucional<sup>3</sup>.

El Tribunal Supremo en varias resoluciones ha señalado que el bien jurídico protegido es la paz familiar<sup>4</sup> al igual que distintas Audiencias Provinciales<sup>5</sup>.

## **II. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y MEDIDA CAUTELAR**

El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup> establece como primeras diligencias a practicar, las de protección a los ofendidos o perjudicados por el delito, pudiendo acordarse, a tal efecto, las medidas a que se refiere el artículo 544 bis<sup>7</sup>, el cual dispone que en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal<sup>8</sup>, se podrá, de forma motivada, y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado una serie de medidas, entre las que se encuentran la prohibición de

---

<sup>3</sup> Artículo 39 de la Constitución Española.

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2000 y de 11 de marzo de 2003.

<sup>5</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 1 de diciembre de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de octubre de 2004.

<sup>6</sup> Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley.

<sup>7</sup> 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 inculcado 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 inculcado 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. En caso de incumplimiento por parte del inculcado 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.

<sup>8</sup> Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, 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.

aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, o de aproximarse o acudir a determinados lugares, con la graduación que fuere precisa.

En el catálogo de las privativas de derechos del artículo 39 del Código Penal se incluye expresamente la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y la prohibición de comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

El artículo 57.2 del Código Penal establece que será obligatorio acordar siempre en sentencia como pena accesoria la prohibición de aproximación del artículo 48.2 del Código Penal respecto de los delitos relacionados con la violencia de género.

El quebrantamiento debe entenderse como incumplimiento en todo o en parte lo que ordene el Juez o Tribunal mediante sentencia referido a las condenas penales, pues el incumplimiento de sentencias de cualquier otro orden jurisdiccional supone un delito de desobediencia.

El Código Penal en el Capítulo VIII del Título XX del Libro II, en su artículo 468.2<sup>9</sup> regula el quebrantamiento específico referido a los delitos que nos ocupan. El bien jurídico protegido sería la administración de justicia, concretamente el cumplimiento de las resoluciones judiciales, pero, al mismo tiempo, se protegen los intereses de la parte que ve la medida o pena quebrantada por lo que algún autor considera que estamos ante un delito pluriofensivo en el que el bien jurídico protegido sería además la indemnidad de la mujer<sup>10</sup>.

### **III. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA**

Nos hallamos ante un supuesto de plena actualidad ya que, cada día, en los tribunales se dan supuestos de quebrantamiento de penas o medidas cautelares producidos con el consentimiento de las víctimas a quienes el ordenamiento intenta proteger.

---

<sup>9</sup> Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

<sup>10</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R. El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia de género, Revista para el análisis de derecho, 4, Octubre 2007, p. 9.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

Las razones por las que una mujer maltratada o agredida por su pareja decide reanudar el contacto o convivencia con su agresor pueden ser de tipo económico, al carecer de medios suficientes para ser autónomas e independientes; de tipo social, por la educación que han recibido; también puede responder a razones de tipo jurídico o legal, por sentirse desamparadas por los sistemas jurídicos y asistenciales y, por último, por razones de naturaleza psicológica, pues el maltrato puede afectar a la estabilidad psicológica de la víctima<sup>11</sup>.

El primer argumento que utilizó el Tribunal Supremo, en la Sentencia 1156/2005 de 26 de septiembre de 2005, para otorgar relevancia al consentimiento de la mujer, fue el de considerar que, el obligar a mantener un alejamiento en contra de su voluntad, supone una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “*vivir juntos*”, como recuerdan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988 y de 9 de junio de 1998.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de abril de 2008 entiende que el consentimiento de la mujer protegida podría resultar trascendente desde el punto de vista de la posible existencia en el acusado de un error vencible de prohibición.

No bastaría con que la mujer consintiera el quebrantamiento sería necesario además que ese consentimiento haya inducido razonablemente a considerar que la prohibición de aproximarse o de comunicar ya no estaba vigente y que no hubiera podido despejar esa incertidumbre por medios que se hallaran a su fácil alcance<sup>12</sup>.

En la actualidad parece pacífica la solución de que el consentimiento de la persona protegida no excluya la tipicidad del quebrantamiento y ello a la luz del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008, que estableció que: “*el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a los efectos del artículo 468 del Código Penal*”, refiriéndose a la punibilidad de la conducta a la que se ha impuesto la prohibición de acercamiento y comunicación, pero no a la de la mujer.

---

<sup>11</sup> MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. La violencia Doméstica, Edit Comares Madrid 2016, pp. 29 y ss.

<sup>12</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F, PUENTE SEGURA, L. Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales. Edita: Centro de Estudios Financieros. Coyve S.A. 2019, p. 70.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

La cuestión actual queda resumida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012<sup>13</sup> en la que, frente al motivo esgrimido por la defensa de la convivencia del agresor con la víctima en la creencia de la falta de vigencia de la orden alejamiento y por ello inconsciente de su quebranto, la Sala expone:

*“Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala conoce precedentes en los que el consentimiento de la persona en cuyo favor se ha dictado la orden de protección y alejamiento, actuaría como una causa de exclusión de la pena, legitimando la conducta de quien se aproxima a su pareja en manifiesta contradicción con el mandato jurisdiccional.*

*Así en las STS 1156/2005 de 29.9, 20.1.2006 y 8.4.2008, se rechazó la existencia de quebrantamiento cuando se reanuda la convivencia, estando vigente la medida de alejamiento, razonando que la pena o medida de alejamiento está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.*

*Pero una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez que, además tiene por objeto, obviamente una finalidad meramente preventiva, cuando, además no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir y otra muy distinta, aquella situación en la que, aun contando con la aceptación de la protegida - que había reanudado la convivencia con el condenado a la pena de prohibición de acercarse y comunicarse con ella- 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 graves -como la detención ilegal (STS. 28.9.2007).*

---

<sup>13</sup> CENDOJ.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

*En este sentido el Pleno no jurisdiccional de 25.1.2008, acordó que: "...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del Código penal ", tesis fue acogida por la STS 39/2009, 29 de enero, en base a la irrelevancia en derecho penal del perdón de la ofendida por la infracción criminal. El problema, no obstante -dice la STS. 61/2010 de 28.1 - no es, desde luego, sencillo. La idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo.*

*De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto. 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.*

*Qué duda cabe que la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia al ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad de una reanudación de la convivencia o, incluso, de restablecer por propia voluntad los vínculos jurídicos dejados sin efecto por la crisis que dio lugar al proceso penal, sigue permaneciendo intacta. Sin embargo, en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizado a posteriori, el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez.*

*La pérdida de autoestima por parte de la mujer, -sigue diciendo la STS. 61/2010 - que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección. Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de*

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

*unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento. De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material -pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento-, originada por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor.*

*Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia. Así en SSTs. 268/2010 de 26.2 y 39/2009, de 29 enero, que declara 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.*

*Cierto 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. En consecuencia, resulta obligado la aplicación del criterio general sentado por esta Sala en el Pleno antes mencionado, excluyendo cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por Mónica para la reanudación de los encuentros o de la convivencia. Por tanto, el acuerdo entre acusado y víctima -que en el caso presente ni siquiera la sentencia impugnada considera probado- no puede ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria. 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".*

Indicativa es igualmente la reciente Sentencia 398/2019 del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2019<sup>14</sup> que establece que:

---

<sup>14</sup> CENDOJ.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

*"Entendido el error como desconocimiento o equivocación sobre una realidad, distinguimos entre el error de tipo y el de prohibición. El primero supone la falta de conocimiento o conocimiento equivocado sobre los elementos del tipo, e implica desconocimiento del sujeto de que en su hecho concurre un elemento que aparece como constitutivo del tipo penal. Sus efectos inmediatos son la exclusión del dolo, que requiere el conocimiento de la concurrencia de todos los elementos fundadores de la prohibición, si fuera invencible también de la imprudencia. A tal fin el artículo 14 en su apartado primero dispone "El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente", debe entenderse, siempre que sea punible la modalidad culposa del delito de que se trate.*

*Si el error recae sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, "impedirá su apreciación" (artículo 14.2 CP). Por su parte el error de prohibición consiste en el conocimiento equivocado acerca de la ilicitud de la conducta que no excluye el dolo, sino la exigencia de conocimiento de la significación antijurídica de la misma. Afecta a la conciencia de la ilicitud y con ella a la culpabilidad. Respecto a él establece el artículo 14.3 "3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.*

*Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados". Sobre el error de prohibición tiene dicho esta Sala que al afectar a la conciencia de la antijuridicidad ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal).*

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

*El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre; 601/2005 de 10 de mayo; 865/2005, de 24 de junio; 181/2007, de 7 de marzo; 753/2007, de 2 de octubre; 353/2013, de 19 de abril; 816/2014, de 24 de noviembre; 670/2015, de 30 de octubre o 813/2016 de 28 de octubre). La conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza.*

*El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer 6 JURISPRUDENCIA la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior art. 6 bis a); "error sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente art. 14.3 (SSTS 1301/1998, de 28 de octubre; 86/2005, de 21 de julio; 411/2006 de 18 de abril, 429/2012, de 21 de mayo o 670/2015 de 30 de octubre).*

*La apreciación del error en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, de 30 de mayo).*

*El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partirse necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el*

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

*delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 1238/2009, de 11 de diciembre; 338/2015, de 2 de junio o 813/2016 de 28 de octubre).*

*El error, en los términos que aparece descrito en la sentencia recurrida, se proyectó directamente sobre la vigencia de la orden de alejamiento, es decir, sobre un elemento tipo. Un elemento de carácter normativo y no meramente descriptivo, consideración que no transmuta la categoría del error que sobre él recae como error de tipo excluyente del dolo. Aunque la distinción no es fácil cuando se trata de error sobre elementos normativos del tipo que determinan la antijuridicidad, y existen varias posiciones doctrinales, la mayoritaria sostiene que los errores sobre los elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, siempre son elementos del tipo y así deben ser tratados (entre otras STS 438/2018 de 3 de octubre).*

*Y en lo que tiene razón el Fiscal, tal y como plantea en el apartado último de su recurso, es que la Sala de apelación aplicó mal las consecuencias al error que apreció como error vencible de prohibición, al que, en embargo, dispensó el régimen previsto para el error de tipo, categoría en la que debe encuadrarse, según lo dicho, el que en este caso se apreció. Y así, aunque por camino equivocado, llegó al resultado idóneo, toda vez que el delito del artículo 468.2 Código Penal no tiene prevista modalidad imprudente, el efecto sobre el caso concreto ha de ser la absolución, que por ello va a ser confirmada."*

Reitera la posición mantenida por nuestros tribunales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que, en la Resolución emitida por la Sala Cuarta de 15 de septiembre de 2015, declara que: "los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida<sup>15</sup>."

---

<sup>15</sup> <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-483/09&language=es>.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

Algunas Audiencias Provinciales<sup>16</sup> consideran que la persona que consiente el acercamiento debe considerarse como coautora del delito de quebrantamiento, al haber sido cooperadora necesaria o inductora, dado que, la causa de realizar la conducta es, precisamente, la autorización de acercarse por parte de la víctima, así lo refleja la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 4 febrero de 2009 que establece que:

*"partiendo del encuentro voluntario lo decisivo para calificar la acción de Ana, como autora del delito del artículo 468,2 del CP, o más correctamente como cooperadora necesaria conforme a lo dispuesto en el artículo 28, según párrafo b) - figura asimilada a la autoría- es la acreditación de su conocimiento, es decir que conocía no solo la existencia de la prohibición de aproximación, sino también su alcance y tiempo de duración, que solo puede acreditarse fehacientemente mediante la prueba de la notificación de la resolución a la persona protegida por la orden .... Actuando con ese conocimiento y sabedora de la vigencia de la medida cautelar acudió voluntariamente al encuentro con Mariano, de lo que se desprende el ánimo de incumplir con la resolución judicial.... 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".*

En este sentido existen autores que no advierten inconveniente alguno para que la en este supuesto se pudiese responder de dicho delito en concepto de inductora, cooperadora necesaria o al menos cómplice<sup>17</sup>.

Otras Audiencias consideran que no puede exigirse responsabilidad a la víctima que consiente, toda vez que no es ella sobre la que pesa la prohibición, como la de Pontevedra que en su Sentencia de 10 mayo de 2011 establece que :

*"el hecho de que la mujer consintiera el acercamiento no puede hacerla cooperadora necesaria en la conducta de quien incumple la prohibición de acercarse, si tal prohibición solo a este fue impuesta. Es claro que la mujer protegida no puede ser autora material del delito especial propio del artículo 468.2 Código Penal en supuestos como el presente en que no es destinataria de la prohibición, por tanto no es la obligada a su cumplimiento....*

---

<sup>16</sup> CENDOJ.

<sup>17</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F, PUENTE SEGURA, L. Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales. Edita: Centro de Estudios Financieros. Coyve S.A. 2019, p. 70.

*No parece posible que la mujer beneficiaria de una orden de protección con el estatuto integral de protección conferido por el artículo 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su único deseo de reanudar la relación afectiva con su presunto agresor permita o busque incluso un acercamiento, pueda ser considerada como partícipe del delito especial propio del 468.2 Código Penal... En cualquier caso si se aceptara, lo que se dice como mera hipótesis, la posibilidad de su participación como cooperadora necesaria, concurriría el error invencible de tipo del artículo 14.1 Código Penal. En la medida en que Victoria no era la destinataria de la prohibición por tanto la obligada a su cumplimiento sino la protegida con tal medida, en que no se le ordenó ni requirió para que no permitiera que el obligado se le acercara o para no acercarse ella a él ni fue advertida de consecuencias penales para ella si consentía el acercamiento o lo buscaba ella misma, no podía conocer que con su conducta incurriría en la comisión de delito. La consecuencia conforme a los artículos 14.1 Código Penal es la exclusión de la responsabilidad criminal, por tanto su libre absolución."*

#### **IV. CONCLUSIONES**

En la actualidad el número de quebrantamientos, en el ámbito de los delitos de violencia de género, es muy alto y supone uno de los más numerosos por los que los maltratadores acaban en prisión.

El hecho de que La ley prohíba que una pareja con una orden decida volver a convivir de nuevo hasta que no esté en vigor puede parecer invasivo pero ha de relacionarse con el tipo de conductas en que nos hallamos en las que, a menudo, las víctimas siguen anuladas mucho tiempo, con graves desajustes psicológicos que les impiden tomar esa decisión por ellas mismas sin darse cuenta de que pueden volver a recaer en el infierno del que habían comenzado a salir.

La voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante porque el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y no cabe disponer de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal. El consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio. El derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor. La práctica diaria nos enseña que los consentimientos se

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.

No obstante considero, al igual que JIMÉNEZ DÍAZ, M. J, que el quebrantamiento de la medida cautelar merecería una pena menos grave que el quebrantamiento de una condena<sup>18</sup> permitiendo la suspensión de la medida y por tanto permitiendo la reanudación de la convivencia condicionada a la concurrencia de ciertas conductas del agresor y extremando las cautelas para la debida protección de la víctima.

---

<sup>18</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido, en La Ley Integral: un estudio multidisciplinar, Ed. Dykinson; Madrid, 2009, p. 397.