



**EL DELITO DE  
QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA EN  
LOS TIPOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando  
ISABELO JOSÉ ROMÁN BELMONTE  
para optar al Grado de Doctor en Derecho por la  
Universidad de Sevilla, bajo la dirección académica del  
Prof. Dr. MIGUEL POLAINO-ORTS**

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA  
CURSO ACADÉMICO 2020/2021



*A mi mujer y a mis hijos, por todo el tiempo que les he robado.*

*A mi hermano, por ser depositario de mis emociones.*

*A mis padres, por todo.*



## AGRADECIMIENTOS

A fuerza de ser sinceros, siempre dudé en poder llegar a este momento. Escribir estas líneas implica la visualización de la meta, la consecución del objetivo. Resulta emocionante echar la vista atrás y contemplar el camino recorrido. Ha resultado arduo y difícil, pero no he estado solo.

Muy principalmente, debo la presentación de este trabajo a mi director de tesis, el profesor Miguel **POLAINO ORTS**, a quien, a buen seguro, no se lo he puesto fácil a la hora de poder supervisar la tarea. Su paciencia ha sido infinita y su guía imprescindible para poder llegar a buen puerto. Asimismo, debo aquí mencionar muy especialmente al catedrático Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel **POLAINO NAVARRETE**, quien ha complementado la labor de mi tutor de forma valiosísima para mis intereses. Fue mi profesor de Derecho penal, allá por los años 90, y la vida ha permitido que nos volvámos a encontrar. Sus consejos y –cómo no– sus acertadísimos apuntes me han permitido un correcto enfoque de la materia y su posterior abordaje.

También me gustaría manifestar mi reconocimiento al profesor **LLANO ALONSO**, quien, como Vicedecano de Investigación y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, ha dirigido con maestría el programa de formación continua del cual he sido beneficiario y que me ha permitido mantener vivo el vínculo con la Facultad durante todos estos años. Su ayuda e implicación personales han llegado a ser fundamentales para mí en algún momento.

Por último, y no por ello de menor importancia, quisiera agradecer la amabilidad y ayuda prestada por parte del personal de la Biblioteca de la Facultad, del Secretariado de Doctorado – Vicerrectorado de Investigación, del personal administrativo del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales y del propio Decanato de la Facultad de Derecho.

## *Resumen*

La presente Tesis doctoral se aborda desde una perspectiva jurídico-criminológica. El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar es uno de los más frecuentes en la práctica forense y su relevancia es realmente alta en el ámbito de la lucha frente a la violencia sobre la mujer. Es un tipo delictivo muy arraigado en nuestra jurisprudencia y no tan analizado por la doctrina penal.

En su comisión subyace siempre una idea de fracaso del sistema, que no ha sido capaz de neutralizar el primer comportamiento delictivo del sujeto; a la que se une una singular puesta en peligro de la víctima, dada la aparente ineficacia de los medios de protección puestos a su servicio. En el marco de la violencia doméstica y de género, el riesgo pasa a ser más cierto para la víctima del delito de quebrantamiento que en otros supuestos delictivos, a raíz del desprecio del criminal por las barreras adoptadas no ya hacia la sociedad, sino más directamente enfocadas a garantizar la indemnidad de la mujer protegida.

Sin embargo, nos encontramos con una penalidad relativamente baja en relación con la peligrosidad demostrada y el fracaso de los fines preventivos de la pena. El legislador, además de equiparar quebrantamiento de condena con quebrantamiento de medida cautelar, ha optado por imponer la más grave de las penas previstas para estos casos en base a un criterio puramente objetivo, cual es la pertenencia de la víctima al círculo jurídico-familiar contenido en el art. 173.2 CP. Paralelamente, se introduce *ex novo* y de manera forzada un apartado que incrimina la manipulación de los dispositivos electrónicos de control, los cuales aparecen implantados sólo en el ámbito penitenciario y de violencia sobre la mujer.

Se configura así una suerte de *totum revolutum*, que acredita la exigencia de una mejor redacción del art. 468 CP, para lo que proponemos un desdoblamiento, que responda mejor a la pluriofensividad de la violencia doméstica, y una elevación generalizada de las penas, que refuerce su función intimidatoria y atienda a la proporcionalidad real del daño producido.

**Palabras clave:** delito de quebrantamiento, violencia sobre la mujer, medidas cautelares, prisión, víctimas, penas, riesgo, dispositivos electrónicos, peligrosidad, protección, funcionalismo, política criminal.

## *Abstract*

This doctoral thesis is approached from a legal-criminological perspective. The crime of breach of sentence or precautionary measure is one of the most frequent in forensic practice and its relevance is really high in the field of the fight against violence against women. It is a criminal type deeply rooted in our jurisprudence and not so analyzed by criminal doctrine.

In its commission, there is always an idea of failure of the system, that it has not been able to neutralize the first criminal behavior of the subject; coupled with putting the victim in danger, given the apparent ineffectiveness of the means of protection placed at their service. In the context of domestic and gender violence, the risk becomes more certain for the victim of the crime of infringement than in other criminal cases, as a result of the criminal's contempt for the barriers adopted not only towards society, but more directly focused on guaranteeing the indemnity of the protected woman.

However, we find ourselves with a lower penalty than the demonstrated dangerousness and the failure of the preventive purposes of the penalty. The legislator, in addition to equating violation of sentence with violation of precautionary measure, has chosen to impose the most serious of the penalties provided for these cases based on an pure objective criterion, which is the victim's membership of the class contained in art. 173.2 CP. At the same time, a section is introduced *ex novo* and forcibly incriminating the manipulation of electronic control devices, which only appear implanted in the penitentiary and violence against women.

Thus, a sort of *totum revolutum* is configured, which justifies a better wording of art. 468 CP, for which we propose a duplication that better responds to the multi-offense of domestic violence; and a generalized increase in penalties, which reinforces its intimidating function and takes care of the real proportionality of the damage produced.

**Keywords:** prison breaking, violence against women, precautionary measures, prison, victims, penalties, risk, electronic devices, dangerousness, protection, functionalism, criminal policy.



## ***ABREVIATURAS UTILIZADAS***

<i>ADPCP</i>	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
<i>Amp.</i>	Ampliada
<i>AP</i>	Audiencia Provincial
<i>APECC</i>	Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación
<i>Art.</i>	Artículo
<i>ATS</i>	Auto del Tribunal Supremo
<i>BOE</i>	Boletín Oficial del Estado
<i>BOJA</i>	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CCAA</i>	Comunidades Autónomas
<i>CE</i>	Constitución española
<i>CEDAW</i>	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
<i>CEJ</i>	Centro de Estudios Jurídicos
<i>CENDOJ</i>	Centro de Documentación Judicial
<i>CFGE</i>	Circular de la Fiscalía General del Estado
<i>CGAE</i>	Consejo General de la Abogacía Española

<i>CGPJ</i>	Consejo General del Poder Judicial
<i>CIS</i>	Centro de Investigaciones Sociológicas
<i>COMETA</i>	Centro de Control de Medidas Telemáticas de Alejamiento
<i>Coord.</i>	Coordinador
<i>CP</i>	Código Penal
<i>DF</i>	Disposición Final
<i>DGT</i>	Dirección General de Tráfico
<i>DLI</i>	Dispositivo de control para el inculcado/condenado
<i>DLV</i>	Dispositivo de control para la víctima
<i>DOUE</i>	Diario Oficial de la Unión Europea
<i>ECLI</i>	Identificador europeo de jurisprudencia
<i>Ed.</i>	Edición
<i>Edit.</i>	Editores
<i>EDJ</i>	El Derecho Editores Jurisprudencia
<i>EELL</i>	Entidades Locales
<i>EOMF</i>	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
<i>Fasc.</i>	Fascículo
<i>FCS</i>	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
<i>FD</i>	Fundamento de Derecho
<i>FGE</i>	Fiscalía General del Estado
<i>FJ</i>	Fundamento Jurídico

<i>GPS</i>	Sistema de Posicionamiento Global
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
<i>Id.</i>	El mismo
<i>INS</i>	Instrucción
<i>JVM</i>	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
<i>JVP</i>	Jueces de Vigilancia Penitenciaria
<i>LAJ</i>	Letrado de la Administración de Justicia
<i>LAJG</i>	Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita
<i>LEC</i>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>LECrim</i>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<i>LO</i>	Ley Orgánica
<i>LOGP</i>	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
<i>LOPJM</i>	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
<i>LORPM</i>	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
<i>LOTJ</i>	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
<i>LOVG</i>	L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
<i>MF</i>	Ministerio Fiscal
<i>Núm.</i>	Número
<i>ONU</i>	Organización de Naciones Unidas
<i>Op. cit.</i>	Obra citada

<i>Págs.</i>	Páginas
<i>Parág.</i>	Parágrafo
<i>PRIA</i>	Programa de Intervención para Agresores
<i>RCDS</i>	Registro Central de Delincuentes Sexuales
<i>RCMC</i>	Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes
<i>RCP</i>	Registro Central de Penados
<i>RCVD</i>	Registro Central de Violencia Doméstica
<i>RD</i>	Real Decreto
<i>RD-Leg.</i>	Real Decreto Legislativo
<i>RDPP</i>	Revista de Derecho y Proceso Penal
<i>REIC</i>	Revista Española de Investigación Criminológica
<i>Rec.</i>	Recurso
<i>RECPC</i>	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
<i>RJ</i>	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi Tribunal Supremo
<i>ROJ</i>	Repositorio Oficial de jurisprudencia
<i>RP</i>	Reglamento Penitenciario
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>Secc.</i>	Sección
<i>SES</i>	Secretaría de Estado de Seguridad
<i>SIRAJ</i>	Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia

<i>S.S.<sup>a</sup></i>	Su Señoría
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>TBC</i>	Trabajos en beneficio de la comunidad
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>Tít.</i>	Título
<i>TSJ</i>	Tribunal Superior de Justicia
<i>UE</i>	Unión Europea
<i>UNAM</i>	Universidad Nacional Autónoma de México
<i>UNED</i>	Universidad Nacional de Educación a Distancia
<i>URL</i>	Uniform Resource Locator
<i>US</i>	Universidad de Sevilla
<i>UVIVG</i>	Unidad de Valoración Forense Integral de Violencia de Género
<i>VD</i>	Violencia doméstica
<i>VG</i>	Violencia de género
<i>Vid.</i>	Véase
<i>Vol.</i>	Volumen
<i>VPR</i>	Valoración Policial del Riesgo



# ÍNDICE

## CAPÍTULO I

### *Perspectiva histórico-legislativa del delito de quebrantamiento de condena*

I.-	Introducción	21
II.-	Significación típica del quebrantamiento	27
III.-	Antecedentes histórico-legislativos	29
	1.- Código Penal de 1822	29
	2.- Código penal de 1848 y la reforma de 1850	32
	3.- Código penal de 1870	37
	4.- Código penal de 1928	42
	5.- Código penal de 1932	44
	6.- Código penal de 1944, texto revisado de 1963 y texto refundido de 1973	48
IV.-	Constitucionalismo y seguridad jurídica	56

## CAPÍTULO II

### *Violencia de género: perspectivas criminológica, victimológica y político-criminal*

I.-	Aspectos criminológicos del delito de quebrantamiento	63
II.-	Dimensión político-criminal	74
III.-	La mujer víctima de violencia de género	85
IV.-	Los menores, víctimas de violencia doméstica	97
V.-	La colectividad como sujeto pasivo del delito	107
VI.-	Estatuto jurídico de protección: la intervención administrativa	114
VII.-	Victimización primaria, secundaria y reiterada	122
VIII.-	Política criminal sobre la violencia de género en clave victimológica	131
IX.-	Valoración del riesgo: los protocolos de actuación	140

### CAPÍTULO III

#### *El delito de quebrantamiento de medidas de protección frente a la violencia de género (perspectiva funcionalista del Derecho penal del enemigo)*

I.-	Delimitación conceptual	159
II.-	Concepción realista de la norma jurídica	169
III.-	La idea de peligrosidad y su abuso en el Estado de Derecho	181
IV.-	La delimitación de la víctima en el Derecho penal del enemigo	193
V.-	Consideración criminológica y postulados del Derecho penal del enemigo	206

### CAPÍTULO IV

#### *Conducta típica*

I.-	Acción típica: contenido y estructura legal	223
II.-	Sujetos activo y pasivo	235
III.-	Resultado jurídico: causalidad y omisión	256

### CAPÍTULO V

#### *Tipicidad*

I.-	Elementos típicos	271
II.-	Naturaleza jurídica	282
III.-	Causas de atipicidad	294

### CAPÍTULO VI

#### *Antijuricidad*

I.-	Bien jurídico protegido: problemática de su disponibilidad	309
II.-	Naturaleza del objeto de tutela	324
III.-	¿Configuración subjetiva del tipo de injusto?	342
IV.-	Causas de justificación: especial referencia al consentimiento de la víctima	356



## CAPÍTULO VII

### *Culpabilidad*

I.-	Imputación dolosa	375
II.-	Fundamento del reproche normativo de responsabilidad	384
III.-	El delito de quebrantamiento como infracción de deber y delito de desobediencia	398
IV.-	Causas de exclusión de la culpabilidad	408

## CAPÍTULO VIII

### *La punibilidad*

I.-	Penas y medidas cautelares	427
II.-	Medidas de seguridad: de la medida de libertad vigilada	440
III.-	La reincidencia y la multirreincidencia	453
IV.-	Problemas de constitucionalidad	474
V.-	El SIRAJ	485
VI.-	El control telemático de penas y medidas: el art. 468.3 CP tras la reforma de la LO 1/2015	497
VII.-	La rehabilitación y la reinserción del condenado por delito de quebrantamiento: aspectos administrativos y penitenciarios	512

## CAPÍTULO IX

### *Iter criminis*

I.-	Actos preparatorios y actos de ejecución	527
II.-	Punición de la tentativa	531
III.-	Consumación delictiva	545

## **CAPÍTULO X**

### *Autoría y participación*

I.-	Autoría directa y mediata	553
II.-	Cooperador necesario	557
III.-	Inducción	560
IV.-	Complicidad	562
V.-	La actitud de la víctima, desde la perspectiva de género	564

## **CAPÍTULO XI**

### *Concursos*

I.-	Concurso de leyes	577
II.-	Concurso de delitos	589
III.-	Continuidad delictiva	603

## **CAPÍTULO XII**

### *Aspectos judiciales y procesales*

I.-	La orden de protección y la medida de alejamiento	621
II.-	Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Instrucción: aspectos competenciales	634
III.-	El artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	647
IV.-	Los medios de prueba	662
V.-	El acto formal de requerimiento al sujeto a prohibición	674
VI.-	Revocación de la suspensión de ejecución de la condena	684
VII.-	Competencias civiles del Juzgado de Violencia sobre la Mujer	691

<i>Conclusiones</i>	703
---------------------	-----

<i>Bibliografía</i>	729
---------------------	-----

## **CAPÍTULO I**

### **PERSPECTIVA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA**



## **I.- Introducción**

No resulta, en absoluto, casual la elección de esta materia como asunto principal de esta tesis doctoral. Durante mis últimos años de ejercicio profesional, en calidad de Letrado de la Administración de Justicia sustituto, he podido constatar la alta frecuencia con la que el delito de quebrantamiento aparece en los juzgados con competencia en materia penal, fundamentalmente, en dos ámbitos: el de la violencia doméstica y de género y en el de la seguridad vial.

Ambos sectores del ordenamiento jurídico-penal son ciertamente relevantes, por la entidad de los bienes jurídicos que los mismos protegen dentro del Derecho penal. Sin embargo, a lo largo de nuestra exposición, haremos un mayor hincapié en todo lo relativo a la violencia de género, independientemente de que se trate de quebrantamientos “puros” o de quebrantamientos que vayan acompañados de amenazas, coacciones y –no digamos– lesiones frente a las mujeres víctimas de esta clase de violencia.

Esto es así porque nuestro legislador ha venido reformando este Título XX al son de las necesidades de protección de las víctimas de la violencia machista. La equiparación, a efectos penológicos, del quebrantamiento de penas con el quebrantamiento de medidas cautelares (tan frecuentes en sede de violencia sobre la mujer) o la atención específica al fenómeno de su control telemático; no se hubieran producido o, cuanto menos, se hubieran

incorporado a nuestro ordenamiento con mayor retraso, si la lucha frente a este tipo de agresiones frente a la mujer no se hallara –y con motivo– en el primer plano de la opinión pública.

La introducción de tipos penales específicos de violencia sobre la mujer representa una manifestación evidente de lo que JAKOBS<sup>1</sup> denominó derecho penal del “enemigo”, esto es, un derecho penal especial que se aplica a los no ciudadanos, es decir, a aquellos que se consideran fuera del sistema social y que por ello atacan las bases del mismo; concluyendo que, contra estos enemigos, el sistema se encuentra en guerra y se le aplican sus técnicas, relajando las garantías y derechos propios del Estado constitucional.

Lógicamente, este modo de proceder sólo se aplica a las modalidades delictivas más graves contra las que el Estado tiene mayores dificultades para combatir, lo que ocurre con la violencia de género. En el Derecho penal del enemigo, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales<sup>2</sup> y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.

El problema principal que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿donde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?,

---

<sup>1</sup> Vid. JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2006.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>., *El retorno de la inocuidad*, en *Homenaje al Doctor Barbero Santos in memoriam*, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, página 699.

¿quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de igualdad ante la ley?

Las respuestas a este planteamiento son complejas<sup>3</sup> y, en parte, intentaremos encontrarlas a lo largo de estas páginas. Lo cierto e innegable es que la presión social, canalizada a través de los partidos políticos, resulta brutal, de ahí las dudas de constitucionalidad que han ofrecido las diversas reformas. Las críticas no son bien recibidas en este sector del ordenamiento, el cual, a diferencia del resto del sistema punitivo español, no responde bien a los principios garantistas que informan toda nuestra legislación penal.

Finalmente, se trata de un estudio amplio, que probablemente no podrá responder a todas las cuestiones que plantea un tema tan apasionante<sup>4</sup>, pero que también aborda la problemática social y penitenciaria del fracaso que conlleva este tipo penal. No obstante, hemos tratado de ser ambiciosos y abarcar un gran número de temas, en base a las conclusiones doctrinales y jurisprudenciales más recientes; todo ello en orden a aportar una visión real y no exclusivamente académica de cómo estas figuras son investigadas por nuestros órganos judiciales.

Superando esa visión reduccionista del Derecho Penal como matriz de

---

<sup>3</sup> SANZ MULAS, N., *Luces y sombras en la regulación penal de la violencia sobre la mujer en el ámbito familiar*, en GONZÁLEZ BUSTOS, M.A. (Coord.), *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, editorial Atelier Administrativo, Barcelona, 2009, págs. 201- 233.

<sup>4</sup> Una brillante exposición, enormemente crítica con esta legislación especial, ha sido llevada a cabo por GIMBERNAT ORDEIG en el *Prólogo* a la 14ª edición del Código Penal publicada por la editorial Tecnos, año 2014.

la que emanan el resto de Ciencias Penales, trataremos de consolidar una visión amplia e integradora que nos permita analizar el fenómeno desde todo sus aspectos: el origen y las formas de aparición de este tipo de delitos; las vías empleadas por el legislador para prevenir el delito, proteger a las víctimas y sancionar a los culpables; o, por último, las peculiaridades procesales y las consecuencias civiles que conllevan este tipo delictivo.

Y no olvidaremos a los protagonistas de esta historia. Por un lado, a la víctima, tradicionalmente olvidada el nuestro ordenamiento jurídico. Así, examinaremos su grado de protección actual, si las reformas actuales protegen debidamente sus derechos y, cómo en ocasiones, la propia víctima participa del delito. Por ello, también tendremos que centrar nuestra atención en el delincuente, valorar la concurrencia de factores que influyen en su ilegal proceder, la necesidad de incidir en su reinserción social y estudiar la posibilidad de evitar futuras reincidencias.

Por último, haremos especial hincapié en la llegada de la tecnología al Derecho Penal. Expondremos cómo existen herramientas informáticas al servicio de los operadores judiciales y policiales que aumentan, sin duda, el nivel de información de que disponen los operadores jurídicos a la hora de valorar la peligrosidad criminal del autor de los hechos.

Debemos tener presente que en toda esta materia va a subyacer siempre una idea de fracaso. Es natural concluir que el sometido a una autoridad judicial, bien por sentencia condenatoria, bien por la adopción de medidas cautelares en fase de instrucción; que desprecia la autoridad establecida y



continúa cometiendo infracciones, de igual o diferente naturaleza, no parece formar parte de nuestro tejido social.

La respuesta más grave de la que dispone una sociedad democrática es la aplicación de sanciones penales, por cuanto restringen los bienes jurídicos más importantes del ciudadano, llegando incluso a poder privársele de libertad. Por este motivo, quien escapa de estas restricciones parece no asumir las reglas de juego que todos nos hemos dado, las consecuencias de sus actos y, ante esta perspectiva, resulta lógico que se adopten nuevas medidas contra quien quebranta, incluso, más gravosas que las dictadas con anterioridad.

Y ¿no es esto la propia esencia del delito? Como dice HEGEL, “lo opuesto a la voluntad de todos”. Sin duda, el delito de quebrantamiento constituye la representación ideal del delito como infracción de un deber, en su doble vertiente de imperativo moral kantiano y de transgresión de las normas de convivencia cívicas. Lo que nos lleva al fundamento mismo del Derecho penal objetivo, entendido como “poder del Estado y la finalidad primordial de éste, que es la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas”<sup>5</sup>.

De ahí la importancia del quebrantamiento. Un tipo delictivo que es algo más, como empezamos a entrever. No atendemos a un precepto o conjunto de preceptos que regulan una cierta realidad subjetiva y que anudan una consecuencia grave para el caso de trasgresión. Por el contrario, incidimos en la transgresión misma, en la esencia misma del comportamiento delictivo

---

<sup>5</sup> DÍAZ ROCA , R., *Derecho penal general*, editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág. 21.

para, de esta manera, atribuirle una importancia máxima a su estudio y concurrencia.

En definitiva, tratamos sobre la necesidad de individualizar y proteger bienes jurídicos, muchos de ellos de rango constitucional. Como se ha recordado<sup>6</sup> rememorando a von Liszt, en el límite “de la política criminal y el derecho penal está el lugar donde se sitúa el bien jurídico”. Resulta inevitable, pues, cierta interdisciplinariedad<sup>7</sup>; es decir, la concurrencia de distintas ramas del ordenamiento jurídico. Veremos cómo concurren y, ante todo, valoraremos la eficacia de las mismas.

---

<sup>6</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, editorial PPU, Barcelona, 1991, pág. 48.

<sup>7</sup> BARATTA, A., *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*, en “Criminología y Sistema penal, compilación *in memoriam*”, editorial B de F, Buenos Aires, 2004, pág. 65.

## II.- Significación típica del quebrantamiento

El sustantivo quebrantamiento y el verbo quebrantar (del latín, *crepans*, *-antis*) ofrecen un total de trece acepciones<sup>8</sup> en nuestra lengua. Entre ellas, destacamos la de “romper, separar con violencia”, “machacar o reducir una cosa sólida a fragmentos relativamente pequeños, pero sin triturarla”, “traspasar, violar una ley, palabra u obligación” y, finalmente, “forzar, romper, venciendo una dificultad, impedimento o estorbo que embaraza para la libertad”.

No es extraño encontrar en nuestros textos jurídicos más clásicos<sup>9</sup> la alusión al quebranto, como concepto equivalente a una producción del daño que lleva aparejada la transgresión de normas de convivencia, de reglas informadoras de la convivencia social; en definitiva, como agresión al orden público.

Por tanto, estamos ante un tipo delictivo que conlleva no sólo la inobservancia de la ley, del conjunto de reglas establecidas, sino que va un paso más allá: quien, tras sufrir toda la maquinaria judicial y penitenciaria, continúa sin reintegrarse al orden preestablecido o, dicho sea en otros términos, sin alcanzar la inserción social.

Para su realización se han de desarrollar comportamientos activos que

---

<sup>8</sup> Diccionario de la Lengua Española (2017), edición del Tricentenario. Obtenida en la web <http://dle.rae.es/?id=UICmwN4>. Verificado 30 de diciembre de 2017.

<sup>9</sup> *Vid.* Las Partidas: L. 10, Tít. 31, P. VII.

no dejarán lugar a dudas sobre la intención del actor. Y esa violación de normas exteriores, que se valoran por el delincuente como algo impuesto, molesto y, en gran medida, ajeno a él, no puede ser casual o imprudente sino resultado de una actitud de todo punto intencionada y a sabiendas, empleando para ello la violencia que sea necesaria.

El estudio de la Codificación penal española nos va a permitir averiguar claves sobre la naturaleza y contenido del delito de quebrantamiento de condena en su actual configuración. De ahí, que consideremos imprescindible una perspectiva histórica que nos ayude a esta mejor comprensión.

Como se ha señalado<sup>10</sup>, la “mayor parte de nuestros Códigos no sólo no fueron elaborados por las Cortes, sino que, por lo general, escaparon al control fiscalizador de la Asamblea legislativa. Y es que fueron promovidos, elaborados y promulgados por un Poder Ejecutivo cuya legitimidad descansaba por lo general en la Corona”. Por consiguiente, por encima del debate parlamentario existió una confrontación de ideas entre diferentes autores, con mayor o menor permeabilidad en función del tiempo histórico y que permitió, en la mayoría de los casos, un enriquecimiento del texto.

---

<sup>10</sup> COBO DEL ROSAL, M., *El proceso de elaboración del Código Penal de 1928*, en “Anuario de Historia del Derecho español”, nº 82, Dialnet, Recurso electrónico, 2012, págs. 561-602.

### **III.- Antecedentes histórico-legislativos**

#### **1.- Código Penal de 1822**

La figura del quebrantamiento ofrece un largo recorrido dentro de la codificación penal española. Aparece ya en el Código Penal de 1822<sup>11</sup>, cuyo principal autor fue José María Calatrava, aunque junto a otros muchos autores e instituciones<sup>12</sup>. Decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822, fue sancionado por el Rey y mandado promulgar el 9 de julio, entrando en vigor el 1 de enero de 1823.

Pese a ser la primera obra de codificación criminal española, son muchos más sus aspectos positivos y aciertos que sus carencias, por lo demás, perfectamente lógicas en una obra primeriza. Y su influencia posterior sobre el resto de códigos penales españoles es más que evidente. Sin embargo, su interés va a ser fundamentalmente histórico<sup>13</sup> por encima de su vigencia y aplicación, habida consideración de que los fenómenos políticos y sociales que sobrevinieron a su promulgación impidieron una efectiva entrada en vigor del mismo.

El quebrantamiento aparece contemplado dentro del Título Preliminar,

---

<sup>11</sup> ANTÓN ONECA, J., *Historia del Código Penal de 1822*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 18, fasc. 2, 1965, Dialnet, Recurso electrónico, p. 263-278.

<sup>12</sup> Entre éstas, la propia Universidad de Sevilla. *Vid. op. cit.*, pág. 268.

<sup>13</sup> ANTÓN ONECA, J., *op. cit.*, pág. 278.

Capítulo III, bajo la rúbrica *De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas*, por lo que podemos concluir que no se configura como un tipo delictivo propio<sup>14</sup>, como efectivamente ocurre en nuestros días.

Su regulación<sup>15</sup> se halla contenida en los artículos 71 (quebrantamiento de condena a pena de prisión), 72 (quebrantamiento de condena a pena de confinamiento) y 77 (quebrantamiento de condena de arresto). En todos los casos, su apreciación conlleva un agravamiento de las condiciones de cumplimiento de la condena. Así, los sentenciados a prisión, al igual que los condenados a arresto, pasarán a un estado de reclusión durante el tiempo que reste de condena. Y, para el caso de los sometidos a confinamiento, sufrirán pena de arresto de uno a ocho meses.

Por tanto, de semejante regulación, podemos colegir que no se concibe como un delito autónomo sino, más bien, como una serie de comportamientos que agravan la responsabilidad del condenado, lo que justificaría su no inclusión dentro del catálogo genérico de agravantes. Por otro lado, también presenta algunos comportamientos, hoy subsumibles en la figura de la

---

<sup>14</sup> Por excepción, el art. 378, dentro del Título IV, Parte Primera del CP 1822 (“De los delitos contra la sociedad”) relativo a los delitos contra la salud pública, tipifica las conductas de aquellos que *quebrantaren* las cuarentenas y los cordones de sanidad *o se evadan* de los lazaretos con las penas que se establezcan reglamentariamente. Supone el primer antecedente del delito de quebrantamiento, como tipo independiente, en el derecho penal español. Pero no parece que los codificadores quisieran configurarla como una categoría independiente de otras figuras delictivas, sino más bien como una cláusula de cierre para los diversos delitos comprendidos dentro del Título IV, lo que justificaría su ubicación sistemática dentro de las *Disposiciones comunes* al mismo y su no aparición en otros sectores del Código.

<sup>15</sup> *Vid.* también arts. 48,51,52,58,61,73.

evasión<sup>16</sup>, contenida y regulada en los artículos 469 a 471 de nuestro actual Código Penal, precisamente, dentro del Capítulo VIII, relativo al quebrantamiento de condena. Y, de esta forma, queda acreditado, el origen histórico de esta ubicación sistemática, que se ha respetado hasta nuestros días.

Hay que valorar, por lo demás, esta primera legislación, tan innovadora como segura en sus planteamientos. En palabras de ANTÓN ONECA<sup>17</sup>, “la finalidad en primer término perseguida era que se determinen de un modo claro y preciso las penas correspondientes para el castigo de los reos y el escarmiento de los demás”. Efectivamente, la influencia de BENTHAM<sup>18</sup> a lo largo de toda la compilación es clara y notoria y así, junto a la prevención especial, la idea de prevención general está muy presente a lo largo de todo su articulado.

Sólo desde esta perspectiva se comprende el importante agravamiento

---

<sup>16</sup> Art. 61: “El que después de habersele notificado la sentencia de reclusión se fugare antes o después de estar en su destino, será tratado en él con mayor severidad si se le aprehendiere; sufrirá un recargo de tres a diez meses, y perderá el capital que hubiere ganado, quedando este a beneficio del establecimiento. Si después de la fuga cometiere delito de pena corporal o de infamia, que no sea de reincidencia, ni pase de diez años de obras públicas, será además condenado a éstas por todo el tiempo de la primera y segunda pena. Si el nuevo delito mereciere más de diez años de obras públicas o destierro perpetuo del reino, sin exceder de esta pena, se le impondrán diez años de obras públicas con deportación después de cumplidos. Si mereciere deportación, sufrirá la pena de trabajos perpetuos; y si estos, la de muerte; pero en caso de reincidencia se observará lo dispuesto en el capítulo quinto de este título”.

<sup>17</sup> ANTÓN ONECA, J., *op. cit.*, pág. 266.

<sup>18</sup> BENTHAM, J., *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, Madrid, 1839, pág. 161: “La prevención general es el fin principal de la pena y también su razón justificativa. Una pena real que no sea aparente se perderá para el público”.

que, en la ejecución de la condena, supone la apreciación del quebrantamiento. Así, existiendo un concurso real de delitos, opta por la acumulación de condenas, siendo la pena correspondiente al delito cometido (y que motiva el quebrantamiento) agravada, incluso de modo cualificado.

Por último, podemos destacar que ya se distinguen, con las reservas arriba apuntadas, las dos instituciones: quebrantamiento y reincidencia. Ésta tiene una regulación independiente del resto de circunstancias agravantes, con unas consecuencias penológicas mucho más graves para el criminal. Todo por mor de una mayor intimación al ciudadano al respeto de las leyes, y no sólo penales, dado que habrá que esperar al Código penal de 1870 para apreciar una distinción clara entre las normas penales contenidas en el Código, las que se refieren a textos especiales y, por último, los comportamientos relacionados en normas de naturaleza administrativa.

## **2. Código penal de 1848 y la reforma de 1850**

El Código Penal de 1848<sup>19</sup> continúa regulando el quebrantamiento en el Libro I, dentro del Título V bajo la rúbrica “De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias, y los que durante una condena delinquen de nuevo”, que se desglosa en dos Capítulos, respectivamente, artículos 124 y 125. En ambos casos, las consecuencias penológicas son muy graves para el

---

<sup>19</sup> PACHECO, J.F., *Código Penal de 1848, concordado y comentado*, impresión de Manuel Tello, 5ª ed., corregida y aumentada, Madrid, 1881.



condenado.

Por su duración (desde su entrada en vigor el 1 de julio de 1848 hasta la promulgación del Código Penal de 1870) y trascendencia es, sin duda, el texto penal de referencia en el proceso de la codificación penal española<sup>20</sup>. Sus principales autores fueron Manuel SEIJAS LOZANO y José María CLARÓS. Representa la consolidación definitiva de la codificación penal. La estructura del texto, dividida en tres libros se mantendrá inalterable en los siglos XIX y XX; y su definición de delito, englobando los conceptos de antijuricidad y culpabilidad<sup>21</sup>, continúa en vigor en nuestros días.

En lo que a nuestro trabajo interesa, el quebrantamiento<sup>22</sup> sigue sin

---

<sup>20</sup> IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal español de 1848*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 303: “Unánimemente se reconoce al Código del 48 como modelo de los Códigos penales posteriores. Según QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. I, 1963, pág. 110, “se inaugura con él la estructura que han de tener ya los Códigos posteriores”. REVUELTA BENITO, R., *El Código penal de 1848 y su gran comentarista Don Joaquín Francisco Pacheco*, ob. cit., pág. 32, señala: “De aquel Código es la moderna división del mismo en tres libros”. En el mismo sentido, Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Apuntes de Historia Política y legislativa del Código Penal de 1848*, ob. cit., pág. 106. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>., *Derecho penal español, Parte general*, 5ª ed., pág. 91, señala que el Código del 48 se aparta en este punto del Código penal de 1822, siendo el primero “de factura muchísimo más sobria”. La influencia de la estructura del Código de 1848 se reconoce incluso como una de sus aportaciones al vigente Código penal de 1995. *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la Parte general del Derecho español*, Madrid, 1979, pág. 19; Abel TÉLLEZ AGUILERA, A., *Estudio preliminar al Código concordado y comentado de Joaquín Francisco Pacheco*, ob. cit., pág. 41”.

<sup>21</sup> Las define como dos elementos o magnitudes *fundamentales* TORÍO LÓPEZ, Á., *El concepto individual de culpabilidad*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, n.º 38, fasc. II, 1985, pág. 285.

<sup>22</sup> PACHECO, J.F., *op. cit.*, pág. 509: “También encontramos natural en este caso que se tomen nuevas medidas contra el que ha quebrantado su condena. Al que se le extraña del reino, y vuelve, es necesario mudarle la pena, ó añadirle alguna otra: porque si sólo se le

aparecer en el Libro II, relativo a los diferentes tipos de delito, sino al final del Libro I. El primero de los preceptos que lo regulan, el art. 124, presenta un total de once apartados que, más allá de esta mayor sistematización no ofrece notables diferencias con la legislación anterior. Si acaso, podemos destacar sus tres últimos apartados, con el siguiente tenor:

*“Los sentenciados que quebranten su condena, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes: (...)*

*9.ª El inhabilitado para cargo, derechos políticos, profesión u oficio, que los obtuviere o ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, será condenado al arresto mayor y multa de 20 a 200 duros.*

*10.ª El suspenso de cargo, derechos políticos, profesión u oficio que los ejerciere, sufrirá un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena, y una multa de 10 a 100 duros.*

*11.ª El sometido a vigilancia de la Autoridad que faltare a las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor”.*

Así, los números 9 y 10 presentan como novedad que al quebrantamiento de condena no se responde exclusivamente con una agravación de la pena quebrantada, sino con una sanción diferente (arresto/multa). A mi entender, constituye el primer paso para alcanzar la autonomía del tipo delictivo. Por su parte, resulta muy criticable la inclusión

---

torna á extrañar, tornará de seguro á volver. Pero no encontramos que la nueva pena decretada –la relegación– sea oportuna para semejante propósito. Al que abusa de la libertad en que se le deja, se le debe imponer como correctivo otra pena en que no tenga libertad. El que, extrañado, rompió su extrañamiento, no respetará su relegación, relegado”.

del último apartado del precepto, el número 11, que sanciona el quebrantamiento de sujeción a la vigilancia de la autoridad pública, regulada en el art. 42 del mismo texto. La crítica resulta ineludible habida cuenta que no existe previa resolución judicial infringida, sino una desobediencia a la autoridad administrativa, cuyo contenido –y esto es lo peor– no se delimita, en una suerte de norma penal en blanco que requerirá una posterior concreción judicial.

El art. 125 plantea ya la interesante discusión sobre la necesaria distinción entre la circunstancia agravante de reincidencia<sup>23</sup> y el delito de quebrantamiento de condena. Hay que partir de la base que el Código de 1848 no reconoce el quebrantamiento como delito autónomo, pero sí incluye la reincidencia dentro del catálogo de agravantes, concretamente, en su artículo 10, números 17 (“haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena”) y 18, con un criterio ya más técnico: “Ser reincidente de delito de la misma especie”. Esta ubicación sistemática genera confusión y fomenta el perjudicial arbitrio judicial: comienza a ser necesario reconocer la autonomía del tipo delictivo del quebrantamiento.

De los cuatro números que ofrece el art. 125, dejaremos a un lado los

---

<sup>23</sup> Me ha parecido muy interesante la reflexión de PACHECO, J.F., *op. cit.*, pág. 239, cuando al justificar la naturaleza jurídica de la reincidencia afirma: “mas haced que los delitos no sean análogos; y toda su fuerza, y toda su eficacia se disiparán en un punto. del asesino pueden temerse asesinatos, del ladrón robos, del conspirador conspiraciones. Pero si uno conspiró, y fué condenado por ello, ¿qué relación puede tener esa condena ni aquella culpa con una injuria que cometa después? ¿qué relación un homicidio con un adulterio? ¿no comete aquí la ley el error que cometeríamos queriendo sumar cantidades de diversa naturaleza, cinco árboles y tres caballos?”.

tres primeros, que no ofrecen nada nuevo. Sin duda alguna, el que requiere de un mayor examen y comentario es su número 4<sup>24</sup>. Así, de una lectura conjunta de ambos preceptos (artículos 125 y 10), alcanzamos la siguiente conclusión: se apreciará la circunstancia agravante de reincidencia siempre y cuando la pena derivada de la primera condena ya esté cumplida; por el contrario, si la pena no ha empezado a cumplirse o se encuentra en fase de cumplimiento, debe apreciarse el quebrantamiento que, por cierto, opta por un cumplimiento sucesivo de las penas, donde la correspondiente al nuevo delito o falta se aplicará en su grado máximo.

La **reforma de 1850** fue más extensa de lo que suele creerse<sup>25</sup>. Afectó a más de noventa artículos. Como aspectos más favorables, la delimitación entre el Código Penal y de las leyes especiales y la consagración del principio de legalidad de las penas. Como crítica más relevante, la extrema rigurosidad, en algunos casos, de sus penas, en clara regresión a los principios autoritarios y a la arbitrariedad judicial de la que tanto se había aborrecido. No obstante lo anterior, no introduce novedades en aquellos tipos delictivos que venimos examinando.

---

<sup>24</sup> Art. 125.4: “En todos los demás casos no comprendidos en las reglas anteriores, el sentenciado a cualquier pena que cometa otro delito o falta, será condenado en la pena señalada por la ley a la nueva falta o delito en su grado máximo; debiendo cumplir esta condena y la primitiva por el orden que en la sentencia prefije el tribunal, de conformidad con las reglas prescritas en el artículo 76 para el caso de imponerse varias penas a un mismo delincuente”.

<sup>25</sup> ANTÓN ONECA, J., *El Código Penal de 1870*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 23, fasc. 2, Dialnet, recurso electrónico, 1970, pág. 231.

### 3. Código penal de 1870

El Código Penal de 1870 es la mejor prueba que la provisionalidad<sup>26</sup> que se predicaba del texto de 1848 no fue tal. Queremos decir que los veinte años en los que el Código estuvo en vigor –récord de duración hasta la fecha– como, fundamentalmente, su influencia sobre la nueva redacción demuestran, bien a las claras, que la redacción de 1848 fue una gran obra desde el punto de vista técnico. Así, el Código Penal de 1870 responde a la necesidad de introducir en la ley penal una serie de aspectos claramente liberales, a título ejemplificativo: dedica un título a los delitos contra la Constitución de 1869, sustituye los delitos contra la religión católica por el libre ejercicio de cultos, protege los derechos individuales y suspende la aplicación de la pena de muerte como única posible para determinados delitos, humanizando el Código. Pero en otros aspectos fundamentales, ya advertidos, como la estructura formal del Código o la definición del delito, supone una mera continuación de su predecesor.

Recoge la reincidencia como circunstancia agravante en el artículo 10, números 17<sup>27</sup> y 18<sup>28</sup>, con mayor precisión técnica, y con una redacción que

---

<sup>26</sup> El Real Decreto de 19 de marzo de 1848, promulgador del Código Penal, disponía en su artículo segundo: “El Gobierno propondrá a las Cortes dentro de tres años o antes si lo estimase conveniente, las reformas o mejoras que deben hacerse, acompañando las observaciones que anualmente deben dirigirse a los tribunales”.

<sup>27</sup> “Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos al que aquella señale pena menor”.

nos coloca en el antecedente inmediato de la regulación actual; y, por otro lado, se sigue refiriendo al quebrantamiento en la Parte General, esto es, en el Libro I y, más concretamente, dentro del Título V, relativo a “las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo”, artículos 129 a 131. Es decir, como puede comprobarse, transcribe literalmente el mismo esquema que su predecesor. Sin embargo, hay que reconocer que se siguen dando pasos en el nuevo texto sobre la concepción del quebrantamiento de condena, que van a desembocar en la realidad de nuestros días.

Así, lo primero que podemos destacar es la mayor benevolencia a la hora de sancionar el quebrantamiento. Existe un reproche penal, como no podía ser de otro modo; pero, por un lado, de mucha menor gravedad y, por otro, con la imposición de una serie de estrictos criterios que no dejan lugar al arbitrio judicial. Esta última cuestión no sorprende en absoluto, si atendemos que el texto reformado en el año 1850 fue el único, en la historia codificadora penal española, que prescindió del principio de legalidad de las penas. El nuevo Código es consciente de la necesidad de poner fin a semejante disparate y esta regulación es buena prueba de ello.

Ejemplos de la mayor humanización en el ámbito típico del quebrantamiento no son difíciles de hallar: si el art. 76 del CP de 1848 (al que reenvía el art. 125, como una auténtica cláusula de cierre) establecía el

---

<sup>28</sup> “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código”.

principio general del cumplimiento simultáneo de las penas, pero también recogía, como excepciones, bien que ello no fuera posible, o bien “si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas”; por su parte, el art. 88 del Código penal de 1870 acoge la regla del cumplimiento simultáneo, sin excepciones; si bien el art. 89, que no menciona esa elusión de penas, sí acoge por vez primera la posibilidad de indulto<sup>29</sup>, institución contemporánea del texto sustantivo; así como se introduce la famosa regla penológica del “triple de la mayor”, de mayor trascendencia e interés para el penado. Ambas instituciones continúan hasta nuestros días.

Centrándonos en los tres artículos que dedica el texto de 1870 al quebrantamiento, el primero de ellos, el art. 129, es el que menos diferencias ofrece con su predecesor, más allá de esta reducción de penas y mayor concreción a que venimos aludiendo. Así, por ejemplo, los sentenciados a presidio, prisión a arresto que quebrantaren sufrían una pena adicional de la sexta a la cuarta parte en el CP de 1848 y, en estos momentos, se rebaja sólo a una sexta parte en el CP de 1870.

Por otro lado, este primer capítulo se cierra con el art. 130, que es realmente una novedad de la regulación y que supone un tipo privilegiado, y que político-criminalmente se justifica por la ausencia de violencia o intimidación y de otras circunstancias agravantes; en cuanto a la fuga de establecimiento penitenciario<sup>30</sup>. La atenuación de responsabilidad penal en

---

<sup>29</sup> Ley de 18 de junio de 1870. B.O.E. núm. 175, de 24 de junio.

<sup>30</sup> Art. 130: “Las agravaciones prescritas en el artículo anterior, respecto a los que sufran privación de libertad, no se aplicarán a los que se fugaren de los establecimientos

estos supuestos se traduce en una menor pena, concretamente, en la cuarta parte de la pena respectivamente señalada en el tipo básico del artículo 129.

Por último, sí merece mayor reflexión el art. 131. Éste, frente a su predecesor, descarta la casuística de relacionar el agravamiento de condena con el tipo de pena impuesta o infringida, para establecer una regla general de agravamiento: la pena señalada por la ley al nuevo delito o falta en su grado máximo. Hay que recordar –al igual que sucedía con su predecesor– que esta regla sólo se aplica a los casos de quebrantamiento respecto de penas impuestas por sentencia firme y todavía no cumplidas o que se están cumpliendo en el momento de incurrir en la nueva infracción.

Y, llegados a este punto, cabe plantearnos: ¿qué sentido tiene establecer esta distinción tan acusada entre quebrantamiento de condena y el de penas? Para responder a esta pregunta debemos partir de la base que esta sanción penal aparece motivada por la mayor peligrosidad que transmite el delincuente, en la alarma que transmite a la sociedad y en el mayor reproche que merece quien va adquiriendo un cierto hábito en la delincuencia y no admite la corrección social a través de los cauces legalmente establecidos. Estas cuestiones son perfectamente predicables de ambos comportamientos, que están ligados entre sí en una relación de causa a efecto.

En cualquier otro caso, si el reproche normativo es una mera agravación

---

penales o de sus destacamentos, sin violencia, intimidación ni resistencia, sin fractura de puertas o ventanas, paredes, techos o suelos, sin usar ganzúas o llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de acuerdo con ortos penados o dependientes del establecimiento”.



de la pena inicialmente impuesta, resultaría más lógica su adscripción al catálogo de agravantes, en lugar de su ubicación en las reglas de aplicación de las penas. Pero es que, además, en el primer caso, su finalidad político-criminal parecería estar ya atendida con la figura de la reincidencia, que atiende al mismo foco de peligro. Por ello, resulta más adecuada la nueva regulación del art. 131, en su apartado primero, al no ofrecer dudas que estamos ante una nueva infracción criminal, que es merecedora de la sanción que se encuentre preestablecida y que, además, se impondrá en su grado máximo como mejor expresión de la mayor reprensión que ha de recibir quien no atiende a las correcciones que se le dirigen. Nos colocamos, de esta manera, en la antesala de la autonomía como tipo delictivo del comportamiento quebrantador.

Asimismo, también nos parece acertada la remisión que el apartado 2 de este mismo artículo realiza a los criterios generales de los arts. 88 y 89, antes aludidos. Supone una concepción acorde a la abstracción y generalidad que se le presume a la norma jurídica, siendo más exigible aún en el ámbito penal, alejándose de toda la casuística anterior y dotando a los tribunales de unos criterios técnicos a la hora de poder individualizar las penas, sin que ello suponga caer en arbitrariedad judicial.

#### 4. Código penal de 1928

El Código Penal de 1928, promulgado por Primo de Rivera, es el primero del siglo XX. Su redacción, debida a Eugenio CUELLO CALÓN, aunque respetaba el principio de legalidad, hizo que el texto legislativo resultara demasiado extenso –858 artículos– e imbuido del espíritu del Régimen<sup>31</sup>. Para nuestro estudio, como rasgo más destacado, encontramos que es el primer texto de la Codificación española que regula el quebrantamiento como tipo delictivo autónomo<sup>32</sup>.

A lo largo de catorce artículos, el legislador sanciona casuísticamente los comportamientos que infringen las diferentes penas quebrantadas, a cada una de las cuales impone una pena adicional o recargo. Por consiguiente, debemos alabar la mejor técnica legislativa, habida cuenta que, por fin, se le

---

<sup>31</sup> Sin embargo, se trata de una crítica fácil, propia del contexto histórico y de la evolución política posterior. Lo cierto y verdad es que, con sus defectos, introdujo el positivismo jurídico procedente de la ciencia penal española; no en vano, CUELLO CALÓN fue discípulo de DORADO MONTERO. La regulación del delito continuado o la introducción del encubrimiento como delito autónomo, precisamente, justo a continuación de la regulación del delito de quebrantamiento; son indudables aciertos que se han mantenido hasta nuestros días, como mejor prueba de su técnica legislativa.

Como señala COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.*, pág. 602: “El régimen autoritario de Primo de Rivera impuso importantes reformas legislativas para adaptar el anquilosado aparato normativo de la Restauración a las nuevas circunstancias que se imponían en toda Europa tras el fin de la Primera Guerra Mundial”.

<sup>32</sup> Concretamente, dedica el Capítulo III al *Quebrantamiento de condena*, artículos 499 a 512, dentro del Título VI *De los delitos contra la administración de justicia*, del Libro II, relativo a los delitos y sus penas. Como podemos observar, esta ubicación sistemática se va a conservar hasta nuestros días. Incluso existe gran proximidad con la actual numeración dedicada a este delito en el Código Penal de 1995.

reconoce autonomía como tipo –al menos, formalmente– y se extrae su regulación del Libro I; si bien, no obstante lo anterior, se echa en falta una mayor generalidad y abstracción, donde el excesivo desarrollo de la figura impide apreciar la naturaleza del delito y queda éste circunscrito a una suerte de agravación cualificada.

Queremos decir que parece profundizar en el buen camino, como se demuestra en la inclusión de la evasión y su favorecimiento; pero no termina de llegar a buen puerto, esto es, a la implementación de un tipo delictivo con naturaleza y configuración propias claramente reconocibles.

Por otro lado, como mejor prueba de esta técnica mejorable, se introduce la multirreincidencia en relación con la habitualidad delictiva (y el concepto de peligrosidad criminal), así como existen referencias a la figura del quebrantamiento de las penas impuestas, todo ello en el Libro I. En particular, el art. 78 imputa responsabilidad civil a “5°. Los que cooperen a la evasión de un detenido o preso, o al quebrantamiento de una condena”; y el art. 178, que regula el quebrantamiento de la pena de arresto. Asimismo, dentro del Libro II, existen otros tipos que acogen esta figura, como el de infidelidad en la custodia de documentos u otros objetos, cuando es cometida por funcionario público<sup>33</sup>.

El 15 de abril de 1931<sup>34</sup>, es decir, al día siguiente de proclamarse la II República, quedó derogado el Código Penal de 1928. De esta forma, la

---

<sup>33</sup> Art. 431.

<sup>34</sup> DÍAZ ROCA, R., *op. cit.*, pág. 38.

reforma de 1932 dio nueva redacción al texto de 1870, descartando el de Primo de Rivera.

## 5. Código penal de 1932

El Código Penal de 1932,<sup>35</sup> que entró en vigor el 1 de diciembre de ese mismo año, es, sin lugar a dudas, una auténtica anomalía de la Codificación española e, inclusive –me atrevería decir– de la Codificación europea. El nuevo texto no sustituye o modifica al Código precedente –el de 1928–, como sería esperable, sino que *resucita*<sup>36</sup> el texto de 1870, por cuanto no se le reconoce legitimidad al anterior por no haber sido promulgado en un ámbito político democrático<sup>37</sup>. Sin embargo, este retorno a la regulación decimonónica no va a ser sinónimo de calificar el quebrantamiento de condena, de nuevo, como una mera circunstancia de agravación de la responsabilidad penal; por el contrario, la propia Exposición de Motivos<sup>38</sup> confiesa que “los viejos artículos 129 y 130, que se ocupaban de las

---

<sup>35</sup> B.O.E. número 310, de 5 de noviembre de 1932, páginas 818 a 856. Obtenida en la web <https://boe.es>. Verificado 8 de febrero de 2018.

<sup>36</sup> Así lo define la propia Exposición de Motivos. Es más, la Disposición Transitoria Primera llega a establecer que los delitos y faltas ejecutados durante la vigencia del Código Penal de 1870 se juzgarán conforme a éste. Sin embargo, se aplicarán los preceptos del Código reformado siempre que determinen una resolución más favorable para el reo. Simplemente, el Código Penal de 1928 dejó de existir y nunca existió con la llegada de la II República.

<sup>37</sup> Como señala su Exposición de Motivos, el Gobierno republicano, apenas exaltado al poder por aclamación pública, cuidó del restablecimiento de la legalidad punitiva, y el 15 de abril de 1931 anuló el “Código Gubernativo” de 1928. El Decreto de 15 de abril se limitó a esta empresa de restitución de la legítima vigencia del Código de 1870.

<sup>38</sup> B.O.E. núm. 310/1932, pág. 821.

agravaciones en que incurrían quienes quebrantaban sus sentencias, eran uno de los graves errores técnicos del Código de 1870, pues en tal caso nos hallamos en presencia de un delito en especie. Esta índole asumen tales hechos en nuestra reforma, pasando al nuevo capítulo de los delitos contra la Administración de Justicia”.

Y añade más adelante: “También en el quebrantamiento de condena se han establecido cambios de técnica en la inversión del orden de los preceptos. Por eso, el artículo 130 (hoy 341) ocupa el sitio primero, por ser tipo base, y el artículo 129 (ahora 342) pasa a segundo término, porque es tipo agravado”.

El Código Penal de 1932 regula el delito de quebrantamiento dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, en los artículos 341 a 343, dentro del Capítulo III, que cierra el Título V. La tozudez del nuevo texto en desconocer siquiera la existencia del Código de 1928, provoca que se anuncie como una nueva regulación lo que –en realidad– es una muy sustancial mejora de técnica legislativa que se produce en un cortísimo espacio temporal.

En efecto, en los cuatro años que median entre ambas codificaciones, debemos destacar dos aspectos fundamentales: por un lado, la indubitada ubicación sistemática del delito de quebrantamiento de condena como tipo autónomo, encuadrado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, y englobando los comportamientos definidos como de favorecimiento de evasión; esta configuración ya no va a variar hasta nuestros días. Por otro lado, frente a la casuística anterior, la mejor síntesis de los comportamientos incriminados, en dos artículos, por este orden el art. 341 como tipo básico y el

art. 342 como supuesto de agravación.

El tipo básico sanciona con arresto mayor cuando la sentencia quebrantada hubiera impuesto una pena grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la cuarta parte de la pena impuesta. Varios comentarios ofrece la nueva regulación. En primer lugar, se configura un delito con la abstracción y generalidad<sup>39</sup> necesaria y exigible a cualquier tipo penal, alejado de toda la casuística anterior que desvirtuaba estas características de la norma jurídica, en general, y penal, en particular. El supuesto aparece bien definido y no genera dudas interpretativas (*in claris non fit interpretatio*), lo que evita enormemente la posibilidad de arbitrio judicial que, recordemos, era la característica más censurable<sup>40</sup> de nuestros primeros códigos penales. Además, frente al texto de 1870, otra consecuencia de esta mejor técnica legislativa es que ya no se establece distinción alguna entre el quebrantamiento de condena y el de pena. Ello unido a la propia ubicación sistemática del delito, evita cualquier género de confusión de esta figura con la agravante de reincidencia,

---

<sup>39</sup> DÍAZ ROCA, R., *op. cit.*, pág. 53 *in fine*: “La ley penal ha de ser formulada con carácter general, i.e., establecida de un modo permanente para un número indeterminado de hechos sin relación a persona fija y aplicable a cuantos individuos se hallen en las condiciones previstas en ellas”.

<sup>40</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 2ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2015, pág. 124: “Esta virtualidad del principio de legalidad penal como fuente del Derecho Penal se mueve, primordialmente, en el concreto ámbito o estadio de la creación del Derecho. Pero no sólo en esa fase adquiere importancia el principio de legalidad. Antes al contrario: dicho principio constituye un principio informador y rector de todo el Derecho penal y, por tanto, de todo el proceso vital del Derecho: rige en su interpretación, en su aplicación y en su modificación o derogación. Por ello, cualquier separación del tenor de la ley rebasa el ámbito del arbitrio judicial y da lugar al exceso jurisdiccional: el juez no puede crear Derecho no legislado, no puede crear su propia norma...”.

recogida en el catálogo del art. 10, número 14.

En consecuencia, no será punible el quebrantamiento de condena cuando ésta lleve aparejada pena leve, esto es, pena de arresto menor, reprensión privada, multa (cuando no exceda de 250 pesetas) y caución. Y, al igual que sucede con el tipo agravado, se establece un límite a la duración de la pena que lleva aparejada el quebrantamiento de condena, lo que redundará en la mayor seguridad jurídica que proporciona el nuevo texto.

Por su parte, el artículo 342 recoge como circunstancias de agravación: la violencia o intimidación en las personas, la fuerza en las cosas y el concierto con otros penados o dependientes del establecimiento. Debe ser éste el aspecto más criticable de la nueva regulación, por cuanto se trata de formas de desarrollo del delito que deben ser resueltas por las reglas del concurso de delitos, no como meras agravaciones del tipo básico<sup>41</sup>. De hecho, este incremento punitivo será, a todas luces, insuficiente cuando se hayan producido daños o lesiones de especial gravedad, o desproporcionados al fin de evasión perseguido, con el óbice que, en ningún caso, podrá exceder de la tercera parte del tiempo de duración de la pena quebrantada.

La Guerra Civil determinó una corta duración del Código Penal de 1932. Habrá que esperar no obstante hasta 1944 para la elaboración de lo que el propio Decreto de 23 de diciembre<sup>42</sup> de ese año denominó como “texto refundido”.

---

<sup>41</sup> De arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio.

<sup>42</sup> Publicado en B.O.E. número 13, de 13 de enero de 1945, págs. 427 a 472.

## 6. Código penal de 1944, texto revisado de 1963 y texto refundido de 1973

Lógicamente, un texto elaborado en el marco político de una dictadura no puede tener una acogida favorable<sup>43</sup>, a priori. Lo cierto y verdad es que, a diferencia de su predecesor, no introduce grandes novedades y sí unifica el texto codificado con importantes leyes de naturaleza penal promulgadas posteriormente a su entrada en vigor. Y, como más significativas, destacaremos la Ley de 11 de octubre de 1934, que restableció la pena de muerte; y la Ley de 24 de noviembre de ese mismo año, relativa a la tenencia de armas de fuego. Otras leyes especiales fuera del Código fueron la Orden de 4 de agosto de 1933, de vagos y maleantes; así como el Decreto 28 de mayo de 1937, de trabajo para los presos.

En el Código penal de 1944 se mantiene la estructura formal<sup>44</sup>, si bien los delitos contra la Administración de Justicia se encuadran ahora en el Título

---

<sup>43</sup> MARTINEZ ZATO, J.J., Fiscal de la entonces Audiencia Territorial de Madrid, formuló en el periódico El País, de 30 de enero de 1980, en su artículo *Adiós, Código Penal, adiós*, las siguientes consideraciones: “por su sádica regulación de los delitos contra la propiedad, su desajuste en los ataques a la honestidad, su ignorancia de la realidad en figuras como el aborto, por la multirreincidencia, por el recuerdo a los presos políticos, por la inseguridad que suponía el no cumplimiento de las penas con tantos indultos generales –que obedecían no tanto a la generosidad como a la terca negativa del anterior jefe del Estado a la concesión de una amnistía política–, por sus omisiones y por otros muchos motivos que no pueden tratarse por problemas de espacio, el Código Penal dejará un pésimo recuerdo y merece ser condenado”.

<sup>44</sup> Como curiosidad, el catálogo de agravantes (art. 10) distingue entre ser reiterante y ser reincidente.



IV y se añade un Capítulo IV relativo a la realización arbitraria del propio derecho y a la simulación de delito, figuras ambas así ubicadas sistemáticamente también en nuestros días. Por su parte, la rúbrica del Capítulo III sustituye la expresión “favorecimiento de la evasión” por “evasión de presos” y se mantienen los tres preceptos: tipo básico , tipo agravado y fuga de establecimiento penitenciario (respectivamente, arts. 334 a 336).

Ya en lo que respecta a su contenido, se observa una agravación de penas generalizada, por cuanto la pena prevista para el tipo básico sigue siendo el arresto mayor, pero ahora no se establece límite alguno; y, en segundo lugar, resulta indiferente que la pena impuesta al delito quebrantado sea grave o leve porque, en ambos supuestos, el quebrantamiento lleva aparejado idéntica pena.

Igual fenómeno de agravación se observa en la punición del tipo agravado, al eliminarse cualquier tipo de discrecionalidad judicial en orden a la valoración concreta de las circunstancias concurrentes: en esta nueva regulación, la pena impuesta al supuesto agravado es la de prisión menor, sin límite alguno, lo que impide realizar al Tribunal cualquier tipo de actividad de adecuación social en la fijación de la pena.

Sujetos activo del delito son los sentenciados o presos que *quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia*. Esta redacción no sufrirá modificación en los textos siguientes, de los años 1963 y 1973. En el CP de 1932, por el contrario, se sancionaba a *los que quebrantaren su*

*condena*. Por tanto, hay una notable mejoría técnica del precepto. Con su nueva redacción, se obtienen una serie de ventajas y mejoras indudables desde el punto de vista científico:

- se equipara el delito de quebrantamiento de condena con el de evasión de presos.
- se equipara a los presos por causa de condena con los que estén sufriendo la medida cautelar de prisión provisional.
- La no aparición del concepto “recluso”, de contenido más reducido, resulta asimismo un gran acierto. En efecto, el recluso equivale a interno en centro penitenciario; sin embargo, la no inclusión del término “recluso” en la redacción del art. 334, permite atribuir el delito de quebrantamiento también a los que se encuentren fuera del establecimiento penitenciario, disfrutando del período de libertad condicional<sup>45</sup>.

Tal vez, pudiera argumentarse como crítica la falta de referencia en el precepto a la necesaria existencia de una sentencia condenatoria firme para la realización delictiva; y aunque esta ausencia puede salvarse jurisprudencialmente, no está de más su inclusión, si del ordenamiento punitivo estamos hablando.

Este Código será sustituido por el Código penal de 1963. Lo apresurado de la reforma de 1944 provocó una importante actividad legislativa, que hizo necesaria una nueva reforma del Código Penal. La Ley de Bases de 23 de

---

<sup>45</sup> *Vid.* art. 90 CP y art. 72 LOGP.

diciembre de 1961 autorizaba al Gobierno a la corrección de antinomias y a la reforma e introducción o supresión de tipos<sup>46</sup>. Ello dio origen al texto revisado de 1963, aprobado por Decreto 691/1963<sup>47</sup>, de 28 de marzo.

Poco hay que decir de este nuevo texto: la ubicación sistemática del delito de quebrantamiento de condena y de evasión de presos es idéntica, al igual que la numeración de los artículos que engloba (arts. 334 a 336). De hecho, la redacción de los tres preceptos no varía ni una coma de la recogida por su predecesor.

El siguiente Código penal es el de 1973, que se publica por Decreto 3096/1973<sup>48</sup>, de 14 de septiembre. Se define como un Texto refundido y supone la derogación definitiva del Código de 1932, pese a que el mismo se encontraba formalmente derogado desde 1944. Es un Código que subsistirá hasta 1995 pero que, con la desaparición de la Dictadura del General Franco y la llegada de un sistema político democrático, va a sufrir numerosas reformas durante toda su vigencia.

No obstante lo anterior, en el momento de su entrada en vigor, copia literalmente el contenido, numeración y ubicación sistemática, de los artículos relativos al quebrantamiento de condena, con dos novedades: la más importante, introduce un segundo párrafo en el art. 334, y sanciona con la misma pena (arresto mayor) a los que quebrantaren la condena de privación del permiso de conducción; en segundo lugar, añade un nuevo Capítulo –el

---

<sup>46</sup> DÍAZ ROCA, R., *op. cit.*, pág. 39.

<sup>47</sup> B.O.E. núm. 84, de 8 de abril de 1963.

<sup>48</sup> B.O.E. núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

número V– relativo a la omisión de deber de impedir determinados delitos (art. 338 bis), como integrante de este Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

La relación entre el delito de quebrantamiento de condena y el derecho de la seguridad vial viene de largo y merecerá consideración y análisis reposado. Sí podemos comentar, en estos momentos, que la redacción del art. 334 en el Código penal de 1973 aparece heredada por el Texto revisado de 1963, tras la modificación llevada a cabo por Ley 3/1967, de 8 de abril<sup>49</sup>, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gracias a esta reforma, se introduce los delitos contra la seguridad del tráfico en su articulado<sup>50</sup> y conlleva el abandono de la técnica de leyes penales especiales<sup>51</sup>, vigente hasta el momento.

Cabe realizar, por último, dos menciones, a fin de cerrar este análisis de los Códigos franquistas.

El Código Penal de 1944<sup>52</sup> introdujo la redención de las penas por el

---

<sup>49</sup> B.O.E. núm. 86, 11 de abril de 1967.

<sup>50</sup> Título V, Capítulo II, Sección 1.

<sup>51</sup> GÓMEZ PAVÓN, P., *La reforma de los delitos contra la seguridad vial*, en “Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid”, núm. 25, Dialnet, recurso electrónico, 2012, Pág. 123.

<sup>52</sup> La realización de trabajos “duros y penosos” ya aparecía contemplada en el Código Penal de 1848 (art. 96) para el cumplimiento de la pena de cadena “temporal o perpetua”.

Por su parte, el bando nacional, mediante Decreto de 29 de mayo de 1937, aplicó este sistema para los presos procedentes del bando republicano; por lo que puede afirmarse que esta normativa es el antecedente del art. 100 del CP de 1944.

trabajo en su artículo 100<sup>53</sup>. Esta institución para el cumplimiento de las penas se mantuvo en el mismo precepto y con similar contenido hasta su desaparición<sup>54</sup> en el Código Penal de 1995. De esta forma, el nuevo Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, ya excluye de este beneficio a quienes se les apliquen las disposiciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Pues bien, el art. 100 del CP 1973 no permitía la redención de penas por trabajo a quienes *quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla*, aunque no lograsen su propósito. Por tanto, al resultar irrelevante el grado de ejecución, se equipara la tentativa con la consumación del delito de quebrantamiento a la hora de la pérdida de este beneficio<sup>55</sup> penitenciario. La redacción era confusa y creaba importantes arbitrariedades por parte de los juzgados de Vigilancia Penitenciaria, encargados de su aplicación.

Durante la tramitación de la L.O. 8/1983, se planteó la posibilidad de aplicar esta redención a la prisión provisional, lo que finalmente no se llevó a cabo. Se ha destacado la redacción del precepto propuesta durante la tramitación de la L.O. 8/1983, que excluía de la posibilidad de redimir penas por trabajo a quienes *quebrantaren su condena, prisión, conducción o*

---

<sup>53</sup> Y, reglamentariamente, en los arts. 65 a 73 del Reglamento de los Servicio de Prisiones de 2 de febrero de 1956.

<sup>54</sup> No obstante, la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, siguiendo el camino emprendido por el Proyecto de 1980, prescinde ya en su articulado de la institución de la redención de penas por el trabajo.

<sup>55</sup> Así lo califica la STC de 30 de octubre de 1989, como un verdadero beneficio.

*custodia*. Y la redacción alternativa hubiera permitido la equiparación –a estos efectos– de los delitos de evasión de presos y de quebrantamiento de condena, por un lado; y, por el otro, se ampliaría esta causa de incapacidad para redimir a los presos preventivos que, de lo contrario, quedan privilegiados por no verse excluidos del beneficio. Sin embargo, esta reforma no prosperó y el texto se mantuvo tal cual, con las deficiencias apuntadas. En definitiva, habrá que estar a la fecha de firmeza de la sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento de condena para impedir al condenado el disfrute del beneficio<sup>56</sup>.

Por último, los arts. 112 a 116 del Código penal de 1973, al igual que sus antecedentes del año 1944 y 1963, regulan la prescripción de todos los delitos y faltas. Cabe mencionar que, hasta el Código de 1870, los delitos no prescribían, tan sólo las penas; y que, por otra parte, como bien sabemos, el Código penal de nuestra actual democracia recoge algún caso de imprescriptibilidad, como ocurre con el delito de genocidio<sup>57</sup>.

Como se ha señalado<sup>58</sup>, el Código penal de 1944, en su artículo 116, exigía la notificación personal al reo como *dies a quo* para el cómputo de los plazos de prescripción de las penas. Este precepto fue modificado por la Ley

---

<sup>56</sup> JUANETAY DORADO, C., *La redención de penas por el trabajo. Una propuesta de reforma de los arts. 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones*, en “ADPCP”, tomo 43, fasc. 3, Dialnet, recurso electrónico, 1990, págs. 886-887.

<sup>57</sup> Art. 131.3 CP de 1995: “Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art. 614, no prescribirán en ningún caso”.

<sup>58</sup> PASTOR ALCOY, F., *Régimen jurídico de la prescripción en el Código penal español*, tesis doctoral, 2015, págs. 62-63.

24 de abril de 1958, con la siguiente redacción: “El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiera comenzado a cumplirse (...)”<sup>59</sup>. A nuestro entender, se trata de una mejora técnica evidente que, *de facto*, se mantiene con idéntica redacción hasta nuestros días<sup>60</sup>; pero que, en realidad, ofrece una escasa trascendencia en la práctica forense y que apenas modifica nada en relación con la legislación anterior<sup>61</sup>. Y es que la declaración de firmeza de la sentencia, bien por conformidad del acusado, bien por preclusión de los plazos de impugnación o por imposibilidad legal de ésta; exige ineludiblemente la notificación personal al condenado y a su representación procesal, por lo que la ausencia de la comunicación directa permitiría valorar el transcurso del plazo para la prescripción del delito.

Como hemos podido comprobar, la figura del delito de quebrantamiento de condena ha sufrido escasas modificaciones a lo largo de estos dos últimos siglos, y ello pese a los múltiples avatares políticos acaecidos, que dotaron de inestabilidad a la sociedad española.

Para concluir este apartado de antecedentes histórico-legislativos, ya en relación con la legislación democrática anterior al Código penal de 1995, es de

---

<sup>59</sup> Y añade, en un segundo párrafo, al igual que hacía el texto de 1944: “Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo”.

<sup>60</sup> Art. 134.1 del Código penal de 1995.

<sup>61</sup> En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho penal*, vol. I., editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 506.

señalar que se introduce<sup>62</sup> un segundo apartado en el artículo 334, que dice así: “En la misma pena incurrirán los que quebrantaren la condena de privación del permiso o la licencia de conducción”. Aparece así, por primera vez, la íntima relación que, en nuestro ordenamiento jurídico, ofrece el delito de quebrantamiento de condena con el régimen penal de la seguridad vial.

#### **IV.- Constitucionalismo y seguridad jurídica**

Valores sociales de relevancia típica como la seguridad y la libertad, objeto de reconocimiento básico en la conformación constitucional del Estado, pueden plantearse como términos antitéticos. Parece como si el crecimiento de una de ellas tuviera que ser, siempre y en todo caso, a costa de la otra. Si, en nuestros días, existe una honda preocupación entre los ciudadanos en poder desarrollar su ritmo de vida en las máximas condiciones de seguridad, no podemos olvidar que los regímenes democráticos de corte liberal en los que se desenvuelve la civilización occidental conceden al individuo la mayor esfera posible de libertad<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Redacción dada por Ley Orgánica 17/1994, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal con la finalidad de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o imprudencia.

<sup>63</sup> Señala el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales



El constitucionalismo unánimemente admitido en la Europa Occidental nace por causa de la libertad, en defensa de la autodeterminación del pueblo frente a los abusos del monarca absolutista. Hemos de analizar de qué libertad podemos gozar dentro del marco democrático y si, realmente, la mayor exigencia de seguridad actual implica un sacrificio del ámbito de autodeterminación del individuo y –por qué no decirlo– de los pueblos.

El Estado liberal que, fruto de una labor revolucionaria, se desarrolla y consolida en la primera mitad del siglo XIX en la Europa continental; se configura, desde sus orígenes, como Estado de Derecho y como reacción al Estado absoluto propio de la Edad Moderna. La ideología liberal impone un modelo de Estado creado desde abajo hacia arriba, esto es, donde el pueblo, configurado jurídicamente como poder soberano o constituyente, elabora una norma superior, a la que denominamos Constitución, que no podrá ser contradicha por ninguna otra, que siempre será de rango inferior.

A esta norma fundamental deberán necesariamente referirse todas las demás y su jerarquía y valor superiores aparece determinado por su autor, que no es otro que el conjunto de hombres y mujeres libres, integrantes de una nación que, al ceder parte de su libertad personal para asegurar una convivencia pacífica y en comunidad, son depositarios de un poder soberano, a partir del cual se crea toda la estructura y organización estatal, mediante la separación de los tres poderes básicos: ejecutivo, legislativo y judicial<sup>64</sup>.

---

límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley”.

<sup>64</sup> DE SÉCONDAT, Ch., barón de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 1748.

Para LOCKE, el poder político no tiene un origen extrínseco a la sociedad<sup>65</sup>; por el contrario, nace de la sociedad misma. La libertad de los individuos sólo puede ser limitada por la voluntad general expresada a través del Poder Legislativo, el cual, como voluntad derivada, no puede desconocer el pacto social<sup>66</sup> originario, creado directamente por la comunidad, no por los representantes designados por ésta, y que se plasma en la Constitución.

Esta doctrina política y filosófica, que conforma el núcleo duro de la Ilustración liberal, representa los cimientos sobre los que se construirá un movimiento revolucionario –al menos, en la Europa de ámbito no anglosajón– que pondrá fin al arbitrario Estado absolutista. Como consecuencia, la actividad del Estado está jurídicamente condicionada<sup>67</sup>, lo que quiere decir que el único medio por el que el Estado puede accionar contra sus ciudadanos es a través de una actividad jurídica: sólo de esta forma se asegura la sumisión de las decisiones legislativas y ejecutivas a la voluntad de la ciudadanía, expresada a través de sus representantes, quienes –a su vez– se encuentran condicionados por el mandato constitucional. Así, el Estado está facultado para exigir respeto al derecho y sancionar por incumplimiento al ciudadano en la medida que el propio Estado está sujeto a la norma. Esta norma jurídica, además, no es el mero ropaje formal de un mandato, como muchas veces había ocurrido en el absolutismo, sino que está substantivamente determinada en su contenido (KANT), en tanto en cuanto tiene como límite los derechos

---

<sup>65</sup> DÍAZ ROCA, R., *Teoría general del Derecho*, editorial Tecnos, Madrid, 1997, pág. 36.

<sup>66</sup> ROUSSEAU, J.J., *El Contrato social*, 1762.

<sup>67</sup> DÍAZ ROCA, R. *op. cit.*, pág. 37 *in fine*.

civiles y como fin su promoción y conservación<sup>68</sup>.

Y esta reflexión nos aporta una segunda consecuencia: que la misma norma jurídica, cuyo contenido no puede ser nunca arbitrario, como mejor garantía de su observancia y cumplimiento es, al mismo tiempo, el mecanismo de control que utiliza la sociedad civil (su destinataria, en definitiva) para vigilar el poder estatal.

El Estado liberal, así configurado, sufre una honda transformación a partir de la segunda mitad del siglo XX, por el trágico balance de las dos primeras guerras mundiales, que pusieron en evidencia las notables carencias del Estado liberal. Del abstencionismo típicamente liberal, resulta necesario pasar a un Estado intervencionista que asegure las condiciones materiales necesarias para crear una igualdad real entre los ciudadanos. A diferencia de la etapa anterior, donde la neutralidad del Estado frente a las fuerzas económicas sólo provocó un inmenso proletariado urbano a merced de los grandes capitales, en condiciones de vida y laborales muy precarias; tras la II Guerra Mundial, se alcanza la convicción que el único modo de evitar semejantes desastres –por el auge de los nacionalismos– es crear unas condiciones de vida, mínimas y satisfactorias, suficientes para toda la ciudadanía, donde el Estado, ya social, a través de su política fiscal y presupuestaria<sup>69</sup>, y sin anular la autonomía privada, adoptará un papel activo. En definitiva, se acepta el régimen democrático como el sistema político menos imperfecto y se adoptan soluciones que tiendan a corregir sus deficiencias.

---

<sup>68</sup> *Idem*, pág. 38.

<sup>69</sup> Art. 128.2 CE.

En nuestros días, asistimos a nuevo fenómeno que también tendrá influencia en la configuración de las políticas de seguridad, que es la integración de espacios, los procesos de globalización que están sufriendo zonas como la europea y su necesidad de dar respuestas a la delincuencia transfronteriza y a los nuevos<sup>70</sup> tipos de delincuencia (cibercriminalidad, delitos cometidos a través de redes sociales, fraudes financieros, terrorismo internacional...). El desfallecimiento del Estado social ha contribuido, de manera decisiva, a la apertura de nuevos espacios de seguridad, transida por el fenómeno de la globalización y la aparición de nuevas formas transnacionales de criminalidad<sup>71</sup>. El Tribunal Constitucional, en reiteradas resoluciones (STC 33/1982<sup>72</sup>, de 8 de junio, FJ 3, reiterada por STC 123/1984<sup>73</sup>, de 18 de noviembre, FJ 4, y por STC 154/2005<sup>74</sup>, de 9 de junio, FJ 5, entre otras) identifica el concepto de seguridad pública con toda la actividad de promoción que la Constitución española atribuye a los poderes públicos para garantizar la libertad e igualdad de los individuos (art. 9.2 CE) y, en general, el respeto, la aplicación y vigencia de los principios informadores del Estado social y democrático de Derecho, en los términos que han quedado expuestos.

---

<sup>70</sup> O.N.U., *Formas nuevas y emergentes de delincuencia: amenazas con que el mundo debe contar*, 13º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Justicia penal, 2015. web [www.un.org/es/events](http://www.un.org/es/events), verificada el 16 abril de 2018.

<sup>71</sup> Cfr. RECASENS I BRUNET, A., *La seguridad y sus políticas*, editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 37.

<sup>72</sup> ECLI:ES:TC:1982:33.

<sup>73</sup> ECLI:ES:TC:1984:123.

<sup>74</sup> ECLI:ES:TC:2005:154.

## **CAPÍTULO II**

### **VIOLENCIA DE GÉNERO: PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICA, VICTIMOLÓGICA Y POLÍTICO-CRIMINAL**



## I.- Aspectos criminológicos del delito de quebrantamiento

Cuando los medios de comunicación abordan la muerte de una mujer por causa de violencia de género<sup>75</sup>, hay un dato que siempre es aludido en la correspondiente información periodística: si la víctima había denunciado con anterioridad y si estaba –o no– bajo el manto de protección de alguna medida de alejamiento. Y es que existe una cierta curiosidad insana en conocer si realmente los mecanismos de seguridad establecidos son eficaces, lo que dota al delito de quebrantamiento en este ámbito de una importante trascendencia social.

Prácticamente, no hay día en que los propios medios de información no arrojen alguna noticia sobre la violencia de género y doméstica, ya sea ofreciendo datos sobre agresiones y muertes, ya invocando nuevas medidas institucionales para implementar mejoras en este ámbito o aludiendo a nuevas modalidades de agresión<sup>76</sup>. Se trata de una materia, y de ahí la actualidad de su

---

<sup>75</sup> El art. 14 de la L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), BOE núm. 313, de 29 de diciembre, dispone:

*“Los medios de comunicación fomentarán la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos.*

*La difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos. En particular, se tendrá especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones”.*

<sup>76</sup> Lo cierto y verdad es que a los medios de comunicación se les viene atribuyendo una importante responsabilidad en todo lo relacionado con la defensa de los derechos de la mujer en el ámbito familiar (el subrayado es nuestro):

VEGA MONTIEL, A., *El tratamiento de la violencia contra las mujeres en los medios*

estudio, muy presente en nuestro día a día: en actos institucionales, en eventos deportivos, en los medios de transporte..., estamos continuamente recibiendo información sobre sensibilización en materia de violencia sobre la mujer. La propia L.O. 1/2004 ya preveía la importancia de los medios de comunicación en este ámbito (arts. 10 a 14), si bien su desarrollo posterior ha ido más allá de las razonables proposiciones contenidas en la Ley integral.

Desde tal perspectiva, es de reconocer que el Derecho penal queda corto para abordar el estudio de esta materia. Por ello, no resulta suficiente, en modo alguno, limitarnos al análisis del delincuente como mero infractor de la norma jurídica, sino que resulta necesario atender al resto de protagonistas<sup>77</sup>: la víctima, ante todo, para atender a su inocuización; pero también al resto de los operadores jurídicos, como jueces y fiscales, fuerzas y cuerpos de seguridad,

---

*de comunicación*, Comunicación y Medios, n.º 30, Universidad de Chile, 2014, pág. 13: Los medios de comunicación han sido señalados como una institución con una responsabilidad central en la erradicación de la violencia contra las mujeres y, en consecuencia, en la realización de sus derechos humanos. Al constituirse como una *fuentes de educación formal e informal para la sociedad*, al lado de la familia y la escuela, tienen una tarea central en la búsqueda de soluciones.

Por otro lado, el Consejo Audiovisual de Andalucía publicó, en el año 2016, una *Guía para el Tratamiento Informativo sobre la Violencia de Género para desterrar malas prácticas periodísticas*, donde se afirma: “La información debe ser imparcial pero el periodismo no puede ser neutral frente a la violencia de género, al igual que no lo es frente a otros problemas que afectan a los derechos humanos”.

<sup>77</sup> HERRERO HERRERO, C., *Hacia un Derecho penal equilibrado, plataforma razonable de Política criminal*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 16. Hemos de tratar, por tanto, de construir un Derecho Penal equilibrado mediante la selección, para proteger los bienes jurídicos, con la exigencia de una tipificación suficientemente clara, con la adecuación y proporcionalidad de las penas a crear, imponer y cumplir. Teniendo en cuenta, en todo caso, la raíz íntima y la naturaleza y gravedad de los delitos. Y desde luego, ofreciendo, en el ámbito procesal penal, igualdad de medios o «de armas» (dentro de sus respectivos roles) al infractor y a la víctima.



legisladores (el denominado control formal); y, por último, la familia, los amigos y los grupos en los que se integran estos protagonistas (control informal). A ello vamos a dedicar los siguientes apartados de nuestro trabajo<sup>78</sup>, analizando las tendencias legislativas sobre la materia.

En este sentido se postula la consideración desde la perspectiva de la Criminología<sup>79</sup> en cuanto ciencia mucho más adecuada, por su carácter interdisciplinar, para abordar el delito de quebrantamiento, singularmente, por la significación cultural que, en nuestros días, ha adquirido la violencia sobre la mujer.

Volviendo a los medios de comunicación, centrémonos en cómo se abordan estas noticias cuando se sospecha que concurre violencia sobre la mujer. En la versión digital del periódico *La Razón*<sup>80</sup>, se intitula “Una ex modelo de Playboy y su hijo mueren al caer desde una planta 25 de un rascacielos”. La noticia señala que “parece aparentemente que se trata de un

---

<sup>78</sup> Señala DÍAZ ROCA, R., *Derecho penal general*, editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág. 21, que las definiciones deben ser posteriores al estudio de cualesquiera de las ramas del conocimiento y no precederlas.

<sup>79</sup> La Real Academia Española de la Lengua (RAE) la define como “ciencia social que estudia las causas y circunstancias de los distintos delitos, la personalidad de los delincuentes y el tratamiento adecuado para su represión”.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 19, la caracteriza como “ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen –contemplado éste como problema individual y como problema social–, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente –y en su víctima– y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito”.

<sup>80</sup> Obtenida de la web <https://www.larazon.es>. 19/5/2018.

suicidio, aunque la policía científica de la ciudad de los rascacielos aún no ha determinado exactamente lo sucedido... estaba en medio del divorcio de su esposo y la batalla por la custodia de su hijo”.

Contemplemos ahora este titular, del mismo periódico, de fecha 21 de marzo de 2018: “Un hombre se suicida tras matar a sus hijos en el incendio de su vivienda”. Y en el cuerpo de la noticia expone: “Y es que una de las hipótesis que ayer parecía prácticamente confirmada por los investigadores es que el padre de los pequeños habría dejado encerrados a sus hijos en el cuarto o bien, por algún motivo que se desconoce, éstos no pudieron salir de la habitación incendiada... Al parecer los padres podrían estar en trámites de separación”.

No resulta difícil apreciar fuertes discrepancias entre los enfoques utilizados en ambas noticias, no obstante, la presencia de similitudes. Sorprende, ante todo, la tibieza con la que se encara la primera noticia. Así, cuando resulta bastante evidente que la madre se ha precipitado a una muerte segura arrastrando a su hijo menor, se utilizan los términos “parece” y “aparentemente” y se recalca que la policía científica aún no ha determinado exactamente lo sucedido, es decir, se demuestra una prudencia cuando el caso ofrece pocas dudas y, sobre todo, no se recoge directamente el hecho que la madre ha acabado con la vida de su hijo de tan sólo 7 años, sino que queda implícita en la idea del suicidio. Y, desde luego, nada que hablar sobre violencia doméstica.

La segunda de las noticias (nótese, en el mismo medio, misma línea

editorial, y con apenas dos meses de diferencia) es también un caso de violencia doméstica, pero con el importante matiz que el homicida es un hombre, concretamente, el padre de los niños. En este caso, sí se habla de “matar a sus hijos”, de “hipótesis prácticamente confirmada”. No hay dudas: el padre asesinó a sus hijos y después se suicidó, y todo ello sin esperar a analizar las causas del incendio que mató a los menores.

No hay que ser sociólogo para comprobar que existe un modo de abordar las historias de violencia doméstica –o sobre la mujer– diferente según que el autor de los hechos sea hombre o mujer. Por ejemplo, en ambos casos, los progenitores estaban en trámites de separación; no obstante, la madre suicida estaba inmersa en la *batalla por la custodia de su hijo*. Es decir, ¿por qué referirse a un divorcio contencioso como una *batalla*? Tal vez sea para mostrar mayor comprensión frente a una mujer desesperada que ha tomado tan terrible decisión. Sin embargo, esta condescendencia no se le reconoce al varón. Éste parece más frío, más despiadado, capaz de encerrar a sus hijos en una habitación y provocar que éstos mueran afixiados o, aún peor, abrasados. La propia noticia así lo relata, con profusión de detalles, recogiendo los lamentos de una madre desesperada; pero, ¿y en el caso americano? Pues pocos detalles se ofrecen y, desde luego, nada sabemos del padre que también ha perdido a su hijo. ¿Es ésta la cooperación que deben prestar los medios de información?

No sorprende que un medio de comunicación ofrezca una determinada tendencia ideológica. Puede, inclusive, resultar hasta lógico, para así captar a

lectores de un prefijado perfil. Lo que sí llama poderosamente la atención es la afiliación a lo “políticamente correcto” y, al mismo tiempo, cómo se va conformando esa uniformidad de pensamiento<sup>81</sup> que etiqueta a los disidentes como extremistas, por cierto, de derechas o conservadores, por contraste a una ideología de corte marxista, denominada como *realismo de izquierdas*, surgida en Gran Bretaña<sup>82</sup> en la década de los 70, y con gran predicamento entre los actuales representantes de la criminología moderna.

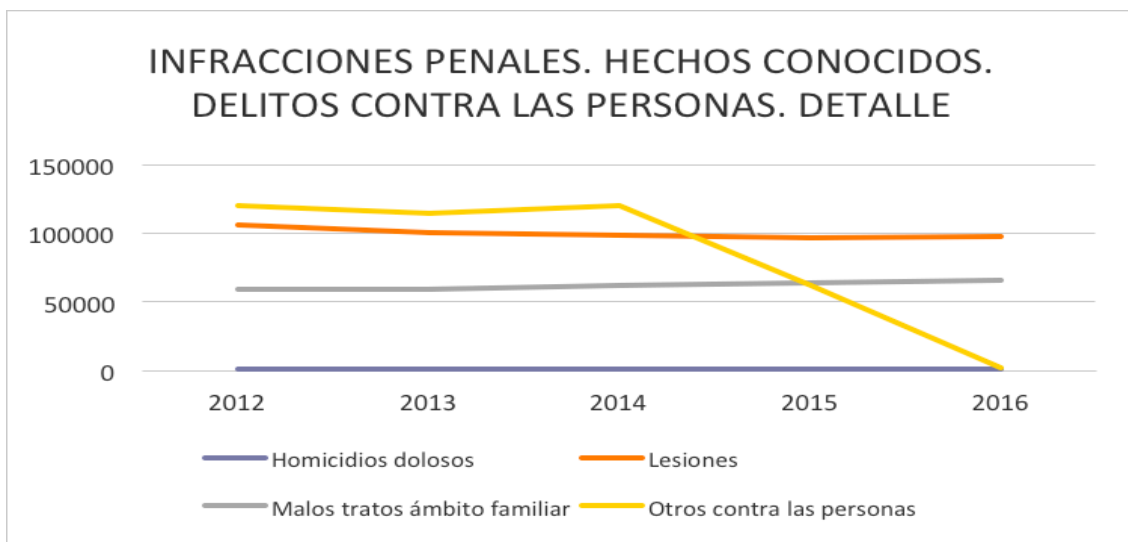
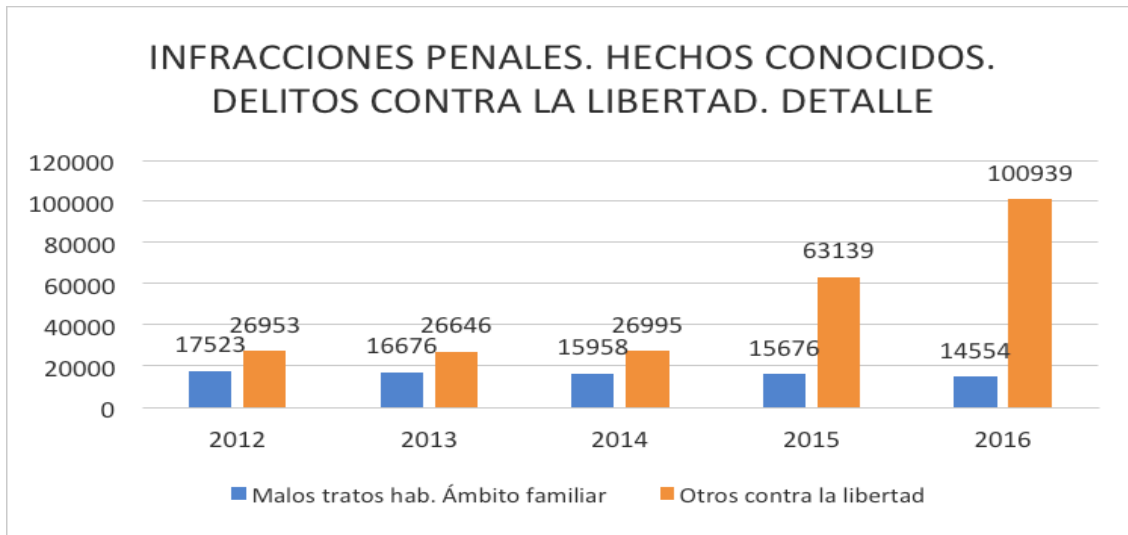
Si nos dejásemos arrastrar por estos medios de información, deberíamos concluir que los delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica y de género son los más frecuentes. Pero esto no es cierto: son los delitos contra el patrimonio los que mayor número de actuaciones policiales, detenciones y procedimientos judiciales generan<sup>83</sup>. De hecho, los delitos en el ámbito familiar no son siquiera los más numerosos dentro de la familia de delitos contra la libertad individual y se mantienen, además, en cifras muy similares a lo largo del tiempo.

---

<sup>81</sup> Me viene a la mente la célebre cita de MARX: “las ideas de la clase dominante son las ideas dominantes de cada época o, dicho en otros términos, la clase que ejerce el poder material dominante en la sociedad es, al mismo tiempo, su poder espiritual dominante”. *Vid.* MARX, K. / ENGELS, F., *La ideología alemana de Feuerbach. Contraposición entre la concepción materialista y la idealista*, 4ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1994, pág. 58.

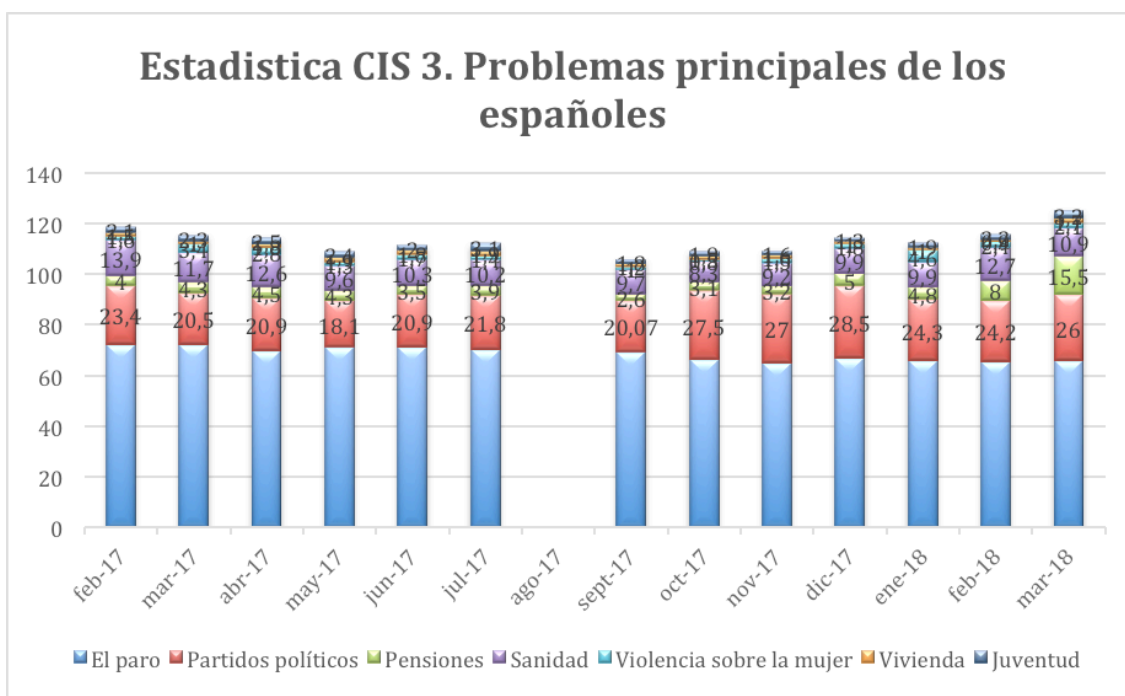
<sup>82</sup> TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, (ed. original, 1973), editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1990.

<sup>83</sup> Según las estadísticas oficiales publicadas por el Ministerio del Interior ([www.interior.gob.es](http://www.interior.gob.es)), las denuncias policiales relacionadas con delitos contra el patrimonio representaron más del 75 % del total para el año 2016 (1.572.967 sobre un total de 2.009.690), 2015 (1.573.983 sobre un total de 2.036.815), 2014 (1.595.984 sobre un total de 2.092.040) y así consecutivamente.



Podría argüirse que esa mayor atención informativa aparece motivada por el gran interés que la materia despierta en la ciudadanía o, lo que es lo mismo, por la alarma social que genera. Sin embargo, si atendemos a las publicaciones del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), la violencia

sobre la mujer alcanza una respuesta muy residual entre los principales problemas que afectan a los españoles. Como puede comprobarse en el gráfico que adjuntamos, la violencia sobre la mujer se encuentra en un rango muy inferior a las principales preocupaciones de los españoles, como son el paro, los partidos políticos y la corrupción, o las pensiones y la sanidad. Por el contrario, la materia que nos ocupa se sitúa a la par de materias tales como la vivienda, los problemas relacionados con la juventud o el terrorismo internacional.



Fuente: [www.cis.es](http://www.cis.es). El cuadro es de elaboración propia.

Por tanto, este apoyo mediático parece responder a una finalidad determinada y no es una respuesta a una necesidad social. Aparentemente, se

está tratando de crear una línea de pensamiento único, ajena al debate intelectual<sup>84</sup>, que está imponiéndose con gran éxito. De hecho, a quienes contrarían algunos de estos principios, se les tacha como disidentes y extremistas; y, lógicamente, esta saturación de ideas por todos los canales colectivos de comunicación (prensa escrita, radio y televisión; pero, también, a través de las redes sociales) está calando en las conciencias individuales, asumiendo tales ideas.

Como señala DURKHEIM (1858-1917), la sociedad tiene el poder de determinar nuestros pensamientos y acciones, y parece que se está consiguiendo. No resulta casual ese fenómeno expansionista que está actualmente atravesando el derecho penal, abarcando áreas que anteriormente no alcanzaba, así como un endurecimiento generalizado de las penas establecidas. De igual modo, el desarrollo de ideas tales como la aparición de un derecho penal del enemigo o la instauración del principio de tolerancia cero; se están arraigando en la conciencia colectiva, por ejemplo, con la incriminación de los actos preparatorios. Todo ello en pro de una idea de prevención general cuya eficacia no ha sido nunca objeto de demostración científica y frente a la cual resulta casi imposible alegar.

Desde luego, no es posible erradicar el delito. No podemos defender

---

<sup>84</sup> No obstante, existe una importante cantidad de intelectuales que, en redes sociales y diversos foros, están dando la batalla de las ideas. Y esto nunca puede asustar a nadie en el ámbito académico. En este activismo ha destacado Francisco José CONTRERAS PELÁEZ, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, quien hizo un alegato en oposición a la ideología de género “que va contra la mujer y que lleva en sí misma implícita la destrucción del feminismo”, en *ABC*, edición de Sevilla, versión digital, de fecha 7/03/2019.

que el crimen sea algo positivo, pero sí que resulta consustancial al género humano<sup>85</sup>. En materia de violencia de género, tampoco debiera resultar admisible la utilización de todas las herramientas disponibles para erradicar el fenómeno. Queremos decir que hay muchas categorías de delitos, y de delincuentes, a los que la sociedad trata como personas extrañas a ella misma y a las que hay que atender, en primer lugar, para evitar que sigan agrediendo y, a posteriori, para lograr su reinserción social: la propia sociedad define qué es delito y su gravedad.

Las corrientes más modernas en el ámbito de la Criminología son de orientación marxista<sup>86</sup>, muy interesantes en cuanto destacan la importancia de factores tales como la pobreza y la desigualdad social a la hora de justificar la aparición de la criminalidad. Sin embargo, MACIONIS y PLUMMER<sup>87</sup> señalan la vigencia en nuestros días de una criminología feminista y de género, que ha puesto en valor el papel de la mujer como víctima de violencia de género. Habrá que comprobar si, como denuncian sus autores, existe un diferente trato a la mujer por parte de las instituciones policiales y judiciales (control formal);

---

<sup>85</sup> DURKHEIM rechazaba el punto de vista muy común de considerar un acto delictivo como algo “patológico”. Por el contrario, llegó a la conclusión que los delitos son fenómenos bastante “normales” por la más básica de las razones: una sociedad no podría existir sin ellos. *Vid.* MACIONIS, J.J. y PLUMMER, K., *Sociología*, 4ª edición, editorial Pearson, Madrid, 2011, pág. 103.

<sup>86</sup> Para algunos se trata de un retorno a la Teoría del conflicto. Como señala SILVIA GARCÍA, G., *La teoría del conflicto. Un marco necesario*, en Revista “Prolegómenos. Derechos y Valores”, Vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, 2008, pág. 36: “los intereses y los valores constituyen los elementos materiales esenciales en el conflicto, sobre todo, de los conflictos sociales de mayor envergadura (...) empero, los valores en su dimensión más general, las creencias y las concepciones, en tanto estén vinculadas a la cultura, tendrán tiempos de ajuste más lentos y pausados que los intereses”.

<sup>87</sup> *Op. cit.*, pág. 525.



si, desde el punto de vista del control social o informal, el género está mejorando la visibilidad del problema y se está avanzando en la erradicación del mismo, para lo que resultará imprescindible analizar las estadísticas en materia de violencia de género y doméstica, donde el delito de quebrantamiento adquiere especial relevancia desde el punto de vista político-criminal, en base a la reincidencia en el comportamiento delictivo que manifiesta.

## II.- Dimensión político-criminal

Venimos apuntando que la mera represión punitiva resulta, a todas luces, insuficiente para abordar un fenómeno tan complejo<sup>88</sup> y variado como el de la violencia contra la mujer. Si la Ley Orgánica se define como integral es porque las respuestas que tienen que ofrecerse son, necesariamente, de carácter multidisciplinar. Las medidas judiciales vienen a ser necesarias, pero no suficientes.

Por otro lado, la violencia de género es la más clara manifestación del Derecho penal de la peligrosidad, desde cuyos axiomas la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la Política criminal, como un bien que el Estado y los Poderes públicos han de defender con todos los medios e instrumentos a su alcance<sup>89</sup>. Se trata de una cuestión muy relacionada con el Derecho penal del enemigo, el adelantamiento de las barreras de punición y otros aspectos a que nos referiremos a lo largo del trabajo, pues sólo así podremos comprender el fenómeno legislativo de la violencia sobre la mujer.

---

<sup>88</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., en AEBI, M.F. *et al.*, *Aspectos esenciales de la Criminología actual*, editorial UOC, Barcelona, 2016, pág. 255: “la variedad de formas que adquiere la violencia contra la mujer-pareja dificulta su tratamiento homogéneo, su consideración legal y también la búsqueda de soluciones válidas y aceptables por parte de los agentes sociales implicados en la eliminación de la misma”.

<sup>89</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial del Anteproyecto de la Ley de Protección de la seguridad ciudadana. Citado por PRESNO LINERA, M.A., *La expansión del Derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana*, en CUERDA ARNAU, M.<sup>a</sup> L. Y GARCÍA AMADO, J.A. (Directores), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 34.

Basta comprobar el importante número de denuncias que, durante los últimos años, y sobre violencia de género, vienen formulándose en sede policial y judicial, para constatar que nos encontramos ante un fenómeno de singular importancia, incluso desde un punto de vista cuantitativo. El siguiente cuadro<sup>90</sup> nos muestra la serie histórica del número de denuncias registradas en España relacionadas con la violencia sobre la mujer.

N.º de denuncias presentadas VG	Año
135.539	2009
134.105	2010
134.002	2011
128.477	2012
124.893	2013
126.742	2014
129.193	2015
143.535	2016
166.260	2017

La web nos permite ahondar en estas cifras y discriminar el número de denuncias por su origen, ya en sede judicial, ya sea a través del oportuno

---

<sup>90</sup> Fuente: Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. Gobierno de España. Información obtenida de la URL: [estadisticasviolencia-genero.igualdad.mpr.gob.es](http://estadisticasviolencia-genero.igualdad.mpr.gob.es). El cuadro es de elaboración propia.

atestado policial; y, dentro de cada categoría, en función de la propia declaración de la víctima, de sus familiares o por el conocimiento directo de la fuerza policial.

Desde un punto de vista político criminal, la pregunta sería: ¿cómo se ataca el delito de quebrantamiento, singularmente, en el marco de la violencia sobre la mujer? No es sencillo, desde luego. Ya hemos visto que no resulta posible eliminar el delito en general, y éste no supone ninguna excepción. Evidentemente, y en cualquier caso, se trata de una cuestión cuya respuesta le corresponde al legislador<sup>91</sup>, como único legitimado para el diseño de una política criminal, fundamentalmente orientada hacia la prevención del delito.

Observamos que en esta materia, como en otras donde se postula la idea de “tolerancia cero”, aparece un amplio consenso entre los diferentes partidos políticos a la hora de adoptar decisiones, ya revistan la forma de modificaciones legislativas (civiles, penales) ya pretendan implementar nuevas medias en el ámbito educativo, de información y publicidad o de apoyo económico-laboral a las mujeres víctimas.

A título meramente ejemplificativo, el último Pacto contra la Violencia de Género, con una vigencia prevista de cinco años, fue aprobado<sup>92</sup> el pasado 28 de septiembre de 2017 por el Pleno del Congreso de los Diputados con el voto favorable de 278 diputados y 65 abstenciones, sin voto alguno en contra.

---

<sup>91</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo (BOE núm. 135, de 4 de junio), Fundamento de Derecho 6, segundo párrafo que, a su vez, remite a la STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4 (BOE núm. 194, de 12 de agosto).

<sup>92</sup> Información obtenida en la web [www.el mundo.es](http://www.el mundo.es). Verificado 8/06/2018.

Probablemente, nos encontremos ante el único sector normativo con semejante grado de adhesión<sup>93</sup>. En otros ámbitos de parecida sensibilidad, como el de la seguridad vial, se combinan medidas aceptadas unánimemente con otras resultantes de la natural batalla política. Así, la instauración del carnet por puntos fue aprobado<sup>94</sup> por el Pleno por 317 votos a favor, 7 en contra y 1 abstención; sin embargo, la última reforma del texto articulado sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, fue aprobada por el Pleno del Congreso con 186 votos a favor, 99 en contra y 16 abstenciones<sup>95</sup>.

Concluimos por ello que existe una desacostumbrada unanimidad entre los diferentes partidos políticos para abordar este problema. No olvidemos que la Política criminal<sup>96</sup> no deja de ser, precisamente, eso: Política y que se encuentra sometida a los avatares de la evolución social<sup>97</sup>. Por ello, se nos plantea, en primer lugar, la vieja necesidad que, en un Estado Social y

---

<sup>93</sup> La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, fue aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados (320 votos), el 8 de octubre de ese mismo año.

<sup>94</sup> En la sesión de 30 de junio de 2005.

<sup>95</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, número 190, de 20 de marzo de 2014, pág. 62.

<sup>96</sup> Ha sido descrita por MEZGER como “el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención y la lucha contra el delito”. Citado por VIDAURRI ARÉCHIGA, M., *Política criminal: concepto, finalidades, función y método*, en “Letras Jurídicas”, núm. 20, Universidad de Guadalajara, México, 2015, pág. 3.

<sup>97</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Política criminal y Derecho penal*, 2ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 43: “La asunción por la reciente política criminal de la protección de un número cada vez mayor de bienes jurídicos colectivos es asimismo directa consecuencia de la reestructuración del cuadro de valores político-criminales de un modo acorde con la sociedad del bienestar. Ello ha traído consigo el surgimiento o consolidación de bienes jurídicos como la salud pública, el medio ambiente, la ordenación del territorio o los vinculados a muy diversos aspectos del orden socioeconómico, entre otros. El nuevo código penal ha acogido la mayor parte de ellos en su seno, siendo sensible por tanto a las nuevas necesidades de tutela de un Estado auténticamente social”.

Democrático de Derecho como el nuestro, el poder legislativo no sólo se atenga a la legalidad formal, sino que, además, se atribuya una legitimidad material o sustancial, para lo cual ha de resultar respetuosa –escrupulosa, más bien– con el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Es decir, existe un doble control, formal y material<sup>98</sup>, de la actividad legislativa, y no resulta suficiente la bondad de los fines perseguidos (*cum finis est licitus, etiam media sunt licita*<sup>99</sup>); y ese control de sustantividad de la norma radica en una serie de principios universales que nos vinculan a todos y que orientan a nuestra sociedad a sucesivos estadios de cohesión y consenso.

Ciertamente el legislador no puede ni debe resultar inmune a las necesidades sociales. Estamos hablando de vigencia de las normas. Llegados a este punto, nos interesa recoger esa doctrina, conocida como “teoría tridimensional del Derecho”<sup>100</sup>, que comprende la sociedad, la norma y el valor, y a la que algunos autores añaden una cuarta dimensión: la temporal.

Y es que los tipos incardinados dentro de los delitos contra la violencia familiar o de género no revisten mayor especialidad en sí. Lo hemos comprobado al supervisar la evolución histórica de la figura del quebrantamiento. Los delitos de lesiones, coacciones o amenazas, por ejemplo, ya existían en el Código penal español antes del año 2004, y se

---

<sup>98</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.J., *op. cit.*, pág. 208.

<sup>99</sup> BUSENBAUM, H. (1645), *Medulla Theologiae Moralis*.

<sup>100</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico penal: algunas consideraciones críticas. Derecho penal y Criminología*, en “Revista del Instituto de Ciencias penales y criminológicas”, núm. 79, Universidad Externado, Colombia, 2005, pág. 48.

encontraban más que asentados en la dogmática penal. Por tanto, la decisión de otorgarles singularidad propia y una individualidad diferente dentro de sus respectivas regulaciones es una decisión exclusivamente atribuible al legislador.

Asimismo, es también una decisión de Política criminal que los comportamientos criminales motivados por violencia de género no se contemplen como meras agravaciones, de mayor o menor cualificación, respecto al tipo básico; sino que se opte por concederles virtualidad propia dentro del tipo respectivo, que no sistemática. Y es que, al igual que ocurre con los delitos contra la seguridad vial, el legislador podría haber reconocido en esta materia una ubicación propia dentro del Código; sin embargo, ha optado por tener que apreciar cada delito, dentro del tipo básico, con sus diferentes especificidades.

Todas estas decisiones son exclusivas del legislador y no son gratuitas. Sus consecuencias son queridas y buscadas en ejecución de una determinada Política criminal. En 1972, el sociólogo STANLEY COHEN acuñó un término: Pánico Moral. En su libro *Folks Devils and Moral Panics*<sup>101</sup>, COHEN explica la dinámica: las fuerzas vivas señalan un comportamiento, o un grupo, como encarnación de la maldad, provocando preocupación y miedo, sentimientos que son exacerbados hasta desembocar en hostilidad hacia determinadas actitudes o colectivos. De esta forma, se instiga a la masa a lanzarse ciegamente contra el supuesto mal, anulando el debate racional,

---

<sup>101</sup> COHEN, S., *Demonios populares y “pánicos morales”:* delincuencia juvenil, subculturas vandalismo, drogas y violencia, editorial Gedisa, Barcelona, 2017.

obstaculizando la búsqueda de soluciones correctas y desviando la atención de la imprescindible crítica al poder político.

La publicación, en el año 2004, de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha conllevado un gran número de novedades dentro del Derecho penal español: la creación de nuevos tipos penales, adaptación/agravación de los ya existentes, la aparición de una nueva clase de órgano judicial unipersonal (los Juzgados de violencia sobre la mujer), la atribución de ciertas competencias en el orden civil a favor de los juzgados de instrucción y, por último, el establecimiento de nuevas normas competencias y de reparto de asuntos penales y civiles entre los distintos juzgados y secciones de las Audiencias Provinciales con competencia en esta materia.

Pero conviene destacar que esta nueva regulación normativa es el resultado final de una evolución legislativa que arranca, no obstante la existencia de otros antecedentes<sup>102</sup>, en el año 1999 con la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Código Penal y la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de Protección a las Víctimas de los Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y que continúa con la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de

---

<sup>102</sup> La L.O. 3/1989 introdujo por primera vez en el artículo 425 del Código Penal un tipo penal específico para incriminar la violencia intrafamiliar, con el declarado propósito de “responder a la deficiente protección de los miembros del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”.



determinados Delitos y Faltas, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, el RD 355/2004, de 5 de marzo sobre el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y que finaliza, cinco años más tarde, en una norma pionera a nivel europeo y mundial.

El 17 de diciembre de 1997, Ana Orantes fue asesinada por su marido<sup>103</sup>. Esta muerte conmovió a la sociedad española y generó una sensibilidad social que permeó el cuerpo legislativo y que se tradujo en las reformas arriba enunciadas. Como en otras ocasiones<sup>104</sup>, varios factores convergieron para que el caso de Ana Orantes tuviera ese efecto multiplicador: no fue la crueldad de su muerte (fue quemada viva) ni sus connotaciones claramente machistas. Ana había acudido trece días antes a un

---

<sup>103</sup> Periódico *El Español*. Entrada de 18 de noviembre de 2017.

<sup>104</sup> El 13 de julio de 1997 muere, tras 12 horas de coma irreversible, Miguel Ángel Blanco. Este concejal del País Vasco fue secuestrado por la banda terrorista ETA el día 10 de julio, que exigió al reagrupamiento de presos de la banda para su liberación, en un plazo máximo de 48 horas. Todo ello fue anunciado a través de los medios de comunicación y tuvo a España entera en vilo hasta el fatal desenlace. Pese a la larga actividad de los terroristas en España, el asesinato de Miguel Ángel Blanco desató una respuesta social masiva sin precedentes. En todas las regiones de España, incluidas las provincias vascas, centenares de miles de personas se manifestaron pidiendo –sin éxito– la liberación del joven político del Partido Popular. Con su muerte, nació el “espíritu de Ermua” y, para muchos, el principio del fin de la banda terrorista.

plató de televisión para contar el infierno de sus cuarenta años de convivencia con aquel hombre que le pegaba, le insultaba y la humillaba. A sus 60 años, quería denunciar públicamente lo que los tribunales no eran capaces de atajar en aquellos momentos. Pensaba que, tal vez así, la dejaría en paz. Tras más de diez denuncias, y pese a estar separada, vivía en plantas distintas de un mismo inmueble con su agresor, hasta que el maltratador decidió convertirse en asesino.

Si la Política criminal es el “conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”<sup>105</sup> entonces defendemos una concepción social, esto es, la Sociedad diseña ciertas estrategias para atacar el delito. No obstante, también podemos defender una posición jurídica, donde corresponde al Estado exclusivamente definir estas respuestas. Independientemente de que optemos por una u otra concepción, resulta evidente que la violencia de género constituye un claro ejemplo de interacción entre la sociedad y los legisladores o, como señalaba ROXIN<sup>106</sup>, concurre la

---

<sup>105</sup> DELMAS-MARTY, M., *Modelos actuales de Política criminal*, en Colección Temas Penales, Serie A, N° 4, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006, pág. 19.

<sup>106</sup> ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1972: nos encontramos ante una discusión doctrinal apasionante.

En el sistema funcionalista normativo, JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, editorial Civitas, Madrid, 1996, orienta su concepción sobre el fin del Derecho penal en la vigencia de la norma, aunque viene moderando su pensamiento, reconociendo el fin de la pena para la protección de los bienes jurídicos.

En palabras de POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Editorial Católica Española, S.A., Sevilla, 1974, pág. 107: “la norma no pretende protegerse a sí misma, sino los bienes y valores en ella contenidos”.

necesidad de orientar el sistema penal a la realidad y, para ello, resulta necesario introducir los valores político-criminales en todas las categorías del delito.

En estos momentos, podemos hablar de un triunfo de estas tesis funcionalistas, entendidas de manera amplia, como la corriente de pensamiento que orienta el conocimiento hacia fines sociales de integración y consenso<sup>107</sup>.

El legislador es ahora sensible a las necesidades que demanda la sociedad, y dicha atención se considera inseparable de la idea de Estado social y democrático de Derecho. Por ello, resulta necesario compaginar la necesidad de prevenir el fenómeno delictivo con el respeto a los derechos fundamentales y a las garantías del Estado de Derecho.

En definitiva, en palabras de ROXIN: “la misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, editorial Colex, Madrid, 2001, pág. 31.

<sup>108</sup> ROXIN, C., *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa*

Y la sociedad demanda en nuestros días una atención preferente a la prevención de los delitos relacionados con la violencia doméstica y, singularmente, sobre la mujer.

---

*sometido a examen*, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología”, n.º 15-01, 2013, pág. 5. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.

### III.- La mujer víctima de violencia de género

Salvo casos de conocimiento directo por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, denuncias realizadas por familiares de la víctima u otras vías indirectas, como los partes de lesiones; el presupuesto procesal necesario para iniciar los mecanismos policiales y judiciales es la denuncia previa de la víctima. A este respecto, el CGPJ<sup>109</sup> facilita estadísticas anuales relativas al origen de las denuncias en materia de violencia de género:

DATOS DENUNCIAS PRESENTADAS VIOLENCIA SOBRE LA MUJER						
		Origen Atestado		Origen Juzgado		
Año	Denuncias	Por víctima	Por familiar	Por víctima	Por familiar	Otras <sup>110</sup>
2017	166.260	65,53 %	1,78 %	3,60 %	0,27 %	28,82 %
2016	142.893	65,92 %	1,18 %	3,22 %	0,26 %	29,42 %
2015	129.193	64,90 %	1,23 %	4,05 %	1,02 %	28,80 %

<sup>109</sup> Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Obtenida de la web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

<sup>110</sup> Se incluyen los atestados instruidos por conocimiento directo de la policía judicial, por llegada al juzgado de partes de lesiones o por cualesquiera otros medios, tales como denuncias de terceros.

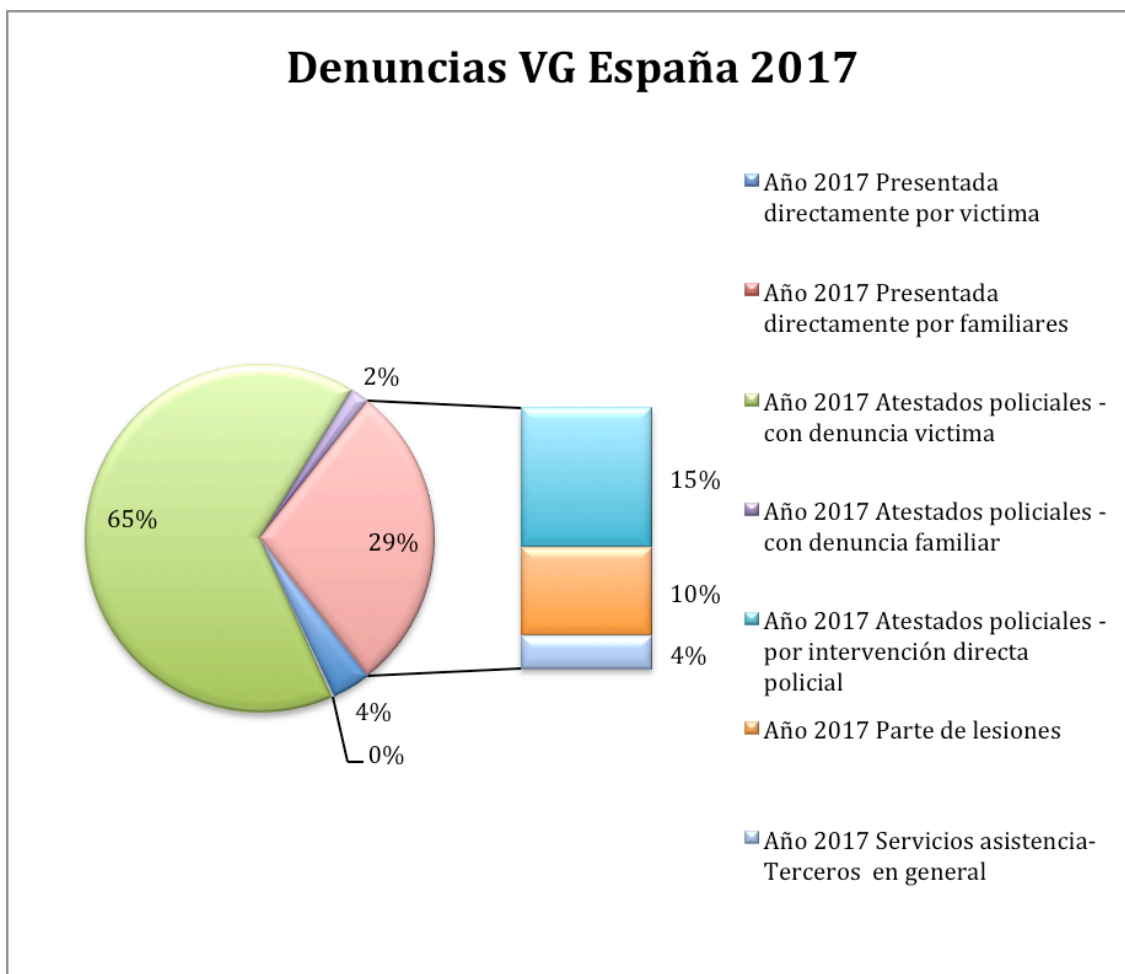
						%
2014	126.742	62,14 %	1,12 %	7,71 %	0,51 %	28,52 %
2013	124.894	60,67 %	1,00 %	9,82 %	0,50 %	28,01 %
2012	128.543	63,89 %	0,92 %	8,16 %	0,34 %	26,69 %
2011	134.002	62,46 %	0,81 %	9,02 %	0,34 %	27,37 %
2010	134.105	64,70 %	1,27 %	8,32 %	0,36 %	25,35 %
2009	135.540	64,66 %	1,06 %	8,00 %	0,30 %	25,98 %
2008	142.125	63,83 %	1,13 %	9,60 %	0,60 %	24,84 %

Como se desprende de estas cifras, facilitadas por los Letrados de la Administración de Justicia, trimestralmente, a través de la elaboración de los correspondientes boletines estadísticos; además de apreciar un continuo crecimiento del número global de denuncias por violencia sobre la mujer, la mayoría de los procedimientos se inician mediante denuncia de la perjudicada, fundamentalmente, en sede policial<sup>111</sup>. El siguiente cuadro, concretado sólo al

---

<sup>111</sup> Sin embargo, ambas vías no resultan semejantes. Así, la comparecencia en sede judicial conllevará, a buen seguro, oficiar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la práctica de diligencias, entre otras, la correcta identificación, localización y citación

año 2017, muestra gráficamente cómo el 65 % de las denuncias se formalizan en comisaría por la propia víctima.



Fuente: Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Gobierno de España. Información obtenida de la URL: [estadisticasviolenciagenero.igualdad.mpr.gob.es](http://estadisticasviolenciagenero.igualdad.mpr.gob.es). El cuadro es de elaboración propia.

del denunciado. Por tanto, resulta mucho más conveniente la denuncia en comisaría, donde la policía judicial puede llevar a cabo las primeras diligencias de investigación (art. 284 LECrim.), valorar las circunstancias concurrentes, incluida la valoración del riesgo a que se encuentra sometida la mujer y, sobre todo, poder adoptar inmediatamente las medidas de protección que tenga por conveniente, dando cuenta de todo ello a la autoridad judicial (art. 292 LECrim.).

Evidentemente, las denuncias en materia de violencia de género suelen venir precedidas de un cierto periodo de reflexión por parte de la víctima (y ésta es una de las mayores singularidades en toda esta materia)<sup>112</sup>, quien valora las ventajas e inconvenientes de tomar semejante decisión, dado que existen vínculos muy fuertes que le unen con su agresor: posible dependencia económica, descendencia común, lazos familiares, problemas laborales, pérdida de consideración social, etc. Además de las implicaciones personales de esta iniciativa, resulta muy trascendente en el plano jurídico: sobre posibilidades y ámbitos de actuación, medias de protección y consecuencias civiles (orden de protección), concreción de un relato pormenorizado y coherente de los hechos denunciados, circunstancias relevantes, acopio de pruebas...

En este contexto, la Medida 229 del Senado (Informe de 28 de septiembre de 2017 para el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, que ha desembocado en el proyecto de ley de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la VG, procedente del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, porque el Congreso acordó la convalidación en sesión de 13 de septiembre de 2018 y su tramitación como proyecto de ley) garantiza la asistencia letrada con la pretensión de mejorar su aplicación para

---

<sup>112</sup> El Consejo General de la Abogacía del Estado ha propuesto la modificación del art. 20.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, para regular con carácter preceptivo la asistencia letrada a las víctimas de violencia de género, desde el momento previo a la interposición de la denuncia, propuesta avalada de forma expresa por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Violencia de Género del CGPJ, en su reunión de 9 de febrero de 2017.



que dicha defensa sea inmediata, gratuita, especializada y preceptiva, salvo renuncia expresa, para todas las víctimas de violencia de género. La posibilidad de renuncia a las asistencia letrada reconocida a la víctima ha sido criticada<sup>113</sup> por el CGAE por cuanto se corre el riesgo que la medida sea papel mojado; en definitiva, que no se realice en la práctica, como ocurre –según aseguran– con el Protocolo suscrito entre el Ministerio del Interior y la Abogacía. Sin embargo, finalmente, la reforma no recoge la asistencia letrada desde el momento previo a la interposición de la denuncia.

Sin embargo, conviene centrarnos en este momento inicial en que la mujer es consciente del peligro, propio y quizás de sus hijos, y decide buscar protección. Al respecto se ha señalado que la víctima debe primero etiquetar el hecho como delito, decidir que es lo suficientemente serio como para implicar a la policía y decidir si denunciar el delito es más ventajoso que otras opciones disponibles; los que rodean a la víctima pueden influir de distintos modos en cada una de estas fases: “...*that de real gatekeepers (of the legal system) are those people with whom victims consult in the moments immediately after the crime*”<sup>114</sup>.

Pero estas afirmaciones no son trasladables, así planteadas, sin más, al

---

<sup>113</sup> PELÁEZ SOLÍS, F., *Asistencia letrada a las víctimas de violencia de género*, Ponencia ofrecida en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia el 27 de noviembre de 2018, Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del CGAE.

<sup>114</sup> GREENBERG, M.S. y RUBACK, R.B. (1992, págs. 181, 243), citado por GOTTFREDSON, M.R., *Una teoría del control explicativa del delito*, en BUENO ARÚS, F., GUZMÁN DÁLBORA, J.L. y SERRANO MAÍLLO, A. (Coords.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 338-339.

delito de quebrantamiento. En éste, la víctima suele ponerse en contacto con la policía directamente, en el momento en que tiene conocimiento del quebrantamiento, sin un período estimable de reflexión que preceda a su iniciativa. A falta de estadísticas oficiales, este doctorando viene documentando múltiples supuestos de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género y doméstica, donde la denuncia de la víctima es inmediata a la transgresión de la pena o medida de alejamiento y/o prohibición de comunicación. Y cuando decimos que es “inmediata” nos referimos a un plazo nunca superior a las 36 horas de haberse cometido la infracción.

No escapa a nadie la lógica de estos números. La víctima ya ha padecido la maquinaria judicial, recibiendo asesoramiento jurídico por parte de su Letrado y el amparo de Jueces y Fiscales. Conoce, pues, sobradamente, las consecuencias del delito en cuestión, el peligro que semejante comportamiento implica para su propia seguridad y para el resto de su familia (cabe pensar, en muchos casos, en la tramitación simultánea en el tiempo de un procedimiento de medidas en el ámbito de Derecho de Familia). Y todas estas circunstancias se agravan en el caso de que ya ha existido una condena, para la cual la conducta activa de la mujer agredida en el proceso<sup>115</sup> ha debido

---

<sup>115</sup> STS 119/2019, Sala 2ª, de 6 de marzo (Ponente: MAGRO SERVET) (ECLI:ES:TS:2019:678), F.D. 3º: “En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien "ha visto" un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido”.

ser fundamental. En definitiva, resulta mucho más sencillo alarmar a los cuerpos policiales ante un quebrantamiento de la medida o pena de protección que dar un primer paso previo de denuncia y sometimiento al aparato policial y judicial, en la mayoría de los casos, desconocido.

A este respecto, la labor de concienciación sobre las víctimas resulta fundamental. Ya advertimos que, en numerosas ocasiones, es la soledad de la mujer víctima la que le provoca dudas, inseguridades y temor en relación a un futuro incierto. En este punto la labor institucional debe suplir o, mejor dicho, complementar la función de protección<sup>116</sup> del círculo más íntimo, conformado por familiares y amigos. Pero, en el caso del quebrantamiento de medidas y –no digamos– de penas, la mujer asume su papel de víctima, entendida ésta como ser necesitado de protección. Y este estatus es interiorizado por la perjudicada y, lo que es igualmente importante, por todos los que le rodean: familiares, amigos, policías, servicios sociales, medios judiciales... Queremos decir que, cuando se atiende a quien está siendo objeto de vulneración sobre las medidas de protección acordadas en relación a su persona, ya no hay dudas por parte de nadie que debe ser objeto de inmediata atención.

---

<sup>116</sup> En el año 2015, la Delegación Especial del Gobierno para la Violencia de Género publicó el estudio “sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género”, cuyo objeto principal era “profundizar en el conocimiento de las motivaciones que impiden a las mujeres víctimas de violencia de género denunciar su situación de malos tratos y utilizar los recursos puestos a su disposición por las administraciones para su protección” (*sic*) Para sus conclusiones, el trabajo parte de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2015 ([http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/Estudios\\_Investigaciones/Avance\\_Macroencuesta\\_2015.htm](http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/Estudios_Investigaciones/Avance_Macroencuesta_2015.htm)), la cual, si bien aporta una serie de ideas bastante lógicas y plausibles, no es menos cierto que parte de una muestra sobre 50 mujeres, lo que no casa bien con su definición de “macro”.

Entiéndase todo aquello a lo que nos estamos refiriendo en el sentido que no resulta indiferente el comportamiento en que se haya traducido la infracción punible; ni, por supuesto, que exista una condena segura en todos los supuestos de quebrantamiento. Lo que intentamos poner en evidencia es que puede afirmarse que no existen dudas sobre la condición de víctima de la denunciante y todos los medios de control, formal e informal, que rodean a ésta parecen actuar bajo esta premisa. Socialmente, no nos podemos permitir otra forma de actuar. Sin perjuicio de ello, como cualquier otro comportamiento delictivo que llega a conocimiento de los juzgados y tribunales, tendrá su oportuna tramitación y su correspondiente respuesta penal, como el resto de delitos. Pero no podemos negar que, merced a esa medida –provisional o definitiva– de protección ya adoptada por una autoridad judicial, la víctima goza de una condición privilegiada, justa por lo demás.

Pero no podemos olvidar que la protagonista es la denunciante. Frente a los obstáculos que el Estudio de la Delegación Especial del Gobierno para la Violencia de Género (2015) señala como principales dificultades para, por un lado, poner fin a una relación sentimental evidentemente dañina y, por el otro, poner en marcha la maquinaria policial y judicial<sup>117</sup>; la víctima del delito de

---

<sup>117</sup> Incluso, semejante iniciativa le puede llevar un tiempo, sin que ello desnaturalice la gravedad del delito sufrido. Esto lo tiene suficientemente recogido nuestra jurisprudencia. Por todas, señala la STS 184/2019, Sala 2ª, de 2 de abril (Ponente: MAGRO SERVET) (ECLI:ES:TS:2019:678), F.D. 2º: “suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas

quebrantamiento ya ha tomado esas decisiones –las más difíciles– con anterioridad.

En efecto, ya no hay ese temor a lo desconocido, esa incertidumbre en relación a un largo y tedioso proceso judicial. Es más, probablemente, en el momento de la comisión de ese delito de quebrantamiento, existirá un proceso civil de Familia en orden a regular las consecuencias civiles de la ruptura de la convivencia familiar en relación a los hijos comunes. Por cierto, merece la pena recordar que la introducción de medidas civiles es, sin duda, una de las mayores novedades y aciertos de la L.O. 1/2004<sup>118</sup> pues, hasta ese momento, la respuesta legal quedaba circunscrita a la adopción de medidas penales de protección, necesarias, sin duda; pero insuficientes a todas luces.

Por tanto, la mujer es consciente de toda esa maquinaria judicial y ya ha adquirido la condición de víctima. No hay dudas sobre su credibilidad o, cuanto menos, existe un principio de prueba de los hechos denunciados y una situación de vulnerabilidad de la denunciante, que la hacen merecedora de esa protección. Lógicamente, se mantendrán las dificultades, familiares y muy frecuentemente de índole económico; pero ya se han roto las barreras, ya han caído los prejuicios: sus familiares, sus amistades comunes, su vecindario...

---

circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no. Y ello, no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y, en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables. Todo ello las convierte en más víctimas aun, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en el que, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo”.

<sup>118</sup> Reflexiones de BELLO JANEIRO, D., en *Violencia y discriminación frente a la diversidad*, Seminario Internacional, celebrado el 30 de octubre de 2018 en la Universidad de Sevilla.

conocen su condición de víctima de violencia de género y la sensibilidad social no deja de aumentar al respecto.

No todo es idílico. Con mucha frecuencia, la mujer sigue sufriendo presiones de amigos y, sobre todo, familiares. Asimismo, las dificultades económicas siguen ahí, lastrando el día a día. Asimismo, la dificultad de hacer entender la nueva situación a los hijos. En definitiva, el peligro de la victimización secundaria<sup>119</sup> siempre está ahí.

Por otro lado, cuando los diferentes textos reflexionan sobre estas materias, no inciden en un aspecto que nos parece fundamental: la edad de las mujeres víctimas de violencia de género. En efecto, el envejecimiento paulatino de la población provoca que, cada vez, existan mayor número de mujeres y que éstas sean de mayor edad (feminización del envejecimiento). Paralelamente, estas mujeres son más vulnerables, por cuanto no cuentan con recursos económicos suficientes<sup>120</sup> para poder sostenerse por sí mismas.

Los Poderes Públicos son conscientes de esta situación, que no resulta de fácil acceso y solución. Así, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo<sup>121</sup>,

---

<sup>119</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.J., define la victimización secundaria como “los daños de origen físico, psíquico, social o económico, originados a la víctima de un delito por el sistema estatal de justicia”, en *Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal*, Poder Judicial, 3ª época, n.º 164, Madrid, 1999, pág. 168.

<sup>120</sup> El Consejo Estatal de Personas Mayores de 30/11/2017 aprobó la Estrategia Nacional de Personas Mayores para un Envejecimiento Activo y para su Buen trato (2018-2021) y en su Medida 5.2.6 dispone Mejorar las pensiones que reciben las mujeres, ya que en gran medida todavía en la actualidad cobran pensiones de viudedad, y, dada su mayor esperanza de vida, si no disponen de recursos económicos personales ni de recursos sociosanitarios suficientes, su vejez puede ser sinónimo de carencias y sufrimiento.

<sup>121</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dispone en su art. 14 (criterios general de actuación de los poderes públicos), apartado 6.: “la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva”. Evidentemente, la doble condición mujer/víctima de violencia de género agrava dicha vulnerabilidad. Podríamos hablar, sin temor a equivocarnos, de una discriminación múltiple de la persona mayor, en los términos definidos por la Ley 17/2015, de 21 de julio<sup>122</sup>, de igualdad efectiva de mujeres y hombres: “la situación en que una mujer, por el hecho de pertenecer a otros grupos que también suelen ser discriminados, padece formas agravadas y específicas de discriminación”.

Finalmente, debe argüirse que la jurisprudencia es sensible –como ha quedado suficientemente acreditado en la jurisprudencia aportada– a toda esta problemática, en gran medida, social. Por todas, la STS Pleno n.º 252/2017, Sala de lo Civil<sup>123</sup>, de 26 de abril, declara que “la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende

---

<sup>122</sup> Comunidad Autónoma de Cataluña. Publicado en BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 2015, artículo 2 letra m).

<sup>123</sup> *Id.* CENDOJ ES:TS:2017:1591.

principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”. Y en supuestos de quebrantamiento, donde se aprecia una persistencia del hombre en la agresión hacia la mujer, todas estas circunstancias adquieren una mayor relevancia, si cabe; por lo que todos estos apuntes deben traducirse en medidas reales y concretas de protección e integración social.



#### IV.- Los menores, víctimas de violencia doméstica

Tradicionalmente, el olvido al que la sociedad ha sometido a las víctimas del delito, ha resultado particularmente intenso en los menores de edad. Es cierto que, desde principios del siglo XX, los Estados más avanzados comenzaron a ocuparse y a preocuparse de la delincuencia infantil y juvenil, fundamentalmente, por el peligro de repetir estos comportamientos delictivos al alcanzar su etapa adulta y por la esperanza de evitar su conversión en futuros delincuentes; pero apenas han dedicado atención a su consideración como destinatarios del hecho delictivo.

La idea de niños y jóvenes víctimas de maltrato sí ha tenido, en cambio, cierta acogida doctrinal por aquellos que justifican la comisión por éstos de delitos ya en su edad adulta, por causa de los sufrimientos y desamparos sufridos en su juventud. Los primeros modelos criminológicos concibieron la idea de que la delincuencia juvenil respondía a algún tipo de anormalidad del menor, ya fuese de tipo psicológica, familiar o educativa. Afortunadamente, estos modelos se encuentran superados y, en nuestros días, se reconoce la “normalidad”<sup>124</sup> de este fenómeno.

---

<sup>124</sup> ANDRÉS PUEYO, A. y ANTEQUERA FARIÑA, M., *Del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas*, en BUENO ARÚS, F., GUZMÁN DÁLBORA, J.L. y SERRANO MAÍLLO, A. (Coords.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal*, editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 56: “A nuestro parecer, la conducta antisocial, como la mayoría de los fenómenos sociales de los que forma parte, es un hecho natural y normal (...) Es natural porque responde a múltiples causas propias de la naturaleza de los humanos y de la sociedad en que vivimos y, además, normal porque si

Y es que la tentación de corregir estos factores provocadores del delito y, de esta forma, evitar la delincuencia futura<sup>125</sup>; siempre ha estado ahí, pero no ha dejado de ser una bonita declaración de intenciones sin mayor traducción. Sólo la vía jurídica como medio de integración social de los menores ha tenido trascendencia práctica<sup>126</sup>.

No obstante, se viene insistiendo<sup>127</sup> en la necesidad de complementar ese *control social formal*, representado básicamente por la Administración de Justicia y por los medios que giran en torno a la misma (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad); con un *control social informal*, de naturaleza social, y donde la familia adquiere un papel fundamental. Es más, según estos autores, si hablamos en términos de prevención, sólo la identificación de los sujetos con

---

atendemos a la evidencia epidemiológica sabemos que en todos los momentos históricos y en todos los grupos humanos han existido y existen comportamientos que vulneran las normas de convivencia social y que merecen aquel calificativo”.

<sup>125</sup> Véase la teoría del aprendizaje social de Albert BANDURA, sobre la que escribe GRIFFITH FONTAINE, R., *The Mind of the Criminal. The Role of Development Social Cognition in Criminal Defense Law*, ed. Cambridge University Press, USA, 2012, pág. 36, lo siguiente: “Bandura theorized that aggression is learned by observing its enactment in one’s social environment. Observational learning dictates that children learn how to act by watching how others –most importantly, adults– behave and associating these behaviors with the results to which they lead, or alternatively, the absence of particular results. Children who are exposed to aggressive exchanges by which the aggressor is rewarded or, at least, avoids punishment are more likely to internalize and imitate aggressive behavior”.

<sup>126</sup> En 1920, entró en funcionamiento en España el primer Tribunal Tutelar de Menores, con sede en Bilbao.

<sup>127</sup> REDONDO ILLESCAS, S., *El origen de los delitos. Introducción al estudio y explicación de la criminalidad*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 126: “En síntesis, diversas investigaciones y teorías sobre control social y delincuencia – desarrolladas desde principios del siglo XX hasta ahora– han puesto de relieve que la desvinculación y falta de control de los individuos en relación con los contextos e instituciones sociales convencionales –familias, sistemas educativos, ámbitos laborales– pueden acabar favoreciendo su implicación delictiva”.

estos sistemas sociales puede lograr la prevención de cometer futuros delitos.

Ahondando en esta idea, por parte de las diferentes Administraciones Públicas se han desarrollado políticas de prevención ambiental, consistentes en crear espacios de seguridad y confianza en las ciudades, implementando estrategias integrales, donde las entidades locales serán las que asuman la mayor responsabilidad. De igual manera, desde esta visión ambiental, el asociacionismo surge como una herramienta fundamental para promover la conciencia social y para aprovechar al máximo los recursos públicos puestos en juego. Y es que, en el fondo, en todas estas concepciones subyace la necesidad de corregir la desigualdad económica que coexiste entre las diferentes clases sociales como presupuesto necesario e indispensable para prevenir futuros focos delincuenciales.

En esta última línea, la ONU, desde el año 1996, viene implementando la doctrina de las *Safer Cities* (ciudades más seguras). Muy resumidamente, se trata de una concepción que ha diseñado una serie de estrategias o propuestas para conseguir reducir la delincuencia, el sentimiento de inseguridad, y crear ciudades más seguras en las cuales se puedan desarrollar la economía y la vida comunitaria. Dentro de sus estrategias o medidas, destaca la sensibilidad de género: las mujeres y las niñas son particularmente vulnerables a muchas formas de delincuencia y de violencia, siendo necesaria por tanto, la intervención pública, así como la inclusión de sus necesidades dentro de la planificación urbana, la cual habrá de estar orientada a garantizar la seguridad de las mujeres y las niñas; y, en definitiva, su indemnidad en los espacios

públicos.

Sin embargo, nos interesan ahora –también– los menores no como autores, sino como víctimas de delitos, como perjudicados por los delitos de violencia de género y doméstica, en general; y por el delito de quebrantamiento en esa sede, en particular. Y es que estos menores presentan una doble victimización: en primer lugar, como destinatarios directos de la violencia de sus padres<sup>128</sup>; y, en segundo término, por cuanto esas agresiones recibidas –a menudo, reiteradas en el tiempo– pueden determinarles a seguir el criminal ejemplo, imitando ya como adolescente o adulto la actitud maltratadora de su progenitor<sup>129</sup>.

El menor debe ser considerado como víctima, no sólo en aquellos casos en que sea destinatario directo de la violencia, sino igualmente “cuando están expuestos a esa violencia familiar y cuando, como con frecuencia ocurre, son maltratados o testigos del maltrato ejecutado sobre su madre con el inequívoco fin de causar más daño a la mujer, y en atención a los desequilibrios que en el

---

<sup>128</sup> BARUDY, J. y DANTAGNAN, M., *La psicoterapia del traumatismo infantil en el marco de un trabajo comunitario y de intervención en red*, en Curso de postgrado sobre “maltrato y abuso sexual”, Universitat de Girona, 2004. Estos autores señalan: “No hay peor trauma que el producido dentro de la propia familia: sus consecuencias tan graves están asociadas al significado de las relaciones intrafamiliares, a lo paradójico de que los niños son maltratados por quienes se supone que tienen que cuidarles, protegerles y educarles”.

<sup>129</sup> BANDURA, A., “*Self-efficacy: toward a unifying theory of behavioral change*”, en *Psychological Review*, 84, 1977, págs. 191-215. Desarrolla su Teoría del aprendizaje social. Para el psicólogo, las pautas de comportamiento se aprenden de dos formas distintas: mediante aprendizaje directo, a través de la propia experiencia: o por aprendizaje vicario, esto es, a través de la observación de la conducta de otras personas, siendo éste último el más influyente y determinante.

desarrollo de su personalidad producen tales hechos”<sup>130</sup>.

El legislador ha sido sensible a esta situación y ha valorado la necesidad de adoptar medidas urgentes (incluso, de oficio<sup>131</sup>), como se recoge en el importante documento de Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia Sobre la Mujer –año 2016–, página 16, para “garantizar la plena protección del menor y evitar su revictimización”.

Desde el año 2015, con la publicación<sup>132</sup> de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; el legislador español trata de responder a las exigencias de las diferentes Directivas procedentes de la UE (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012) como, asimismo, a las *particulares demandas de la sociedad española*<sup>133</sup>. Y aquí cabe plantearse el por qué de tan tardía decisión y las

---

<sup>130</sup> Conclusiones FGE (2016), pág. 4. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

*Vid.*, en esta misma línea, Eje 4 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género (2019), Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, pág. 9.

<sup>131</sup> Como consecuencia de la modificación del art. 544 ter 7 de la LECrim, operada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, D.F.1ª; el juez está obligado a pronunciarse sobre la pertinencia de adoptar medidas civiles en todo caso y de oficio. Sin perjuicio de ello, de conformidad con el art. 3, 5 y 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, éste también podrá instar las medidas que estime necesarias en interés superior del menor.

La Disposición Final 3ª LO 8/2015, de 22 de julio (BOE núm. 175, de 23 de julio), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reforma el art. 1.2 de la LOVG, que ahora abarca no sólo a las mujeres, sino también a “sus hijos menores y a los menores sujetos a tutela, guarda y custodia, víctimas de esta violencia”. Asimismo, modifica los art. 61.2, 65 y 66 de la LOVG, en el sentido ya apuntado de dotar a los órganos judiciales de las medidas de protección necesarias que, en estos momentos, de oficio o a instancia de parte, deberán también abarcar a los menores víctimas de VG.

<sup>132</sup> BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

<sup>133</sup> Hasta la Ley de 2015, la legislación española en materia de protección a la

razones de aparecer siempre a remolque de las instrucciones comunitarias, pese a la evidente necesidad de semejante ámbito normativo.

En cualquier caso, en esta ley hay una especial consideración a los “menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica”, a los que se definen como víctimas, sin ambages. Para éstos, y para el resto de menores, se le reconocen los derechos de su Título III (*Protección de las víctimas*) y, entre otros, se reforma el apartado 7 del art. 544 ter de la LECrim. y se introduce en ese texto procesal un nuevo art. 544 quinquies.

La orden de protección, que analizaremos con mayor detenimiento en otro capítulo de nuestro trabajo, aparece regulada por Ley 27/2003, de 31 de julio (BOE núm. 183, de 1 de agosto). En su Exposición de Motivos (II) confiesa sus objetivos: Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y

---

víctima era fragmentaria y, por tanto parcial: Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

Es decir, además de medidas cautelares de protección (prohibición de aproximación y comunicación, básicamente), la vía del 544 ter permite –y obliga ex art. 61.2 LO 1/2004– adoptar, de inmediato y con la garantía de la contradicción de las partes (ambas debidamente asistidas de Letrado), todas aquellas decisiones relativas a patria potestad, custodia, visitas, alimentos, atribución del uso de la vivienda familiar, etc. Estas medidas civiles son, en definitiva, parecidas a las contenidas en el art. 158.º C.C. También coinciden con las medidas precias a los procesos matrimoniales contenidas en el art. 103 C.C., por remisión del art. 104 C.C. y con las del art. 771 LEC<sup>134</sup>. Nos remitimos, por lo demás, al capítulo correspondiente de este trabajo.

Cabe añadir que, en todo este proceso, normalmente tramitado como diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos<sup>135</sup>;

---

<sup>134</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., *El impago de pensiones como violencia económica*, en ZURILLA CARILLANA, M.A. y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (Coords.), *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Septem ediciones, Oviedo, 2011, pág. 111.

En esta misma línea, la Ley 5/2008, de 24 de abril de Cataluña (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista Art. 1.4 letra d), define la Violencia económica: consiste en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijas o hijos, y la limitación en la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja.

<sup>135</sup> Título III del Libro IV redactado por el artículo segundo de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado («B.O.E.» 28 octubre).

Lo cual no deja de plantear problemas, como la vigencia temporal de las medidas civiles (30 días prorrogables por otros 30 ex art. 544 ter), que corre separada de la duración

el Ministerio Fiscal asume un papel fundamental en la defensa del interés del menor<sup>136</sup>. No obstante, en caso de apreciar conflicto de intereses entre el menor y sus progenitores, el representante del Ministerio Fiscal deberá instar el nombramiento de un defensor judicial, tal y como prevé el art. 2.5 letra c) LOPJM<sup>137</sup>.

Como advertimos, los menores pueden ser víctimas directas de los actos de violencia cometidos en el seno del hogar familiar: lesiones físicas y quebranto psíquico a quien está en plena etapa de su desarrollo psicológico e intelectual; suelen ser los delitos más frecuentes. En ocasiones, siquiera residualmente, pueden ser víctimas del delito de homicidio.

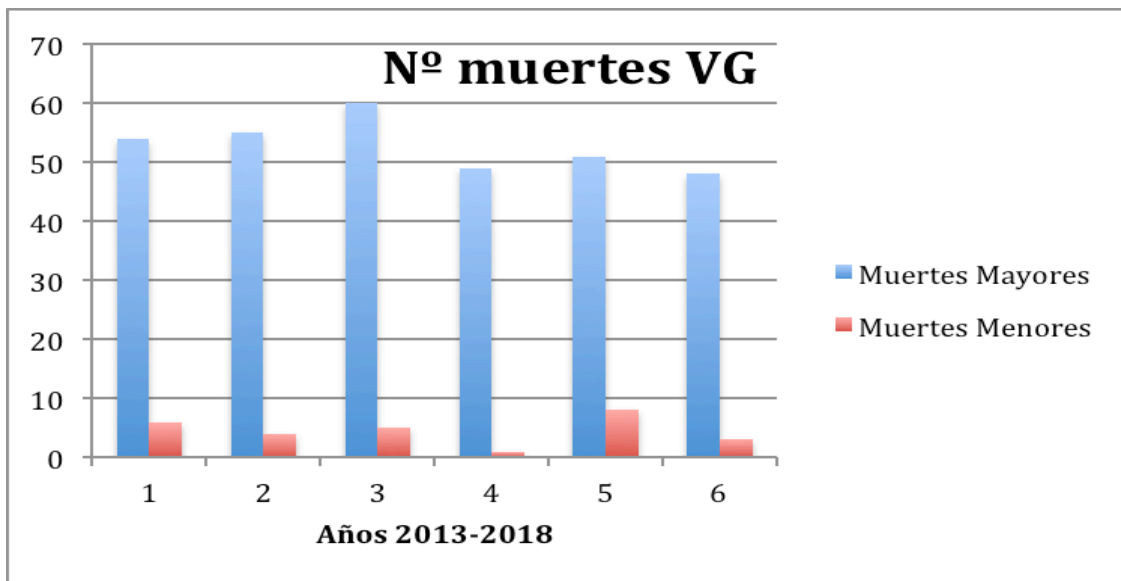
---

del proceso penal o la dificultad de consultar a los menores víctimas por carecer de medios adecuados para ello en los servicios de guardia judicial.

<sup>136</sup> El “interés superior del menor” es objeto de definición e interpretación por el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras su modificación ex LO 8/2015, de 22 de julio (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015).

<sup>137</sup> El procedimiento para su nombramiento aparece regulado en el Capítulo II Título II Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (B.O.E. núm. 158, de 3 de julio de 2015), arts. 27 a 32.





Por otro lado, los menores suelen ser un instrumento idóneo y frecuente para la comisión de un delito de quebrantamiento. En efecto, no faltan casos en los que el sometido a la medida/pena de prohibición de comunicación utilizan a la descendencia común para dirigirse a la mujer con la que no pueden comunicar. Pese a semejante subterfugio, la tipicidad de semejante comportamiento no deja lugar a dudas. Así, por todas, SAP de Sevilla, de 3 de octubre de 2007 (EDJ 2007/282938), que lo califica como delito de quebrantamiento.

Asimismo los menores suelen ser testigos del quebrantamiento. Su intervención en el proceso penal aparece fuertemente mediatizada por su propia condición, y tras las leyes publicadas en el año 2015 arriba citadas, se instauran todas las garantías necesarias para que puedan prestar su testimonio en las mejores condiciones y con el máximo respeto a los derechos en conflicto y a su propia integridad. Más allá de estas particularidades, los

órganos judiciales aplicarán las reglas generales de valoración de la prueba<sup>138</sup>.

Una última cuestión es la violencia cometida sobre menores por otros menores. No se trata, desde luego de una cuestión menor. La Memoria del año 2017 de la FGE reconoce –página 452– que resulta “preocupante el notable incremento de la violencia de género digital, especialmente entre adolescentes y jóvenes pues las redes sociales constituyen el principal medio de comunicación entre ellos y a la vez, facilitan el control, la vigilancia y la presión sobre la pareja, aprovechando además el anonimato y la gran repercusión que la red tiene”.

Las mayores posibilidades de acceso que habilitan las nuevas tecnologías han multiplicado los supuestos de violencia de género cometidos por y sobre menores de edad. Alguna jurisprudencia minoritaria<sup>139</sup> ha descartado que, ante la falta de madurez de los intervinientes, tales supuestos puedan ser tratados como “una relación afectiva susceptible de ser calificada como de pareja”. Sin embargo, ninguna especificación hay en la LORPM o en la LOVG en relación a limitaciones por razón de la edad. Es más, el art. 17.1

---

<sup>138</sup> SAP de Girona 231/2015, de 20 de febrero (ECLI:ES:APGI:2015:231), FD 2: “verificar, en cuanto a su valoración, si las conclusiones que el Juez ha obtenido resultan congruentes con los resultados probatorios y se ajustan a los criterios generales de razonamiento lógico según reglas de experiencia comúnmente admitidas; así, en esta instancia, sin haber presenciado personalmente tal prueba, sólo cabrá apartarse de la valoración que de ella tuvo el Juez ante quien se practicó, si se declara como probado en base a ella algo distinto de lo que dijo el declarante y que no resulta de ningún otro medio probatorio, si la valoración de la declaración conduce a un resultado ilógico o absurdo, y, de modo excepcional, si concurren otras circunstancias de las cuales se desprenda de modo inequívoco la falsedad de un testimonio acogido como cierto o la certeza de uno no tenido en cuenta”.

<sup>139</sup> Por todas, SAP de Cantabria, de 5 de noviembre de 2009.

LOVG señala que “todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley”<sup>140</sup>. Su protección se extiende igualmente a las mujeres menores.

## V.- La colectividad como sujeto pasivo del delito

Desde el último tercio del siglo XX se vienen precipitando una serie de factores que justifican, en gran medida, las modificaciones legislativas que aparecen en nuestro tiempo. A mi juicio, los dos elementos más relevantes son: por un lado, la aparición de nuevas formas de delincuencia, esencialmente ligadas a la llegada y desarrollo de internet (*ciberdelincuencia* o *ciberdelincuencia*), y a las nuevas oportunidades que ello genera a los delincuentes, esto es, la delincuencia económica transnacional pero, sobre todo, figuras como el *bullying*, el *stalking*<sup>141</sup> o el online *child grooming*; y, en segundo término, un endurecimiento generalizado de las penas, esencialmente,

---

<sup>140</sup> GRANDE SEARA, P. y PILLADO GONZÁLEZ, E., en *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 29, defienden la existencia de un conflicto de leyes que debe ceder a favor de la ley especial, que es la de menores; aunque en realidad buscan una aplicación conjunta y no excluyente de ambas normas –a mi entender, especiales las dos–. En concreto, afirman que “debe entenderse aplicable la LORPM en aquellos supuestos en que un menor de entre 14 y 18 años comete un acto de violencia de género; ahora bien, esto no implica que el régimen de protección integral de la víctima diseñado en la LOVG quede absolutamente excluido en estos casos”.

<sup>141</sup> Introducido en nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, artículo 172 *ter*.

por clara influencia de los movimientos feministas<sup>142</sup>, en el ámbito de la violencia doméstica y sobre la mujer, así como, en general, en todos los delitos de contenido sexual<sup>143</sup>.

Esta petición popular de incremento de las penas no es algo novedoso de nuestro tiempo. Desde siempre, ha existido la tentación y, en ocasiones, la necesidad que el Derecho penal asuma la primera línea de defensa. Mediante un uso extensivo e injustificado del principio de prevención general, se pretende conseguir que los delincuentes se abstengan de cometer una suerte de delitos que originan gran alarma social, como si la Historia no nos hubiera demostrado que el ordenamiento jurídico-penal nunca puede ser la respuesta inmediata, sino tan sólo la última.

En la dogmática penal, se encuentra asentada la dicotomía entre un derecho penal mínimo y un derecho penal del enemigo el cual, siendo objeto

---

<sup>142</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, editorial Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2016, atribuye el origen del término “acoso” al movimiento feminista estadounidense, asociado de manera indisoluble al acoso sexual, *sexual harassment*. La primera normativa sobre el acoso será asimismo de origen norteamericano y, desde allí, se exportará al resto de legislaciones de cultura anglosajona y a la Europa continental (pág. 35). La autora atribuye a los medios de comunicación el poder de transformar, en un breve tiempo, comportamientos no novedosos en objeto de sanción penal (pág. 45).

<sup>143</sup> Recientemente, en fecha 21 de junio de 2019, la Sala Segunda del TS ha anticipado la parte dispositiva de la Sentencia de Casación nº 396/2019, relativa al mediático caso conocido como “La manada”, en la cual se anula la Sentencia dictada un año antes por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y en la cual los hechos pasan de ser calificados de abuso sexual a un delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1º y 2º, con la consiguiente elevación de las penas impuestas.

Esta corrección llevada a cabo por nuestro Alto Tribunal en el legítimo ejercicio de sus competencias ha sido calificada como un éxito por múltiples Asociaciones, altos representantes políticos y hasta por el Defensor del Pueblo, Sr. FERNÁNDEZ MARUGÁN.

de análisis pormenorizado e independiente en nuestro trabajo, dejaremos aquí sólo apuntado; pero, desde luego, a nadie escapa que el debate está candente y no parece que la posición más humanizadora del Derecho penal esté ganando la batalla.

Como se ha señalado, dicho marco ha sido “pulverizado”, mediante su reducción a lo absurdo, por la vía de un recrudecimiento punitivo creciente, al calor de la demagogia política y el espectáculo mediático (que se sirve del dolor de las víctimas para subir índices de audiencia)<sup>144</sup>.

Con todo lo expuesto, queremos concluir que, en nuestros días, ciertos sectores de la sociedad, a través o influenciados por los medios de comunicación; vienen reclamando insistentemente la incriminación de toda clase de conductas por la vía penal y, paralelamente, la imposición de las sanciones más elevadas y duraderas posibles<sup>145</sup>. Parece como si todos los delincuentes poseyeran una peligrosidad criminal de tal calibre que hubiera de procederse a su inmediata inoquización. Y esta reflexión constituye un exceso.

En otros pasajes de nuestro trabajo, hemos afirmado como la delincuencia siempre ha existido y, desafortunadamente, siempre existirá.

---

<sup>144</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo*, en “Nuevo Foro Penal”, n.º 69, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 2006, pág. 71.

<sup>145</sup> Es lo que se conoce como prevención general positiva de la pena, la cual persigue la reafirmación del Derecho para crear una conciencia colectiva de satisfacción jurídica. Sin embargo, como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 205: “su inconveniente es que el Derecho se cubre de elementos éticos y moralizantes con una cierta vocación de educación social, que le hacen perder los criterios de intervención mínima y que sostienen una reafirmación del Derecho propia del retribucionismo hegeliano”.

Debemos aprender, pues, a vivir en una sociedad donde existen delincuentes. La necesidad de prevenir la aparición de la delincuencia y el deber de rehabilitar a aquellos que ya han infringido la norma, no nos puede llevar a exacerbar las consecuencias. En este sentido, parece que el primer paso para demandar y justificar la elevación de las penas es pasar de un interés individual digno de protección a un interés general –colectivo– todavía más merecedor de amparo, como si semejante trascendencia habilitara asimismo el criterio cuantitativo de penas cada vez más altas.

Ciertamente, bajo el mantra de proteger a la colectividad, y a las exigencias por parte de ésta de sentirse segura; no debemos responder con el aislamiento de aquellos grupos de personas que delinquen<sup>146</sup>. No podemos defender un Derecho penal de autor frente a un Derecho penal del hecho. Y es que, precisamente, con este modo de proceder se consigue justo el efecto contrario: atemorizar aún más a la población. Como se ha señalado, “los medios de comunicación no sólo transmiten cada vez más informaciones sobre delitos, sino que también ejercen presión sobre la política por cuanto respecta a las sanciones deseadas”<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Para ORTS BERENGUER, E., *A propósito de la seguridad*, en *Estudios sobre Ciencias de la Seguridad. Policía y Seguridad en el Estado de Derecho*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 13: “libertad y seguridad no son incompatibles, como se cree o se pretende hacer creer por algunos o por muchos, no aumenta una porque disminuya la otra (salvo para los dictadores y su círculo fiel), al contrario, se complementan. El pacto social en cuyo marco vivimos tiene por objeto el logro de una convivencia segura y en libertad”.

<sup>147</sup> KURY, H. y BRANDENSTEIN, M., *Sobre la cuestión de una “nueva punitividad” – Actitudes sancionadoras y políticas sancionadoras*, en BUENO ARÚS, F., GUZMÁN DÁLBORA, J.L. y SERRANO MAÍLLO, A. (Coords.), *Derecho penal y Criminología como*

Siempre podrá argüirse que no son los medios de comunicación los que crean la necesidad social, sino que éstos atienden a las exigencias colectivas; pero esto no está del todo claro<sup>148</sup>. Hoy en día los medios de comunicación y, en especial, la televisión; llega a todos los hogares y resulta extraordinariamente cómo recibir información, asimilarla y aceptarla sin necesidad de ponerla en cuestión. Pero, paralelamente, se han desarrollado extraordinariamente las denominadas redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, Spotify, Youtube...), a través de las cuales millones de usuarios comparten información –no siempre veraz<sup>149</sup>– y, sobre todo, dan publicidad a muchas noticias que se perderían en nuestra vorágine diaria.

En cualquier caso, la opinión pública no se manifiesta a través de sus representantes políticos, sino a través de sus redes sociales (en 2017, *Twitter España* alcanzó los 4.900.000 usuarios) y, en menor medida, de los medios de comunicación. De esta forma, el poder político recibe esta presión que resulta inseparable del diseño de la política criminal de un Estado. Y nuestra sociedad

---

*fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, editorial Dyckinson, Madrid, 2006, pág. 392.

<sup>148</sup> WARR, M., *El miedo al delito en los Estados Unidos: líneas para la investigación y la formulación de políticas*, en “Justicia Penal siglo XXI”, una selección de Criminal Justice 2000, edición de BARBERET, R. y BARQUÍN, J., Granada, 2006, [https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798\\_spanish/213798\\_spanish.pdf?q=siglo#page=199](https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798_spanish/213798_spanish.pdf?q=siglo#page=199).

A pesar de ello, la evidencia sobre las percepciones públicas del delito y la distorsión de los medios sobre las noticias delictivas es fuertemente corroboradora, siendo difícil de creer que los medios tienen poco o ningún efecto sobre las percepciones, especialmente cuando el público menciona los medios como su fuente de información primaria sobre el delito y pasa tanto tiempo viendo, leyendo y escuchando los medios (SKOGAN y MAXFIELD, 1981).

<sup>149</sup> Fake News.

demanda más seguridad<sup>150</sup>, más protección; aunque los niveles soportados sean bajos y perfectamente asumibles. También hay quien afirma que esta alarma social es creada artificialmente desde arriba, es decir, no son los ciudadanos quienes sienten esta demanda y así lo exigen a sus gobernantes; por el contrario, son éstos quienes inventan ciertos focos de peligro, a los que alimentan hasta crear alarma social para, de esta forma, poner en funcionamiento mecanismos de protección que, generalmente, restringen libertades pero, que de esta forma, los ciudadanos aceptan sin resistencia bajo el fin de su mejor protección.

Consecuentemente, estamos enfrentando dos ideas, ya centrándonos en la violencia sobre la mujer: por un lado, la protección de la colectividad en su conjunto, entendida a través de la salvaguarda de la víctima; y, por el otro, el respeto a las garantías del delincuente. Y resulta necesario comprobar si, conforme a las exigencias sociales, la introducción en nuestro sistema penal de ciertos valores ha obtenido los efectos perseguidos legalmente.

A tal efecto, debemos partir de la base que la violencia en la pareja es uno de los sucesos dramáticos más habituales en nuestra sociedad: el trauma quiebra el sentimiento de seguridad de la persona en sí misma y en los demás y, junto al daño físico, las lesiones psicológicas pueden resultar más graves y

---

<sup>150</sup> HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 138 “También es verdad que suelen relejar, a veces, estados de alarma e inseguridad y un miedo a la delincuencia infundado, o por lo menos exagerado, respecto a las posibilidades de llegar a ser víctima de un delito, lo que genera luego tendencias político-criminales represivas y determinados excesos punitivos que se justifican por asegurar una mayor protección a las víctimas”.



de mayor dificultad de afrontamiento<sup>151</sup>.

En nuestros días, cabe afirmar que las penas en materia de violencia de género persiguen varios fines; retributivos, en parte; pero, fundamentalmente, de protección a la víctima –y, por ende a la sociedad en su conjunto– y de prevención de delitos futuros<sup>152</sup>. El elemento ejemplarizante sirve para retroalimentar las medidas legislativas adoptadas, que merecen ser calificadas como un verdadero Derecho penal especial<sup>153</sup>. De esta forma, cuando se difunde a través de todos los medios de comunicación –sin excepción– la triste noticia del fallecimiento de una mujer por violencia de género, se transmite a la colectividad un mensaje de fracaso y, a la vez, de trabajo inacabado; paralelamente, sirve para justificar el mantenimiento de las medidas adoptadas y para obviar cualquier debate sobre la procedencia de los medios empleados para combatirlo.

---

<sup>151</sup> ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., *Superar un trauma*, editorial Pirámide, Madrid, 2004.

<sup>152</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, 4ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 49-50: “La prevención general negativa actúa sobre la colectividad, en un principio, buscaba la ejemplaridad en la ejecución del castigo para atemorizar a la sociedad; con Feuerbach se entendió que la conminación legal actúa como coacción psicológica ya que el conocimiento de las leyes contribuye a la intimidación; y por su parte Bentham entiende que las penas deben ser útiles, lo que implica que para producir temor deben ser duraderas y eficaces”.

<sup>153</sup> DÍAZ ROCA, R., *Derecho penal, Parte general*, editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág. 25.

## **VI.- Estatuto jurídico de protección: la intervención administrativa**

Una vez analizados los intereses colectivos que subyacen en todo lo relativo a la violencia de género, no podemos olvidar que, junto al procesado, la gran protagonista del proceso penal es la víctima. De hecho, se ha afirmado que ésta ha sido siempre la gran olvidada del proceso<sup>154</sup> y no faltan razones para ello.

Como otros muchos aspectos de la evolución humana, la importancia y el valor de la víctima ha sufrido una progresión pendulante. Prácticamente, hasta la Edad Media, la víctima llegaba a tener un papel preeminente en la decisión de la sentencia y en la condena del delincuente. Con el advenimiento del Estado liberal, el *ius puniendi* pasa a ser un monopolio del Estado y la víctima pasa a un segundo plano<sup>155</sup>. Lo que cuesta trabajo justificar es por qué, dado que el rechazo a la justicia privada no conlleva inexorablemente el olvido de las víctimas<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> CHOZAS ALONSO, J.M. (Coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 193.

<sup>155</sup> CHOZAS ALONSO, J.M., *op. cit.*, pág. 194, lo define como *neutralización de la víctima*.

<sup>156</sup> Lo explica muy bien DE LA ROSA CORTINA, *Tutela cautelar de la víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*, editorial Aranzadi, Madrid, 2008, pág. 16: “lo cierto es que ni la afirmación del monopolio estatal en el ejercicio del *ius puniendi* ni la garantía del derecho a la presunción de inocencia, racionales postulados filosóficos acordes

En el año 2015<sup>157</sup> el legislador español asumió el compromiso de dotar a las víctimas de los delitos de la dignidad que, cuanto mínimo merecen; sin embargo, la LO 1/2004 ya reconocía el papel de estas víctimas. De hecho, hoy en día podemos afirmar, sin duda alguna, que estamos asistiendo a un *redescubrimiento* de la víctima<sup>158</sup>.

Así, a través del Estatuto se le reconocen una serie de derechos de obligada observancia que, como hemos visto, ha tenido su correspondiente reflejo legislativo; se asegura su protección, incluso durante la fase de instrucción; la reparación del daño causado deviene primordial para la Fiscalía y condiciona suspensiones de condena<sup>159</sup> y acuerdos de conformidad; por último, se persigue la resocialización de la víctima, para lo cual se han instaurado diferentes mecanismos de ayuda y asistencia social, a los cuales nos referiremos a continuación. Estas ayudas deben ser asimismo consideradas como parte de estos mecanismos de protección, a fin de dotar a las mujeres

---

con el concepto de Estado de Derecho, están inexorablemente enlazados a la dejación sistemática de la tutela de los intereses de la víctima. Por ello, tal abandono puede y debe ser superado, armonizando los intereses en conflicto de una forma más equilibrada”.

<sup>157</sup> Por orden de antigüedad, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 77, de 31 de marzo); y LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifica la LECrim. y la LOPJ. Como suele ser habitual en nuestros días, semejante esfuerzo legislativo tiene su justificación en un impulso de naturaleza comunitaria: más remoto, la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001; y, posteriormente, la nueva Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

<sup>158</sup> CHOZAS ALONSO, J.M., *op. cit.*, pág. 195

<sup>159</sup> Basta leer los apartados números 2 y 3 del art. 80 C.P. para constatar la importancia de la satisfacción de las responsabilidades civiles, más allá de su importante valoración como atenuante, prevista en el art. 21.5º C.P. en cuanto reparación del daño causado.

víctimas de una mínima independencia económica que posibilite “coadyudar a su recuperación psicológica al margen de presiones”<sup>160</sup>.

Si bien la adopción de medidas cautelares, personales y reales, están sometidas estrictamente al principio de jurisdiccionalidad, el Ministerio Fiscal se encuentra habilitado para adoptar medidas de protección a favor de las víctimas, en el curso de sus diligencias de investigación, conforme a las prescripciones de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre<sup>161</sup>, de protección a testigos y peritos en causas criminales. En este mismo sentido, podemos invocar la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil, y la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación.

En esta línea, la Instrucción de la FGE núm. 1/1992, de 15 de enero, recordó que la protección a la víctima del delito no se agotaba en la sanción penal al delincuente, sino que era necesario lograr la reparación de todos los efectos del delito, lo que exigía la incoación y sustanciación de las piezas de responsabilidad civil y la puntual adopción de las medidas cautelares de protección económico social de la víctima.

El Fiscal deviene, de esta forma, en el órgano constitucional idóneo<sup>162</sup> junto al ejercicio de la acción penal que se le encomienda, realizar de la forma más rápida y efectiva la protección de las víctimas (artículos 3 del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal y artículo 773.1 de la LECr), atribuyendo al

---

<sup>160</sup> Instrucción FGE 2/2005.

<sup>161</sup> Art. 3.2. BOE de 24 de diciembre.

<sup>162</sup> Circular FGE n.º 6/2011.

Fiscal la legitimación para emitir acreditaciones que van a desplegar sus efectos ante las administraciones que tiene encomendada la asistencia social a estas víctimas<sup>163</sup>.

Como personas necesitadas de especial protección, los capítulos II (arts. 21 a 23) y IV (arts. 27 y 28) de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, les reconoce una serie de derechos en materia laboral, de la Seguridad Social –véase el art. 174.2 de la Ley de la Seguridad Social, en relación con los arts. 207, 220, 233, 331, 332 y 334 del mismo texto legal– y económica<sup>164</sup>.

Las ayudas económicas son objeto de prestación por las Comunidades Autónomas y Entidades locales, sin perjuicio de que las mismas sean perfectamente compatibles con la importante ayuda estatal contenida en el art. 27 de la Ley Orgánica.

---

<sup>163</sup> La Instrucción 2/2005, de la Fiscalía General del Estado dice que “la protección integral de las víctimas de violencia de género, objeto y fin de la Ley 1/2004, se articula tanto sobre un conjunto de medidas de naturaleza penal y judicial como sobre otras, no menos importantes, de amparo institucional, configurando todo un sistema normativo de asistencia a la víctima de carácter jurídico, económico, social, laboral y administrativo, asentado en principios de solidaridad social”.

<sup>164</sup> Las ayudas son muy importantes y pretenden abarcar todos los aspectos personales y familiares de la mujer. El art. 19 de la Ley de extranjería (L.O. 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, B.O.E. núm. 10, de 12 de enero) le permite obtener el permiso de residencia y trabajo independiente “desde el momento que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género”. De igual modo, el art. 31 bis , párrafo 2º, señala que si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del art. 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o devolución eventualmente acordadas”.

A título ejemplificativo, la Junta de Andalucía, como órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma andaluza, publicó la Orden de 28 de junio de 2016<sup>165</sup>, por la que se aprobaron las bases reguladoras para la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer, en régimen de concurrencia no competitiva. Los requisitos para ser beneficiaria de estas ayudas son:

*Mujeres consideradas víctimas de violencia de género por:*

*1- Estar acogidas al Servicio Integral de Atención y Acogida a Mujeres Víctimas de Violencia de Género o haberlo estado en el plazo de 6 meses con anterioridad a la solicitud.*

*2- Ingresos económicos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional.*

*3- Informe positivo del equipo técnico, en el que constará el proceso, implicación y seguimiento de la mujer víctima de violencia de género emitido por el Centro Provincial de la Mujer o Servicio Integral de Atención y Acogida a mujeres víctimas de violencia de Género.*

Sin embargo, lo que el reglamento no especifica es, precisamente, qué significa ser “mujer víctima de violencia de género”.

A este respecto, el art. 23 de la L.O. 1/2004, tras la modificación operada por el artículo único.2 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto<sup>166</sup>, establece lo siguiente en su párrafo primero:

---

<sup>165</sup> BOJA núm. 125/2016, de 1 de julio, pág. 56. Deroga la anterior Orden de 25 de mayo de 2011.

<sup>166</sup> BOE núm. 188/2018, de 4 de agosto.

*“Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos”.*

Como señala la propia Exposición de Motivos de la norma de 2018 –en su apartado V– la finalidad de esta reforma es doble: “Por una parte, para concretar y ampliar los títulos judiciales habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género; y, por otra parte, para establecer otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto”.

Por vía de extraordinaria y urgente necesidad<sup>167</sup>, no obstante la

---

<sup>167</sup> Art. 86 CE. *Vid.*, en relación con el progresivo abuso por parte del Ejecutivo de esta herramienta constitucional y su dudosa convalidación por parte del Tribunal Constitucional, ARANA GARCÍA, E., *Uso y abuso del Decreto-ley*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 191, mayo-agosto, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, págs. 337-365.

unanimidad de los diferentes grupos parlamentarios en esta materia, junto a la consolidación de la calificación de víctima de VG por vía jurisdiccional –e incluimos al Ministerio Fiscal–, se establecen una serie de criterios administrativos, francamente amplios y voluntariamente indeterminados, para que por otra serie de vías ajenas a la Administración de Justicia, estas mujeres puedan acceder a idéntica condición. Esto constituye la principal novedad de la reforma de 2018, por cuanto antes de ella sólo existían dos títulos habilitantes: la orden de protección y el informe del Ministerio Fiscal.

A partir de ahora, los supuestos judiciales se amplían a las medidas cautelares de protección y a las sentencias condenatorias. La reforma en este ámbito debe considerarse positiva por varias razones: son siempre casos en que concurre una decisión judicial adoptada con todas las garantías, la cual se basa en la necesidad de proteger a la víctima ante una situación de riesgo, con intervención del Ministerio Fiscal y de los letrados de las partes.

En cuanto a la conveniencia que la sentencia condenatoria fuera firme, no estimo necesaria semejante precisión<sup>168</sup>: si la sentencia fuera revocada en apelación, más allá de que estadísticamente los pronunciamientos son mayoritariamente confirmatorios de las resoluciones de los juzgados, la propia existencia de un pronunciamiento judicial en primera instancia debería ser suficiente para atribuir la condición de víctima, situación administrativa que, si bien beneficia a la mujer, no perjudica al varón.

---

<sup>168</sup> En contra, ORTEGA CALDERÓN, J.L., *La acreditación de las situaciones de violencia de género*, en “Revista electrónica Elderecho.com.”, 2018.



La polémica y, en general, las dudas se centran en la nueva autorización que se reconoce a un amplio abanico de autoridades administrativas. La justificación que el Gobierno considera necesario aportar para la ampliación de los títulos habilitantes es que las tres cuartas partes de las mujeres asesinadas no acudieron nunca a la vía judicial y, por tanto, resulta imprescindible articular medios administrativos –por contraposición a los judiciales– que protejan a estas posibles víctimas antes de que puedan sufrir cualquier daño.

Sin perjuicio de reconocer la bondad del fin y de la unanimidad de los cuerpos legislativos<sup>169</sup> en esta cuestión, lo cierto es que al movernos fuera del ámbito jurisdiccional, las garantías inherentes al mismo ya no aparecen. Pero, a mi parecer, lo más grave no es ésto y –ni siquiera– las consecuencias de atribuir indebidamente a una mujer la condición de víctima de VG; según mi parecer, la improcedencia de la reforma en este aspecto es que deja abierta la definición de víctima de violencia de género, es decir, ya no es tanto quién determina a una mujer como víctima o no, sino cuáles son los criterios para poder definirla como tal, máxime cuando el Estado, unilateralmente, ha decidido entregar su monopolio en esta materia.

No se trata de una cuestión baladí. En España hay 17 Comunidades Autónomas y miles de Entidades Locales, que pueden generar una legislación dispar en esta materia. Además, puede resultar extraordinariamente llamativo que una mujer haya obtenido el reconocimiento como víctima de VG y no

---

<sup>169</sup> La medida 70 del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, sintetiza la propuesta 62 del Congreso y 233 del Senado, así como la 63 y 139/233, respectivamente.

haya interpuesto denuncia alguna; en esta tesitura, ¿cabe defender la presencia de una situación de riesgo que justifiquen estas ayudas?

## VII.- Victimización primaria, secundaria y reiterada

La Victimología se ocupa de la víctima y de los procesos de victimización, desvictimización y revictimización desde una disciplina multidisciplinar. Su objeto de estudio está centrado en el modo por el cual una persona deviene como víctima, las dimensiones de victimización, es decir, primaria, secundaria y terciaria, y en las respuestas sociales, jurídicas y asistenciales que visen la reparación y reintegración de las víctimas<sup>170</sup>.

Cabe definir perfectamente los conceptos de “victimización primaria”, como perjuicios (físicos, psicológicos, económicos o sociales) directamente irrogados a la víctima por la comisión del delito; de “victimización secundaria”<sup>171</sup>, como daños sufridos por la víctima en el proceso penal; y “victimización terciaria”<sup>172</sup>, entendida como el conjunto de procesos de

---

<sup>170</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coords.), *Manual de Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 18.

<sup>171</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.J., *Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal*, en “Revista del Poder Judicial”, 3ª época, n.º 54, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 168, define la victimización secundaria como “los daños de origen físico, psíquico, social o económico originados a la víctima de un delito por el sistema estatal de justicia”.

<sup>172</sup> Se trata de un concepto manejado en la jurisprudencia. Por todas, SAP de Las Palmas de Gran Canaria n.º 60/2015, de 30 de junio, n.º recurso 39/2015; SAP de

estigmatización sufridos por la víctima y sus familiares, que traen causa de la comisión del delito.

Se ha señalado<sup>173</sup> que esta “victimización terciaria” se produce en un momento ulterior y trae causa de la reacción de la comunidad y el modo en el que lo experimenta la víctima o, al menos, así es percibido por ésta. El autor trae muy acertadamente a colación la humillación sufrida por las víctimas del terrorismo de ETA cuando, por causa de la aplicación retroactiva de la llamada “doctrina Parot”, se decretó la excarcelación de numerosos presos de la banda terrorista, que fueron recibidos en sus hogares como héroes mientras la víctima sufre el aislamiento y el rechazo social, hasta el punto de no poder celebrar pública y dignamente el duelo por sus feudos.

Nosotros invocaremos, asimismo, otro concepto interesante: el de “victimización reiterada”<sup>174</sup>, que es aquel que sufre una misma persona, en un cierto intervalo de tiempo, por cuenta de uno o más victimarios. El cual viene muy a colación en el análisis de un delito de la naturaleza del delito de

---

Valladolid n.º 377/2013, de 9 de octubre, n.º recurso 11/2013; SAP de Tarragona n.º 228/2011, de 14 de abril, n.º recurso 408/2011, y siempre en delitos de naturaleza eminentemente sexual. Así, la última resolución citada, menciona “la victimización terciaria derivada de las grandes tensiones intrafamiliares y el posible rechazo o trauma social” (Fundamento de Derecho Primero).

Sin perjuicio de que algunos confiesen la ausencia de consenso doctrinal en relación a su contenido, alcance y significación, como MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Victimización penitenciaria*, en “Revista internacional de doctrina y jurisprudencia”, núm. 14, Universidad de Almería, 2016, pág. 43.

<sup>173</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, 5ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 128-129.

<sup>174</sup> La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 identifica victimización secundaria o reiterada. *Vid.* Considerando n.º 53 y ss.

quebrantamiento.

Nada descubrimos al afirmar que la víctima del delito ha sido, tradicionalmente, la gran olvidada del proceso penal. Es necesario, sin duda, que la parte perjudicada por la infracción penal adquiera protagonismo<sup>175</sup> frente al *ius puniendi* del Estado. Para ello, el legislador debe orientar su foco, desde el delincuente hacia el ofendido. Indudablemente, el ordenamiento debe reconocer derechos a la víctima que la equiparen procesalmente al nivel del propio delincuente. Sólo de esta manera cabe aspirar a una reparación real de los intereses lesionados a la víctima, permitiéndole adoptar –si ése es su deseo– una actitud proactiva a lo largo de la instrucción y enjuiciamiento, así como en fase de ejecución de la condena.

Llegados a este punto, cabe recordar que la víctima de violencia sobre la mujer tiene acceso gratuito a un Abogado especializado en la materia<sup>176</sup>, incluso, con carácter previo a la interposición de una simple denuncia e

---

<sup>175</sup> DELGADO MARTÍN, J., *La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el proceso penal*, en *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, CGPJ, Madrid, 2018, pág. 21.

<sup>176</sup> El art. 20.1 de la L.O. 1/2004 dispone:

*“Las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de la víctima, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten”.*

En el mismo sentido, art. 2, letra g) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

independientemente de sus recursos económicos. La cuestión resulta interesante, a los fines que nos ocupan, dado que no deja de ser una excepción a la normativa recogida en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita<sup>177</sup> que exige una insuficiencia de recursos para litigar, como norma general. Sin embargo, como ya prevé el art. 119 de la CE, existe la posibilidad de reconocer el beneficio a quien, poseyendo medios económicos para sufragar su defensa, no quiera nombrar profesionales de su elección.

Uno de estos supuestos –como advertimos– aparece representado por las víctimas de violencia de género, pero las reformas de los años 2013<sup>178</sup> y 2017 han ampliado los supuestos objetivos de reconocimiento a las personas con secuelas permanentes por causa de accidente y a las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo. En ambos casos, al igual que en violencia de género, los interesados podrán litigar gratuitamente, sin entrar a valorar su capacidad económica.

Por tanto, podemos afirmar que detectamos una mayor sensibilidad del legislador hacia las víctimas, ampliando los casos y las coberturas de su asistencia jurídica gratuita. Resulta, sin duda, una forma de equiparar a las dos partes del proceso: víctima y victimario. Si el investigado, desde la primera diligencia, cuenta con abogado, de libre elección o del turno de oficio, la persona perjudicada también tiene a su alcance la posibilidad de constituirse en acusación particular y no depender exclusivamente del Ministerio Fiscal<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Reformada recientemente por la Ley 2/2017, de 21 de junio (BOE núm.148).

<sup>178</sup> Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero (BOE núm. 47).

<sup>179</sup> El artículo Tercero.10 habla sólo de velar por la “protección procesal de las

Es cierto que a la víctima se le exige abogado y procurador ya en fase de instrucción<sup>180</sup>; pero no es menos cierto que existe una tendencia, constatable, a reconocer mayor protagonismo al ofendido en el proceso penal por parte del legislador: la víctima ya no depende tan sólo de su capacidad económica para poder constituirse en acusación particular y se ve apoyada en sus derechos por la Fiscalía (art. 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ahora bien, los avances siguen siendo insuficientes, por cuanto, en la mayoría de casos, el beneficio de asistencia gratuita sigue vinculado a los ingresos que ostente el solicitante.

En el delito de quebrantamiento, en el marco de la violencia de género, nos encontramos frente a víctimas realmente vulnerables. Queremos advertir que el delito de quebrantamiento lleva aparejado que la mujer haya sufrido una vivencia delictiva previa y, ante la reiterada conducta delictiva de su agresor, resulta evidente que la mujer experimenta una sensación de mayor riesgo que si analizamos otros actos delictivos –si se nos permite la expresión– de primera agresión.

Para nosotros, resulta muy importante circunscribir el concepto de “riesgo”, en un doble ámbito: como acabamos de exponer, respecto de la víctima, su necesidad de protección y la asistencia a la misma; y, como veremos posteriormente, respecto del victimario, cuestión que va a estar íntimamente relacionada con el juicio de peligrosidad del delincuente.

En relación con este último concepto, quien quebranta ya ha

---

víctimas”.

<sup>180</sup> Art. 110 LECrim.

demostrado previamente su actitud transgresora hacia el orden establecido, esto es, no estamos ante un supuesto hipotético o de cálculo de probabilidades; sino que existe la constatación fáctica del hecho criminal. Pero, es más, la propia naturaleza del delito de quebrantamiento –y nos referiremos en estas líneas sólo a los casos de violencia sobre la mujer– nos demuestra a todos que resulta imprescindible llevar a cabo una actuación mucho más intensa de protección hacia la víctima y de inocuización del delincuente, “adoptando aquellas medidas que resulten necesarias para prevenir o evitar las situaciones de victimización repetida”<sup>181</sup>.

No sólo resulta necesario proteger a la mujer. Es necesario, asimismo, neutralizar la fuente de peligro que el delincuente representa, lo que en nuestro país se ha articulado como una estrategia de prevención terciaria. Piénsese que, de no proceder con la contundencia debida, el agresor podría interiorizar –con razón– un sentimiento de impunidad ante la escasa relevancia penal de sus actos. Ello conllevaría, casi inevitablemente, la comisión de nuevas infracciones penales en un futuro cercano, con el peligro para la integridad física y psicológica que, para la víctima de malos tratos, esto lleva aparejado.

Lo resume muy acertadamente el Considerando n.º 18 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012<sup>182</sup>, 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

---

<sup>181</sup> HERRERA MORENO, M., *Manual de Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 110.

<sup>182</sup> DOUE de 14 de noviembre de 2012.

marco 2001/220/JAI del Consejo:

Cuando la violencia se comete en una relación personal, la comete una persona que es o ha sido cónyuge o compañera de la víctima, o bien otro familiar de la víctima, tanto si el infractor comparte, o ha compartido, el mismo hogar con la víctima, o no. Dicha violencia puede consistir en violencia física, sexual, psicológica o económica, y puede causar lesiones corporales, daños psíquicos o emocionales, o perjuicios económicos. La violencia en las relaciones personales constituye un grave problema social, a menudo oculto, que puede causar traumas psicológicos y físicos sistemáticos de graves consecuencias, debido al hecho de que es cometida por una persona en la que la víctima debería poder confiar. Por lo tanto, las víctimas de violencia en relaciones personales pueden necesitar medidas de protección especiales. Las mujeres se ven afectadas por esta violencia en grado desproporcionado, y la situación puede agravarse aún más cuando la mujer depende del infractor en lo económico, lo social o para su derecho a la residencia.

La respuesta psicológica de la mujer en estos casos no puede ser nunca positiva. Hay que incidir en el contexto en que nos movemos: el agresor es conocido de la víctima, tanto que han podido mantener una relación sentimental más o menos prolongada en el tiempo, incluso con la presencia de descendencia común; por tanto, concurren lazos familiares y amistades comunes, que generan un entorno<sup>183</sup> alrededor de la víctima, el cual puede ser

---

<sup>183</sup> ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J., BACA BALDOMERO, E.,  
128



positivo, si le prestan el apoyo que necesita para poder recuperar la normalidad de su vida, o negativo, si culpabilizan a la mujer de algún modo o la hacen recordar eternamente los episodios vividos.

Todo ello genera evidentes dificultades: las dificultades para tomar la iniciativa y denunciar, la posibilidad de acogerse a la dispensa del art. 416 LECrim., el solicitar la adopción de medidas civiles que regulen las relaciones con los hijos, la solicitud de medidas de protección; que no pueden trasladarse sin más al quebrantamiento en el ámbito de la violencia sobre la mujer. En estos casos, la víctima ya ha superado todas estas barreras y asiste a una cierta quiebra del sistema: quien quebranta no respeta la medida establecida y aumenta el riesgo sobre la víctima. La necesidad de protección es aún mayor.

Pese a lo que pudiera pensarse, no resulta habitual o, mejor expresado, la solución más frecuente, el agravamiento de las medidas quebrantadas. Este doctorando, en su condición de Letrado de la Administración de Justicia, ha podido recopilar los datos correspondientes a 17 casos de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género. En ninguno de ellos, analizados sucesivamente sin hacer exclusión alguna, se acordó el agravamiento de las medidas/penas inicialmente quebrantadas. También resulta coincidente que, en todos los casos, el riesgo valorado era bajo o medio, nunca alto.

Ello invita a reflexionar. ¿Es que los jueces y fiscales no entienden que hay una mayor peligrosidad por parte de quien, tras haber sido sancionado y

---

ALONSO RIMO, A., *Manual de Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 158 y ss.

privado de sus derechos, y apercibido<sup>184</sup> de las consecuencias de su desobediencia, insiste en mantener contacto con la víctima? Los datos, desde luego, así como la experiencia forense, parecen demostrar que no. Y es que, semejante modo de proceder, constituye una prueba inequívoca de la complejidad de la materia y de la necesidad de llevar a cabo una valoración conjunta de una pluralidad de elementos que abarcan desde el contexto social y familiar en el que se mueven las partes, hasta un posible consentimiento de la víctima en el acercamiento.

Ahora bien, todas estas ideas no pueden llevarnos a pensar que las mujeres precisan siempre de una actividad externa para su adecuada protección y desarrollo. Ellas son siempre víctimas, pero también mujeres

---

<sup>184</sup> En los juzgados de instrucción, cuando se trata de medidas cautelares, se recoge el siguiente modelo de requerimiento:

**DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO.**- En (sede judicial), a XXXXX, la extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que teniendo a mi presencia a ..... , cuyas circunstancias constan, le notifiqué en legal forma, mediante lectura íntegra y entrega de copia, el Auto dictado por este Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, con fecha actual, en DILIGENCIAS ..... y le requerí, en legal forma, a fin de que cumpla las medidas de orden civil acordadas. Asimismo las medidas de orden penal, en concreto la prohibición de acercarse a menos de ..... metros de la denunciante, ..... , o de su domicilio, lugar de trabajo y otros frecuentados por la misma, así como la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio, haciéndole saber que la presente orden tendrá vigencia DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA, apercibiéndole que en caso de desatender esta prohibición, podría incurrir en delito de QUEBRANTAMIENTO, sin perjuicio de la modificación, en su caso, de su situación personal en la causa.

En prueba de quedar notificado y dándose por requerido, firma conmigo de que doy fe.

**EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Actualmente, se suele digitalizar e incorporar en la base de datos utilizado en la sede, a fin de conservar el requerimiento expreso y poder documentar el quebrantamiento, inclusive si el proceso ya ha sido remitido al juzgado de lo penal para su enjuiciamiento.

*reales*<sup>185</sup>, con sus contradicciones; pero, sobre todo, insertas en un contexto familiar y social determinado que condicionan, en gran medida, su comportamiento.

### **VIII.- Política criminal sobre la violencia de género en clave victimológica**

Todas las conclusiones obtenidas en el punto anterior son perfectamente extrapolables al presente. De hecho, sólo desde una perspectiva victimológica puede llegar a entenderse el sentido y finalidad de la legislación sobre violencia de género, su regulación inicial y la evolución posterior de ésta.

Desde finales del s. XIX<sup>186</sup>, sociólogos y psicólogos se han ocupado del maltrato en el seno de la familia, siempre desde la perspectiva de sus elementos más débiles, de las víctimas: los menores, primero; y, más recientemente, las mujeres. La violencia intrafamiliar resulta casi inherente a la idea de familia, como cédula básica de organización humana, reducida en nuestros días a los progenitores –casados o no– y sus hijos<sup>187</sup>. Cabe afirmar que la persistencia de todo tipo de violencia doméstica constituye un fracaso

---

<sup>185</sup> SMART, C., *The woman of Legal Discourse*, en DALY, K.; MAHER, L. (eds.), *Criminology at the Crossroads. Feminist Readings in Crime and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág. 27.

<sup>186</sup> GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE, P., REDONDO ILLESCAS, S., *Principios de Criminología*, 3ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 640 *in fine*.

<sup>187</sup> DURKHEIM, E., *La famille conjugale*, 1892, denomina esta evolución, hacia un concepto cada vez más reducido de familia, como “ley de contracción familiar”.

para el Estado Social y Democrático de Derecho; pero, al mismo tiempo, representa una meta muy difícil de alcanzar, como lo demuestran las diferentes estadísticas<sup>188</sup> que, en nuestros días, ilustran la materia.

La L.O. 1/2004 y las múltiples normativas autonómicas que la complementan parten de la idea que las respuestas institucionales (policía y Administración de Justicia), aun siendo necesarias, no resultan suficientes para proteger a las mujeres, en el sentido de propiciar la ruptura de éstas con sus parejas y ponerlas así en el camino de una nueva vida. En numerosísimas ocasiones, los atestados policiales reflejan que, pese a la existencia de denuncias previas e, inclusive, de la vigencia de medidas cautelares de protección (lo que propicia la aparición del delito de quebrantamiento) la mujer permanece en su hogar violento<sup>189</sup>, ya sea por la –falsa- esperanza que su agresor cambiará de actitud, ya por el miedo a las represalias que pueda adoptar, las circunstancias económicas e, inclusive, su entorno familiar y social. Este último factor, la denominada “victimización terciaria” resulta, en mi experiencia profesional, el factor más relevante en la mayor parte de los casos, aquellos donde la violencia del maltratador no resulta excesiva y la mujer víctima de violencia de género cree valorar en mejor medida la

---

<sup>188</sup> Sin perjuicio de las importantes discrepancias que, a la hora de elaborar las mismas, se aprecian entre las elaboradas por los cuerpos policiales y las tramitadas por los órganos judiciales; mucho más numerosas éstas últimas, por causa de los procedimientos de incoación observados, que provocan la multiplicación estadística de un mismo asunto en supuestos como inhibición o acumulación. No obstante, más allá de diferencias cuantitativas, siempre nos permitirán obtener importantes conclusiones desde una perspectiva cualitativa, como acreditamos a lo largo de nuestro trabajo, cuanto menos, a la hora de apreciar tendencias.

<sup>189</sup> GARRIDO GENOVÉS, V. *et. al.*, *op. cit.*, pág. 644.

conservación de su paz familiar.

De ahí la dificultad y la transversalidad de la violencia sobre la mujer. A diferencia de otros autores<sup>190</sup>, no considero que la mayor independencia económica y la mejor formación académica de la mujer lleve aparejada necesariamente la decisión por parte de ésta de abandonar a su marido/pareja en caso de maltrato. Tampoco resulta conveniente –ni justo– elaborar prototipos acerca de cómo debe ser la mujer maltratada. Sin embargo, no puede negarse que existe una imagen mental que a todos nos viene a la cabeza cuando planteamos el tema de la violencia sobre la mujer. En este punto, cabe traer a colación el estudio realizado<sup>191</sup> sobre dos casos de homicidio cometidos presuntamente por dos mujeres sobre sus respectivas parejas. Ambas mujeres respondían a perfiles muy diferentes: la primera, se representaba como frágil, de aspecto descuidado, madre de familia numerosa y sin recursos económicos propios; la segunda, sin hijos, guapa y profesional independiente. Pues bien, 169 policías españoles simularon actuar como jurados y declararon inocente a la primera y culpable a la segunda.

En conclusión, existe un estereotipo de cómo debe ser la mujer maltratada; sin embargo, la experiencia nos demuestra que ello no es, en

---

<sup>190</sup> PAGELOW, M., *Women battering: Victims and their experience*, Sage Publications, Beverly Hills (EE.UU.), 1981.

<sup>191</sup> EXPÓSITO JIMÉNEZ, F., HERRERA ENRÍQUEZ, A., VALOR-SEGURA, I., *Is miss sympathy a credible defendant alleging intimate partner violence in a trial for a murder?*, en *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 4, n.º 2, 2012, págs. 179-196: “Los resultados mostraron que cuando se presentaba a los participantes a una mujer maltratada no prototípica, es decir, que no encaja con la idea que la sociedad tiene de este tipo de mujeres, se le atribuía un mayor control de la situación, lo cual, en términos legales, se puede traducir en una mayor culpabilidad”.

ningún caso, así. La variedad de supuestos es muy amplia, aunque no cabe duda que una mayor independencia económica facilita la independencia en la toma de decisiones. No obstante, hay supuestos en los cuales mujeres con perfil profesional y bien remuneradas, deciden no poner fin a la situación de violencia en el hogar<sup>192</sup>.

A diferencia del ámbito anglosajón, donde han predominado las teorías de corte sociológico, en nuestro ámbito las teorías victimológicas se han decantado por una perspectiva feminista, que algunos denominan radical<sup>193</sup>. Más allá de su calificación, en mayor o menor medida extrema, lo cierto es que esta orientación se fundamenta en el análisis de las causas estructurales que propician el arraigo de la violencia machista. Para sus defensores, la sociedad aparece informada social y culturalmente por una serie de concepciones que justifican y apoyan la idea del patriarcado, esto es, el predominio del hombre sobre la mujer en la sociedad que, en cierta medida, llega a justificar y a contemplar como normal el maltrato a la mujer, dada la sumisión de ésta al varón: su inferioridad, en definitiva. Desde esta

---

<sup>192</sup> MARANO, H.E., *Why they stay: A saga of spouse abuse*, en la Revista "Psychology Today", 20 (3), Nueva York, 1996, págs. 56-60.

<sup>193</sup> Podemos afirmar que el calificativo radical tiene un fin eminentemente peyorativo, en contraposición a un feminismo de corte liberal, minoritario en nuestros días, una de cuyos principales representantes es NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, editorial Paidós, Barcelona, 2007.

Esta autora, Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales en el año 2012, parte de la base que las mujeres ofrecen la misma capacidad que los hombres, por lo que no resulta necesaria protegerlas, sino reconocerles los mismos derechos y remover los obstáculos legales que impiden su equiparación. Por tanto, más que una diferencia en los fines, las discrepancias entre ambas doctrinas parecen centrarse en los métodos para conseguir la igualdad efectiva entre ambos sexos.

perspectiva, se impetra la urgencia de adoptar soluciones de ese mismo corte estructural y la necesidad de implementar políticas públicas de intervención que corrijan esta evidente desigualdad, rompiendo al mismo tiempo todas aquellas barreras sociales que nos han llevado hasta este extremo y que evitan, por ejemplo, que la mujer decida abandonar al hombre y romper su convivencia.

Independientemente de la concepción que avalemos, lo cierto y verdad es que, tradicionalmente<sup>194</sup>, ha existido una discriminación de la mujer y una preeminencia del varón sobre ésta que, en gran medida, ha facilitado la violencia contra las mujeres. Y en España parece claro que se ha adoptado una postura mucho más cercana a las tesis feministas que a las teorías sociológicas norteamericanas. Frente a delitos ahistóricos tales como el robo, el homicidio o los delitos sexuales, debemos reconocer que los delitos relacionados con la violencia de género tienen un componente social muy relevante: las lesiones han existido siempre, pero su singular valoración cuando tienen lugar en el contexto doméstico es actual y ha llegado para permanecer. En nuestros días, pocos se plantean que pueda ser de otro modo.

En esta misma línea de razonamiento, no debemos olvidar que la víctima también participa de algún modo en la generación del delito<sup>195</sup>, muy

---

<sup>194</sup> Es de recordar que en el año 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas planteó la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Resolución 34/180, de 18 de diciembre.

<sup>195</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>., *Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 16: “la víctima no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que casualmente recae el delito, sino que en ocasiones éste es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma”.

singularmente en el ámbito de la violencia de género y, con excesiva frecuencia, aún más en la comisión del delito de quebrantamiento. La víctima ha ido adquiriendo progresivamente un importante protagonismo a la hora del estudio de la etiología delictiva, de ahí su ineludible presencia dentro de la Criminología; pero, como mejor reconocimiento a su creciente importancia, también en el seno de la Dogmática Penal, hasta el punto de la introducción exitosa de un nuevo concepto: la Victimodogmática<sup>196</sup>. A través de este nuevo concepto, se ha focalizado y estudiado la intervención de la persona que resulta lesionada por el comportamiento delictivo, lo que resulta muy relevante en el ámbito del presente trabajo.

Ahora bien, semejante cambio de perspectiva no puede llevarnos a culpabilizar a la víctima de su maltrato. Es frecuente en la práctica forense que la defensa del investigado o ya acusado se fundamente en la iniciativa de la propia mujer a la hora de provocar el quebrantamiento, ya sea instigando la vuelta a la convivencia o violando la prohibición de comunicación, directamente o por medio de amigos o familiares. En estos casos, hay una coautoría de la mujer o, cuanto menos, una provocación para delinquir, la cual queda exenta de reproche penal<sup>197</sup>. Esta falta de persecución de los delitos responde al reconocimiento de la dinámica existente entre víctima y agresor, en la que ambos se condicionan mutuamente en su comportamiento; y, sin

---

<sup>196</sup> POLAINO-ORTS, M., *Victimología: aplicaciones penales y victimo-dogmática*, Universidad de Sevilla, Servcopy, Sevilla, 2017.

<sup>197</sup> Por todas, SAP de Pontevedra, Sección 2ª, de 10 de mayo de 2011 (ECLI:ES:APPO:2011:1274).



embargo, la mujer queda impune<sup>198</sup> para seguir centrándonos en el agresor, contexto en el que la Victimodogmática adquiere sentido<sup>199</sup>.

Lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo<sup>200</sup> viene declarando que “El problema no obstante 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<sup>201</sup>. De ahí que la conclusión alcanzada en el pleno no deba ser atendida 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”<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> Como excepción a la regla general, la SAP de Barcelona, Secc. 20ª, de 21 de febrero de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:1051), condena al hombre como autor de un delito de quebrantamiento y a la mujer como inductora y cooperadora necesaria del mismo tipo, al resultar acreditado que fue ella quien contactó telefónicamente con el condenado para reanudar la convivencia, lo que efectivamente llevaron a efecto.

<sup>199</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., AGUILAR CÁRCELES, M.M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 70: “En definitiva, se trata de una integración de la figura de la víctima en la teoría jurídica del delito, sistemática que no incluye en exclusividad su interpretación en base a su posible consentimiento o provocación de la misma en el hecho ilícito, sino que, por tratarse de un sujeto que no siempre habrá de estar involucrado en la acción criminal, también debieran serle reconocidos los derechos de asistencia terapéutica y protección penal correspondientes”.

<sup>200</sup> STS 61/2010, de 28 de enero.

<sup>201</sup> Se refiere al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008.

<sup>202</sup> No ha mantenido nuestro Alto Tribunal siempre el mismo criterio en cuanto a la valoración del consentimiento de la víctima para la comisión del delito de quebrantamiento. Así, la STS de 26 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5567), excluye la presencia del delito –para hombre y, por supuesto, mujer– cuando media el consentimiento de ella, en base a un derecho a “vivir juntos” amparado por las SSTEDH de 24 de marzo y 9 de junio de 1998, entre otras.

La Fiscalía, por su parte, no acusa a las mujeres que participan en la producción del delito de quebrantamiento. Así, la Circular 6/2011, de 2 de noviembre<sup>203</sup>, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, señala que “en los supuestos de incumplimiento de la medida cautelar de aproximación o pena de idéntica naturaleza, el consentimiento de la víctima es irrelevante a los efectos de incoación del procedimiento penal por delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP, sin perjuicio de la valoración de los hechos en Instrucción”.

Sobre este tipo de situaciones procesales extrañas nadie elabora trabajos con profundidad e interés, probablemente, a causa de un convencimiento unánime que la lucha contra la violencia de género justifica semejante clase de anomalías. Podría argüirse que este tipo de situaciones también se dan en otros campos, como la seguridad vial, donde sólo residualmente se castiga como cooperador necesario a quien, conociendo la privación o retirada del permiso que sufre el conductor, permite que éste conduzca su vehículo. Desde luego, no son casos extrapolables; pero, al menos, en el delito de conducción sin permiso, hay una imputación formal del cooperador necesario quien, posteriormente, se beneficiará de un sobreseimiento en la instrucción. No obstante, ha recaído esa primera imputación formal, testimonial si se quiere. Nada de eso ocurre en el delito de quebrantamiento de violencia sobre la mujer: ésta, como víctima, no sufrirá perjuicio procesal alguno, ni siquiera en

---

<sup>203</sup> Disponible en la web [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

el caso de haber colaborado activamente a la producción del delito<sup>204</sup>.

Sólo desde una perspectiva victimológica podemos llegar a comprender las singularidades que rodean a la legislación sobre violencia de género. El legislador ha detectado que, en estas situaciones, existe una situación de desequilibrio entre hombre y mujer, la cual, por su maltrato reiterado, ha sustituido su afecto por una desorientación que le impide actuar con claridad y alejarse de su agresor. Por tanto, el legislador reconoce una afectación temporal intelectual de la víctima –una suerte de enajenación mental transitoria– que la inhibe de poder alejarse de la fuente de su dolor y, al mismo tiempo, la lleva a acercarse a la misma (delito de quebrantamiento). Sólo si tomamos este punto de partida podemos comprender situaciones como la que acabamos de analizar u otras muchas, en el ámbito de la violencia sobre la mujer, como la adopción de medidas cautelares de protección con la oposición expresa de la víctima.

---

<sup>204</sup> Se ha llegado incluso a defender la existencia de un denominado Síndrome de Estocolmo Doméstico, el cual se ha definido como un vínculo interpersonal de protección, construido entre la víctima y su agresor, en el marco de un ambiente traumático y de restricción estimular, a través de la inducción en la víctima de un modelo mental –red intersituacional de esquemas mentales y creencias–: MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., AGUILAR CÁRCELES, M.M., *op. cit.*, pág. 232.

## **IX.- Valoración del riesgo: los protocolos de actuación**

En nuestros días, hay una corriente doctrinal que, con origen en la Psicología Criminal, ha penetrado con mucho éxito, principalmente, en el seno de la Criminología. Esta concepción defiende la sustitución del pronóstico de peligrosidad del delincuente por la valoración sobre el riesgo que el mismo representa. En ella la idea de peligrosidad es más restringida que la noción de riesgo y ofrece mayores inconvenientes; sin embargo, aquél es un concepto habitual en el ámbito forense y penitenciario y –como veremos– se encuentra íntimamente relacionado con la aplicación de las medidas de seguridad.

El riesgo valora mejor no sólo al delincuente (su peligrosidad), sino también a la víctima (su vulnerabilidad) y trata de abarcar el resto de circunstancias que los rodean. De esta forma la atribución de peligrosidad a una persona concentra la estrategia de contención del riesgo en dos tipos de intervenciones: control situacional (internamiento) y tratamiento terapéutico del sujeto peligroso, pero no ofrece nuevos recursos de gestión del riesgo. Evidentemente, el desarrollo de estas doctrinas se encuentra relacionado con la implementación de métodos para valorar, con la mayor exactitud posible, las probabilidades que el sujeto vuelva a delinquir en el futuro y sus aplicaciones son muy variadas: por ejemplo, a la hora de valorar por el juez de instrucción la adopción de medidas cautelares de protección o, en el ámbito penitenciario, la fijación de un determinado tratamiento o la concesión de beneficios o permisos penitenciarios.

No obstante lo anterior, los mayores defensores de estas teorías reconocen la dificultad de la tarea, a la vez que afirman su viabilidad técnica<sup>205</sup>. Lo cierto es que tales herramientas<sup>206</sup> sólo pueden aspirar a elevar los porcentajes de probabilidad, no a dotar de certezas a los operadores jurídicos. De igual modo, hay que reconocer que, en nuestros días, se están empleado estos métodos, y que el estudio de la Psicología Criminal está alcanzando importantes cotas.

Cuando alegamos en torno a la valoración del riesgo, lo hacemos desde una doble perspectiva<sup>207</sup>: policial y judicial, ambas de suma importancia.

La valoración policial del riesgo no es un diagnóstico, sino una herramienta para pronosticar la probabilidad de ocurrencia de una nueva conducta violenta. Se trata de una afirmación importante, que conlleva otras consecuencias como la no valoración de la peligrosidad –concepto de mayor calado jurídico– del agresor, la cual en todo caso sería competencia del Médico Forense. Por otro lado, la finalidad del instrumento está clara:

---

<sup>205</sup> ANDRÉS-PUEYO, A. y ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., *Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación*, en Revista “Psicothema”, vol. 22, nº 3, 2010, pág. 403.

<sup>206</sup> SORIA VERDE, M.A. y SÁIZ ROCA, S. (Coords.), *Psicología criminal*, editorial Pearson, Madrid, 2006, pág. 462: “Los métodos se pueden clasificar en dos grandes grupos denominados “a criterio libre del profesional”, donde no se utilizan instrumentos validados y la valoración se realiza en función del juicio profesional y la evaluación por anamnesis; o “siguiendo una determinada pauta”, utilizando instrumentos, pautas, guías o protocolos elaborados desde la evaluación psicológica o en base a técnicas estadísticas”.

<sup>207</sup> A fecha 30/09/2016, existían 37.001 usuarios habilitados en el sistema VioGén, según datos del CGPJ. Entre éstos, todos los cuerpos policiales, incluyendo autonómicos y locales; miembros de Instituciones Penitenciarias en Cataluña; Servicios Sociales y de Igualdad; y empleados del Ministerio de Justicia: Fiscales, LAJ y Médicos Forenses.

proteger, prevenir y evitar que la mujer pueda ser víctima de nuevas agresiones. A este respecto, como cualquier otro medio, su mayor perfección llevará aparejada un menor margen de error o, dicho sea de otro modo, una mayor probabilidad de acierto.

Con la entrada en vigor de la LO de 2004, resultaba ineludible ordenar a los cuerpos policiales que trabajaban en España que llevaran a cabo la valoración de riesgo en los casos de violencia contra la mujer. Paralelamente a esta exigencia, era necesario dotar a los mismos de herramientas ágiles, que no exigieran una formación cualificada; sencillas, para poder ser empleadas por múltiples agentes diseminados por todo el territorio nacional; y rápidas, que pudieran incorporarse sin más trámite a los atestados policiales.

Para ello se desarrolló el *Protocolo de Valoración Policial del Riesgo de Violencia contra la Mujer en los supuestos de la ley Orgánica 1/2004 y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal* (Secretaría de Estado de Seguridad, Instrucción 10, de 26 de julio 2007; actualizada por las Instrucciones 14/2007 y 5/2008 y, más recientemente, por la Instrucción 7/2016, de 8 de julio (Secretaría de Estado de Seguridad, 2007, 2008, 2016), que se implantó como una funcionalidad significativa del sistema *VioGén*<sup>208</sup>

---

<sup>208</sup> En la página web del Ministerio del Interior ([www.interior.gob.es](http://www.interior.gob.es)) se nos informa que son sus objetivos:

- Aglutinar a las diferentes instituciones públicas que tienen competencias en materia de violencia de género.
- Integrar toda la información de interés que se estime necesaria.
- Hacer predicción del riesgo.
- Atendiendo al nivel del riesgo, realizar seguimiento y protección a las víctimas en todo el territorio nacional.

en el territorio a cargo de las FCS del Estado (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil) y al que se van adhiriendo además muchas policías locales<sup>209</sup>.

Esta labor de predicción tiene como objeto fundamental prevenir la reincidencia del ataque a la mujer que, cuando ha existido una medida cautelar o pena de protección previas en favor de la misma, se convierte en un delito de quebrantamiento. Por esta trascendencia jurídica, los medios empleados deben gozar de una necesaria rigurosidad científica, para lo cual se vienen desarrollando múltiples estudios longitudinales<sup>210</sup>.

El protocolo de valoración policial del riesgo (VPR)<sup>211</sup> consiste en un formulario de recogida y análisis de la información, que incorporamos como anexo, implementado en el sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (sistema *VioGén*) de la Secretaría de Estado de Seguridad (SES) del Ministerio del Interior, que incluye (en la última versión disponible,

---

- Efectuar una labor preventiva, emitiendo avisos, alertas y alarmas, a través del “Subsistema de Notificaciones Automatizadas”, cuando se detecte alguna incidencia o acontecimiento que pueda poner en peligro la integridad de la víctima.

<sup>209</sup> ZURITA BAYONA, J., *Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo*, Tesis doctoral, Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2014.

<sup>210</sup> Para mayor información al respecto, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. *et al.*, *Factores de riesgo asociados con la reincidencia policial en violencia contra la pareja en España*, “International Journal of Clinical and Health Psychology”, 2017. Visible en la web [www.elsevier.es/ijchp](http://www.elsevier.es/ijchp)

<sup>211</sup> [http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema\\_vdg-o-viogen](http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema_vdg-o-viogen). Con la actualización de 2016, además de actualizar el formulario VPR, se han introducido dos nuevos formularios: el VPER S (Valoración Policial de Evolución del Riesgo Sin Incidente), para determinar cómo va evolucionando el riesgo con el transcurrir del tiempo; y el formulario VPER C (Valoración Policial de Evolución del Riesgo Con Incidente), ante una nueva denuncia o incidencia. Asimismo, se prevé la introducción del formulario VR de Homicidio.

la 4.0) asimismo la protección de los hijos menores de las mujeres víctimas, y de los fenómenos de violencia de género que se produce en los entornos escolares y entre parejas “inmaduras”.

El formulario se diseñó para realizar valoraciones del riesgo rápidas, cumplimentadas por un agente policial en el momento de la denuncia y que se sirve de 4 fuentes de información distintas posibles: la información que aporta la víctima, la del autor, de los testigos y también la de los informes policiales y otros complementarios disponibles. Para ello, se trata de incidir en ciertos indicadores especialmente relacionados con la situación laboral de las partes; y, sobre todo, en aquellos factores de vulnerabilidad de la víctima o de peligrosidad del agresor, en un contexto actualizado de uso masivo de las nuevas tecnologías y de redes sociales<sup>212</sup>.

En cada valoración el agente debe indicar qué fuentes utilizó en su valoración. Los 16 factores de riesgo que componen el VPR se pueden codificar en una escala de 5 niveles: “no se da”, “baja”, “media”, “alta” y “extrema”; en el caso de no disponer de información referente al factor de riesgo, la respuesta indicada es: “no se sabe”. El VPR facilita de forma automática una estimación predictiva, obtenida por medio de un algoritmo a partir de información actuarial, en una escala ordinal de 5 niveles de riesgo: “no-apreciado”, “bajo”, “medio”, “alto” y “extremo”. En el supuesto de que el agente policial no esté conforme con la evaluación aportada por el formulario, dispone de la posibilidad de modificar el riesgo justificando tal actuación

---

<sup>212</sup> En este ámbito resultan especialmente vulnerables los jóvenes y los menores de edad, como ya hemos tenido ocasión de valorar en este mismo capítulo.



(siguiendo las recomendaciones del llamado “juicio profesional estructurado”). En el sistema *VioGén* se dispone de un conjunto de recursos de gestión preventiva del riesgo que se aplican a cada caso en función del nivel de riesgo identificado por medio del VPR. Esos recursos de gestión del riesgo son un conjunto específico de medidas de protección policial de las víctimas regulados por la Instrucción 5/2008 de la SES<sup>213</sup> (ahora, I. 7/2016).

Pero, como advertimos, la valoración del riesgo también ofrece un amplio margen de actuación en la esfera judicial. Así, si los cuerpos de seguridad tratan de proteger a la víctima (mujer e hijos) desde un principio, y de ahí la conveniencia de una primera denuncia en comisaría; los órganos judiciales tienen que valorar el riesgo que corre la integridad física y moral de la mujer, hasta el punto de resolver sobre la conveniencia de adoptar medidas que la protejan de futuros ataques de su agresor<sup>214</sup>.

A diferencia de los cuerpos policiales, los jueces y fiscales no cuentan con formularios o programas normalizados, por lo que deben *tirar* de su propia experiencia a la hora de valorar las declaraciones de víctimas e investigados; sin perjuicio de que dispongan de algunos medios de valoración muy importantes como las declaraciones de los testigos, los partes médicos de asistencia, el atestado policial (con VPR), los mensajes de texto o audio que se

---

<sup>213</sup> LÓPEZ OSSORIO, J.J. *et al.*, *Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género*, en “Psychosocial Intervention”, vol. 25, 2016. Obtenida en la URL: <http://dx.doi.org/10.1016/j.psi.2015.10.002>.

<sup>214</sup> No olvidemos que estamos ante auténticos derechos de las víctimas y no de concesiones graciables (art. 19 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

hubieran podido dirigir las partes o valoraciones integrales –para momentos posteriores a las diligencias urgentes– emitidos por unidades especializadas adscritas a los juzgados de violencia sobre la mujer. A través de su apreciación conjunta, de oficio a petición del Ministerio Fiscal o de algunas de las partes, el instructor resolverá<sup>215</sup> sobre la necesidad de protección de la mujer, incluso en contra de su voluntad<sup>216</sup>.

Por lo expuesto, la autoridad judicial lleva a cabo un cálculo de probabilidades de la posible comisión de un nuevo acto de agresión sobre la víctima, lo que desembocaría en un delito de quebrantamiento. De ahí la importancia que los protocolos policiales insistan a través de sus sucesivas actualizaciones, en la necesidad de valorar el riesgo inicial, así como de

---

<sup>215</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, Estambul, 11 de mayo de 2011 (publicado en BOE 137/2014, de 6 de junio; entrada en vigor 1 de agosto de 2014). Art. 52: “las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias 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.

- entre en el domicilio de la víctima o de la persona en peligro o contacte con ella.

Y es que toda esta materia se encuentra informada por legislación internacional, de obligado cumplimiento en nuestro país. LA STS, Sala 4ª, núm. 1263/2018, Sección Cuarta, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2747), reconoce la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un dictamen del Comité de la CEDAW, por vulneración por el Estado español de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (publicado en BOE núm. 69/1984, de 21 de marzo; entrada en vigor 4 de febrero) de 1984; sin embargo, en base a ese dictamen, podrá la parte perjudicada formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como único cauce para obtener la reparación.

<sup>216</sup> Semejante renuncia de derechos será objeto de análisis más detenidamente en un apartado específico del trabajo.

efectuar posteriormente un seguimiento de las relaciones entre ambas partes con posterioridad a la intervención judicial (formularios VPER C y VPER S).

La tarea judicial no es sencilla. La Fiscalía General del Estado, en su Memoria del año 2017<sup>217</sup>, así lo reconoce: “ la Fiscalía es consciente de que la valoración del riesgo es esencial a la hora de dar una respuesta protectora y eficaz a la víctima que denuncia y, sin perjuicio de la dificultad que esta valoración entraña, en la medida que se trata de prever el comportamiento futuro de una persona (...) Además es imprescindible complementar los informes policiales de valoración de riesgo con otros informes periciales (...) lo que requiere la implantación urgente en todo el territorio y todas las Comunidades Autónomas de las Unidades de Valoración Forense Integral...”

Todo ello nos lleva a colegir que el juez instructor –e, inclusive, el sentenciador– goza de un amplio margen de decisión.

No puede ser de otro modo: es quien primero conoce de las declaraciones de las partes, generalmente, poco tiempo después de haber acaecido los hechos delictivos o, en términos jurisprudenciales, sólo el órgano de primera instancia ha dispuesto de una percepción sensorial, completa y directa, de todos los factores concomitantes que condicionan la fuerza de convicción de una declaración, incluido el comportamiento mismo de quien la presta, respecto a su firmeza, titubeos, expresión facial, gestos, etcétera (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1993, de 21 de julio y de

---

<sup>217</sup> Obtenida de la URL: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2917/FISCALIA\\_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2917/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf), págs. 457-458. Verificado 5 de junio de 2019.

18 de octubre de 1994)<sup>218</sup>.

Evidentemente, la valoración del juzgador de instancia no es infalible y siempre cabe recurso ante su resolución; pero éste no podrá prosperar cuando la valoración de la prueba esté fundada en la inmediación. De ahí la importancia que jueces y fiscales dispongan de las mejores herramientas a su alcance para poder acertar en su valoración inicial, en el mayor número de casos posible.

---

<sup>218</sup> SAP de Sevilla, Sección 1ª, nº 45/2019, de 13 de febrero, F.D. 4º (ECLI:ES:APSE:2019:45). En su Fundamento de Derecho anterior, la Sentencia afirma: “La declaración de hechos probados hecha por el Juez "a quo", no debe ser sustituida o modificada en la apelación (STS, entre muchas, núm. 272/1998, de 28 de febrero), salvo que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio; o que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en la segunda instancia” (SSTS de 5/2/94 y 11/2/94).

La valoración conjunta de la prueba practicada, como se acaba de decir, es una potestad exclusiva del órgano judicial de la instancia en la forma antes señalada (SSTC números 120/1994, 138/1992 y 76/1990). El órgano de apelación, privado de la inmediación imprescindible para una adecuada valoración de las pruebas personales, carece de fundamento objetivo para alterar la fuerza de convicción que han merecido al Juzgador de instancia unas declaraciones que sólo él ha podido “ver con sus ojos y oír con sus oídos”, en expresión de las SSTS de 30 de enero y 2 de febrero de 1989.



FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

# MODELO DE SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN

FECHA:

HORA:

### ORGANISMO RECEPTOR DE LA SOLICITUD

Nombre del organismo: <b>CNP</b>
Dirección:
Teléfono:
Fax:
Correo electrónico:
Localidad:
Persona que recibe la solicitud (nombre o número de carnet profesional):

### ASISTENCIA JURÍDICA

¿Tiene Vd. abogado que le asista? <b>No</b>
En caso negativo, ¿desea contactar con el servicio de asistencia jurídica del Colegio de Abogados para recibir asesoramiento jurídico? <b>Si</b>

### VICTIMA

Apellidos:	Nombre:
Lugar /Fecha Nacimiento:	Nacionalidad:
Sexo:	
Nombre del padre:	Nombre de la madre:
Domicilio <sup>1</sup> :	
¿Desea que permanezca en secreto?	
Teléfonos contacto <sup>2</sup> :	

<sup>1</sup> En caso de que la víctima manifieste su deseo de abandonar el domicilio familiar, no se deberá hacer constar el nuevo domicilio al que se traslade, debiendo indicarse el domicilio actual en el que reside. Asimismo, el domicilio no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.

<sup>2</sup> El teléfono no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.



FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

¿Desea que permanezca en secreto?	
D.N.I. nº	N.I.E. nº ó Pasaporte nº

**SOLICITANTE QUE NO SEA VÍCTIMA**

Apellidos:		Nombre:	
Lugar /Fecha Nacimiento:		Nacionalidad:	
Sexo:			
Nombre del padre:		Nombre de la madre:	
Domicilio:			
Teléfonos contacto:			
D.N.I. nº		N.I.E. nº ó Pasaporte nº	
Relación que le une con la víctima:			

**PERSONA DENUNCIADA**

Apellidos:		Nombre:	
Lugar /Fecha Nacimiento:		Nacionalidad:	
Sexo:			
Nombre del padre:		Nombre de la madre:	
Domicilio conocido o posible:			
Domicilio del centro de trabajo:			
Teléfonos contacto conocidos o posibles:			
Teléfono del centro de trabajo:			
D.N.I. nº		N.I.E. nº ó Pasaporte nº	

**RELACIÓN VÍCTIMA- PERSONA  
DENUNCIADA**

<p>¿Ha denunciado con anterioridad a la misma persona?</p> <p>En caso afirmativo, indique el número de denuncias:</p> <p>¿Sabe si dicha persona tiene algún procedimiento judicial abierto por delito o falta?</p> <p>En caso afirmativo, indique, si lo conoce, el o los Juzgados que han intervenido y el número de Procedimiento:</p>
--



FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

¿Qué relación de parentesco u otra tiene con la persona denunciada?
---

**SITUACION FAMILIAR**

PERSONAS QUE CONVIVEN EN EL DOMICILIO		
Nombre y apellidos	Fecha Nacimiento	Relación de parentesco

**DESCRIPCIÓN DE HECHOS DENUNCIADOS QUE FUNDAMENTAN LA ORDEN DE PROTECCIÓN**  
(Relación detallada y circunstanciada de los hechos)

<p>Hechos y motivos por los que solicita la Orden de Protección<sup>3</sup></p> <p>Último hecho que fundamenta la solicitud</p> <p>¿Qué actos violentos han ocurrido con anterioridad, hayan sido o no denunciados, contra personas (víctima, familiares, menores u otras personas) o cosas?</p>
--

<sup>3</sup> En caso de que la solicitud de orden de protección se presente ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, este apartado podrá ser sustituido por la toma de declaración de la persona denunciante en el seno del atestado.



FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

¿Alguno ha tenido lugar en presencia de menores?

¿Existe alguna situación de riesgo para los menores, incluida la posibilidad de sustracción de sus hijos o hijas?

¿Tiene el agresor armas en casa o tiene acceso a las mismas por motivos de trabajo u otros?

¿Existen testigos de los hechos? (En caso afirmativo, indicar nombre, domicilio y teléfono)

¿Y otras pruebas que puedan corroborar sus manifestaciones? (Así, por ejemplo, muebles rotos, líneas de teléfono cortadas, objetos destrozados, mensajes grabados en contestadores de teléfono, mensajes en móviles, cartas, fotografías, documentos...)

¿En qué localidad han ocurrido los hechos?

ATENCIÓN MÉDICA

¿Ha sido lesionado/a o maltratado/a psicológicamente?

¿Ha sido asistido/a en algún Centro Médico?

¿Aporta la víctima parte facultativo u otros informes médicos o psicológicos?





FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

En caso de no aportarlo, indicar centro médico y fecha de la asistencia, si ésta se ha producido.

**MEDIDAS QUE SE SOLICITAN**

**MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN PENAL**

En caso de convivencia en el mismo domicilio de la persona denunciada ¿quiere continuar viviendo en el mencionado domicilio con sus hijos o hijas, si los/as hubiere?

¿Quiere que la persona denunciada lo abandone para garantizar su seguridad?

¿Quiere que se prohíba a la persona denunciada acercársele?

¿Y a sus hijos o hijas?

¿Desea que se prohíba a la persona denunciada que se comunique con Vd?

¿Y a sus hijos o hijas?

**MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER CIVIL<sup>5</sup>**

¿Solicita la atribución provisional del uso de la vivienda familiar?

Régimen provisional de custodia, visitas, comunicación y estancia de los hijos o de las hijas:

¿Tiene hijos o hijas menores comunes?

En caso afirmativo, indique número y edades:

¿Desea mantener la custodia de sus hijos o hijas?

¿Desea que su cónyuge / pareja tenga establecido un régimen de visitas en relación con

<sup>4</sup> En caso afirmativo, únase una copia del parte como anejo a esta solicitud.

<sup>5</sup> Estas medidas civiles solamente pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces y precisan para su establecimiento su petición expresa.



FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

**sus hijos o hijas?**

**Régimen provisional de prestación de alimentos.**

**¿Interesa el abono de alguna pensión con cargo a su cónyuge / pareja para Vd. y/o sus hijos o hijas?**

**En caso afirmativo, ¿a favor de quiénes?**

**Si la anterior respuesta es afirmativa, ¿en qué cuantía valora las necesidades básicas de los/as precisados/as de dicha pensión?**

**En caso de riesgo de sustracción de menores, ¿quiere que se adopte alguna medida cautelar respecto?**

**OTRAS MEDIDAS**

**¿Necesita obtener algún tipo de ayuda asistencial o social?**

**¿Tiene la víctima un trabajo remunerado?**

**En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada que percibe, si la conoce:**

**¿Trabaja la persona denunciada?**

**En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada que percibe, si la conoce:**

**¿Existen otros ingresos económicos en la familia?**

**En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada si la conoce:**

**SI LO DESEA, PUEDE SER INFORMARSE SOBRE EL SERVICIO TELEFÓNICO DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN PARA VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO (ATENPRO) EN EL NÚMERO GRATUITO 900.22.22.92**

**JUZGADO AL QUE SE REMITE LA SOLICITUD:**



MINISTERIO  
DEL INTERIOR



DIRECCIÓN GENERAL  
DE LA POLICÍA

### FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

A RELLENAR POR EL ORGANISMO EN EL QUE SE PRESENTA LA SOLICITUD

(Firma del o de la solicitante )

#### **INSTRUCCIONES BÁSICAS**

1. No resulta imprescindible contestar todas las preguntas, aunque sí que es importante hacerlo
2. Una vez cumplimentada esta solicitud, debe entregarse una copia al la persona solicitante. El original debe ser remitido al Juzgado de guardia de la localidad o, en su caso, al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, quedando otra copia en el organismo que recibe la solicitud.
3. Si la víctima aporta parte médico, denuncias anteriores u otros documentos de interés, serán unidos como anejos de la solicitud.



## **CAPÍTULO III**

### **EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO (PERSPECTIVA FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO)**



## I.- Delimitación conceptual

Viene a nuestro pensamiento la clásica afirmación *hegeliana*: “sé persona y respeta a los demás como persona”<sup>219</sup>. A partir de esta proposición, por otro lado vinculada a una raíz *kantiana*<sup>220</sup>, podemos abordar la doctrina que subyace a la concepción del Derecho penal del enemigo. Como señala POLAINO-ORTS<sup>221</sup>, a quien seguiremos a lo largo del desarrollo de este capítulo: “ciudadano es aquel que respeta la norma, se respeta a sí mismo y permite que los demás sean ciudadanos (personas en Derecho); en cambio, enemigo es quien, con su comportamiento, impide que los demás sean personas en Derecho al impedir que puedan orientarse por la norma jurídica, que de esa forma pierde su eficacia y su normal vigencia”.

La primera –y fundamental– cuestión a dilucidar es establecer los límites entre ambos mundos: el de la normalidad y el de la excepcionalidad, el del ciudadano corriente que, con mayor o menor habitualidad, puede delinquir pero que acepta las normas de la sociedad, no obstante su transgresión; y el

---

<sup>219</sup> HEGEL, G.W., *Principios de la Filosofía del Derecho*, editorial Edhasa, Barcelona, 1821, pág. 36.

<sup>220</sup> BUENAGA CEBALLOS, O., *Hegel y el derecho privado. La persona, la propiedad y el contrato*, en “Universitas”, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 20, 2014, pág. 34: “en concreto, Kant, siguiendo con fidelidad el imperativo categórico establecido en sus obras *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* y *Crítica de la Razón práctica*, en el parágrafo 30 de la doctrina de la Virtud (segunda parte de la metafísica de las costumbres), afirma: todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respeto a cada uno de ellos”.

<sup>221</sup> POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, editorial Bosch, Barcelona, 2009, pág. 167.

que atenta contra la estructura social en sí misma considerada, creando inseguridad en el resto de la comunidad, y al que calificamos –nada más y nada menos– como *enemigo*.

Frente a aquellos críticos con el propio concepto del Derecho penal del enemigo al que tachan de autoritario<sup>222</sup>, cabe alegar que JAKOBS formula una concepción funcionalista del mismo, la cual es sumamente garantista por definición y que rota sobre dos ejes fundamentales: la necesidad de dotar de seguridad cognitiva en la vigencia de la norma, a fin de que ésta cumpla su función y oriente conductas; y, en segundo lugar, el imprescindible control de peligrosidad del sujeto sobre el que se pretende aplicar esta concepción del Derecho. En palabras de POLAINO-ORTS, una incorrecta observancia de ambos presupuestos provoca un Derecho penal del enemigo *incorrectamente aplicado*: un Derecho penal del enemigo *ilegítimo*<sup>223</sup>.

Y aquí radica la mayor dificultad de la doctrina *jakobsiana*<sup>224</sup>: cómo identificar cuándo estamos ante un no ciudadano y si resulta legítimo aplicarle una consecuencia –una pena– no normal, no habitual. La respuesta (o respuestas) que podamos ofrecer a este planteamiento nos hará reflexionar

---

<sup>222</sup> Con manifiesto desconocimiento sobre este extremo, CERVANTES RENTERÍA, A. (2017), afirma que “este derecho penal del enemigo sólo es una herramienta del nuevo Ius Capitalismo al servicio de la élite burguesa y la magia y los grandes agentes económicos, puesto que sirve para que a través de medias excepcionales se puedan dar figuras que claramente ayuden a mantener presos a aquellos enemigos que toquen los intereses de estas clases dentro de un mal llamado Estado Democrático de Derecho”. Artículo en <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2017/03/12/critica-al-derecho-penal-del-enemigo/>

<sup>223</sup> *Op. cit.*, pág. 24.

<sup>224</sup> JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2006.



sobre otras cuestiones, como la posibilidad que ambos mundos ofrezcan una comunicación bidireccional, si fuera posible<sup>225</sup>; los resultados y beneficios de aplicar semejante concepción; y, fundamentalmente, si debemos perseguir la reinserción del enemigo o su mera inocuización o, en definitiva, la propia legalidad/constitucionalidad de una normativa inspirada en semejantes principios. En definitiva, ¿qué es o, mejor dicho, qué implica ser calificado como enemigo? Como advertimos, POLAINO-ORTS afirma<sup>226</sup> que JAKOBS asume una concepción funcionalista de enemigo, lo que implica una serie de características muy determinadas, entre las que destacamos, por encima de todas, estas dos:

- *Normativismo*, es decir, tanto la persona como el enemigo exigen para su definición el *tertium comparationis* de la norma jurídica. Con independencia de la norma jurídica no puede decirse quién es persona y quién es enemigo, sino que alguien será persona o enemigo en función de si respeta sustancialmente la norma o de si se opone frontalmente a ella<sup>227</sup>.
- *Relativismo*, por cuanto no abarca todos los aspectos que se predicen del sujeto. Queremos con ello decir que una persona puede ser, al mismo tiempo, enemigo y ciudadano; por tanto, cabe una *despersonalización*<sup>228</sup> parcial del sujeto. De igual manera, la cualidad de enemigo se predica

---

<sup>225</sup> Lo niega POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, 2009, pág. 170: “no puede establecerse *a priori* el tránsito de la personalidad a la enemistad, ni viceversa. No es factible ello”.

<sup>226</sup> El citado profesor de la Facultad de Derecho de Sevilla es discípulo del maestro de Bonn, configurador del presente sistema funcionalista, quien prologa la obra citada.

<sup>227</sup> *Op. cit.*, pág. 177.

<sup>228</sup> *Op. cit.*, pág. 184.

respecto de una *situación concreta*<sup>229</sup> y no respecto de todo el ámbito de actuación normativa de la persona.

Por tanto, no estamos ante una construcción sencilla. Desde el momento en que nos centramos en el sujeto y no en el hecho, habrá quien defienda una suerte de nostalgia hacia el denostado Derecho penal de autor<sup>230</sup>. De hecho, no faltan autores<sup>231</sup> que consideran el Derecho penal del enemigo una vuelta al derecho penal de autor. Por el contrario –y aquí vemos una de las garantías de la teoría *jakobsiana*– interesa la persona, es cierto, pero siempre en cuanto foco de peligro, esto es, como creador de un riesgo que la sociedad no debe soportar en tanto afecta a la seguridad cognitiva de los ciudadanos.

Así entraríamos de lleno en el debate acerca de qué comportamientos llegan a afectar a las bases del Estado de Derecho, hasta el punto que justifiquen este incremento en las penas y, en ciertos casos, el adelantamiento de la punibilidad que el Derecho penal del enemigo representa. Hoy en día parece existir cierto consenso en que semejantes comportamientos afectarían a fenómenos como los delitos de terrorismo, el tráfico de drogas y –cómo no– la

---

<sup>229</sup> *Op. cit.*, pág. 183.

<sup>230</sup> La Escuela de Kiel representó el más extremo estadio en la subjetivización o espiritualización de un sistema jurídico-penal ideológicamente escorado en la negación de las garantías del principio de legalidad penal. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2017.

<sup>231</sup> Por todos, PÉREZ MACHÍO, A.I., *La perspectiva de género en el Código penal: especial consideración del artículo 153 del Código penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010, págs. 328 y 329.

Por su parte, QUINTERO OLIVARES habla de “deslizamiento” hacia un derecho penal de autor, *La deriva y crisis de las ideas penales y de la política criminal en España*, en Octavio de Toledo, E. y otros (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 934.

violencia sobre la mujer. En delitos como éstos observamos que el bien jurídico protegido es global o colectivo, y no meramente individual, donde ese interés común justificaría medidas excepcionales (pese a la confesión del fracaso que ello implica; en efecto, se plantea que el Estado de Derecho debe o puede negarse frente a quienes, precisamente, buscan socavar sus principios estructurales).

Varias consecuencias cabe derivar de tales consideraciones. Se ha señalado que se está produciendo una transición del modelo de delito de lesión de bienes individuales hacia un modelo de peligro de bienes supra-individuales<sup>232</sup>. Estos últimos son aquellos que la propia colectividad, organizada políticamente en forma de Estado, exige para su seguridad; por tanto, la pregunta sería: ¿y resulta necesario para ello sacrificar garantías normativas? Evidentemente, sólo desde la norma podemos valorar si se ha producido quiebra de la misma. De ahí que defendamos el valor de la concepción normativista de JAKOBS, como presupuesto necesario, aunque no suficiente.

Desde una óptica crítica del sistema funcionalista *jakobsiano*, ha señalado SCHÜNEMANN que la concepción (normativista) de JAKOBS “necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la

---

<sup>232</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.<sup>a</sup>, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, (3ª ed. amp.), editorial Edisofer, Madrid, 2011, pág. 98.

jurisprudencia<sup>233</sup>”: la cuestión es que –en su opinión– no existe un Derecho penal del enemigo como tal. No podemos buscar sus artículos en el Código penal. De ahí que la valore más como una concepción de Política criminal, una evolución o una consecuencia de la mayor presencia actual del Estado en la vida de sus ciudadanos, bajo el pretexto de dotar a los mismos de una mayor seguridad. O, desde el mismo punto de vista, por la necesidad de proteger conceptos tan indeterminados como perfectamente arraigados tales como el “orden público” o la “paz pública”<sup>234</sup>.

No obstante, mucho habría que reflexionar sobre el concepto de *riesgo*<sup>235</sup>. En nuestros días, la modernización y las nuevas tecnologías han modificado incluso las relaciones comerciales, ya completamente transnacionales, que ha llevado aparejada una delincuencia también de naturaleza global. Esta expansión resulta imparable. Por tanto, debemos asumir el riesgo inherente a estas actividades, regularlas y no prohibirlas.

---

<sup>233</sup> SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia jurídico-penal alemana*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 49, fasc. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pág. 189.

<sup>234</sup> ASÚA BATARRRITA, A., *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Echano Basaldúa, J.I. (Coord.), Universidad de Navarra, 2002, pág. 80: “el bien jurídico supraindividual opera como concepto que sintetiza las condiciones básicas de seguridad y libertad de la población en general, o de grupos de personas más o menos indeterminadas afectadas de forma más intensa por el mensaje coercitivo”.

<sup>235</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo*, en Revista “Nuevo Foro Penal”, nº. 69, Univ. EAFIT, Colombia, 2006, pág. 69, considera el concepto de riesgo permitido como configurador básico en la dogmática penal, conformando un nuevo Derecho Penal, claramente mediatizado por una concepción social de la idea de seguridad, sobrevalorada, que ha determinado una expansión del Derecho Penal; pero también, simultáneamente, una nueva orientación de sus principios básicos, ahora tendentes a evitar o aplacar la alarma social.

Todo ello se enmarca en el ya manido debate de la legitimidad del Derecho penal<sup>236</sup>, y en la adopción de una concepción expansionista o abolicionista del mismo. Sin embargo, en estos momentos, el debate ha dado un paso más allá. En nuestros días, no nos interesa tanto fijar los límites del ordenamiento punitivo, cuando ya hemos comprobado que éstos resultan contingentes y permeables a la evolución social y a las propias exigencias de los ciudadanos (por ejemplo, con la consideración de ciertos ilícitos como delitos o como meras infracciones administrativas); como interesar en nuestros días el contenido de esta potestad punitiva y los límites hasta los que el legislador puede alcanzar su potestad normativa.

Es en este contexto general donde se sitúa la construcción del denominado “Derecho penal del enemigo” Por consiguiente, más que una consideración iusfilosófica, semejantes planteamientos tienen un reflejo fiel en la legislación sobre violencia de género<sup>237</sup>, en general, y en el delito de quebrantamiento de condena, en particular. En efecto, el art. 468 apartado 2 del CP atribuye la pena más grave de las previstas en el mismo cuando *el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2*<sup>238</sup>. Por tanto, parece evidente que no estamos atendiendo a la conducta prohibida,

---

<sup>236</sup> *Op. cit.*, pág. 67.

<sup>237</sup> *Vid.*, con relación al art. 153 del Código penal, POLAINO NAVARRETE, M., *La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras*, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, editorial Comares, Granada, 2008, pág. 58.

<sup>238</sup> Redacción otorgada por el art. 40 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En su Exposición de Motivos, el legislador confiesa que, con estas modificaciones, “la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza”.

sino a la personalidad de su autor<sup>239</sup>, en cuyo subconsciente el legislador es capaz de penetrar para atribuirle la más grave de las penas contempladas en el tipo, dado que si ofende a algunas de las víctimas de la violencia sobre la mujer o doméstica resulta claramente merecedor de ella.

El problema es que el tipo penal atiende exclusivamente a la víctima, en cuanto demuestra un grado de afectividad o parentesco con el victimario, para fijar el grado más alto de pena, sin que el juzgador pueda valorar el resto de circunstancias concurrentes. De hecho, la circunstancia legal contemplada es objetiva y, en consecuencia, no admite prueba en contrario: o concurre o no, pero no cabe desvirtuarla en modo alguno. Por todo ello defendemos que, como reflejo de la legislación de la violencia de género española, el artículo 468.2 del CP es un claro ejemplo<sup>240</sup> de Derecho penal del enemigo. Como señalara JAKOBS, lo que se persigue la pena es la eliminación de un peligro, esto es, su neutralización o combate<sup>241</sup>, de la que es merecedor por la peligrosidad acreditada de sus comportamientos.

---

<sup>239</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pág. 175.

<sup>240</sup> Como indica DE LA CUESTA ARZAMENDI, al margen de propiciarse la aplicación de penas más graves, se trataba de facilitar la imposición de la prisión provisional. El mismo autor alude a las diversas posiciones favorables a la reforma desde las que se insiste, además de subrayar las necesidades de intensificar el efecto preventivo de la intimidación y de reforzar la percepción social de la entidad de estos comportamientos, en razones de eficacia en la persecución. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *De la política penal hacia una política Victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica*, en “Estudios de Victimología, Actas del I Congreso Español de Victimología”, TAMARIT SUMALLA, J.Mª., (Coord.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 229 y ss.

<sup>241</sup> Citado por POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, editorial Bosch, Barcelona, 2009, pág. 271.

Pero el planteamiento no deja de ofrecer dudas, a mi entender. Por un lado, se reconoce la posibilidad que un mismo sujeto sea considerado ciudadano –por ejemplo– en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial y, simultáneamente, enemigo en el contexto de la violencia doméstica. Sin embargo, el ordenamiento jurídico es único, lo cual no casa bien con la asignación de distintas funciones de la pena. A los infractores se les somete al mismo procedimiento y con idénticas garantías, por lo que existe comunicación con el ciudadano y también con el enemigo<sup>242</sup>. Por otro lado, no hay una verdadera valoración de la peligrosidad real del sujeto, la cual resulta fundamental para legitimar esta doctrina. Al apreciar la concurrencia de circunstancias exclusivamente objetivas, el agresor no tiene defensa y se atribuye *iuris et de iure* la producción de un déficit de seguridad cognitiva que, a la postre, legitima la imposición de la mayor pena.

En definitiva, la aplicación de esta concepción no es más que una despersonalización del delincuente. A éste le reconocemos libertad para infringir la norma; pero, a continuación, y dependiendo del sector normativo infringido, le adjudicamos una serie de consecuencias sobre las que no cabe alegar. Ello atenta contra la propia dignidad humana<sup>243</sup>, al negar semejante ámbito de libertad.

---

<sup>242</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht*, 2007, citado por POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág. 285.

<sup>243</sup> El Derecho penal democrático y del estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso: GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 242.

A lo largo de los siguientes apartados de este capítulo, trataremos de ahondar en las aludidas cuestiones, que vemos íntimamente relacionadas con el delito de quebrantamiento de condena, en general, todas aquellas incardinadas en el ámbito de protección de la violencia del varón sobre la mujer.



## **II.- Concepción realista de la norma jurídica**

Como toda rama social, el Derecho no es neutro, y esta falta de centralidad resulta más determinante en el sector del ordenamiento que impone las más graves restricciones a sus ciudadanos: el Derecho penal. Si bien es cierto que la norma penal es aquella que asocia una pena a un determinado hecho delictivo; no resulta menos verdadero que, con el paso del tiempo, se incriminan nuevos comportamientos y, de igual modo, abandonan la tutela penal otras actuaciones que, hasta ese momento, se consideraban merecedoras del mayor reproche sancionador.

Por tanto, las normas ofrecen un evidente contenido moral. Sólo de este modo se comprenden las diferentes evoluciones legislativas. En la descripción positiva por la norma de hechos socialmente relevantes, están incursos valores predominantes en una cierta época y para una determinada sociedad los cuales, que por un lado permiten esa des/tipificación histórica de los delitos y, por otro, impiden que los textos legales sean perfectamente extrapolables entre los diferentes órdenes punitivos nacionales.

Surge rápidamente en este punto la necesidad de plantearnos una serie de valores permanentes, inmutables y ahistóricos, propios del Derecho Natural más clásico; frente al mayor de los relativismos, que confiesa su escepticismo en la existencia de valores universales y que se apoya en la diversidad de los diferentes ordenamientos punitivos.

Cuando se menciona el relativismo, resulta inevitable referirse a Gustav RADBRUCH<sup>244</sup>. En 1932 publica la tercera edición de su *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, en esta ocasión sintetizando la formulación de su título en *Rechtsphilosophie*. El propio autor reconoce en el prólogo que “más que una nueva edición es casi un nuevo libro”. Pero, en cualquier caso, la posición ideológica del autor es la misma: sigue siendo racionalista y relativista. Racionalista, porque confía en que a través de la razón se puede conocer mejor el mundo; relativista, porque no puede demostrarse “racionalmente” la superioridad de una ideología política sobre las demás. Al respecto enfáticamente afirma: “el relativismo nos enseña que hemos de ser decididos en nuestras posiciones, a la par que justos en las ajenas”<sup>245</sup>.

Y parece que el tiempo le ha dado la razón: hoy en día asistimos a la coexistencia de normativas nacionales que conviven con fragmentarias regulaciones supranacionales. Es justo reconocer que estos fenómenos de integración jurídica se producen en sectores donde no existen grandes tradiciones jurídicas que exijan conservar ciertas particularidades; en cambio, en los sectores más técnicos, como el tributario<sup>246</sup>, resulta mucho más sencillo imponer legislaciones comunes a diferentes Estados, como ocurre en el ámbito de la Unión Europea.

---

<sup>244</sup> 1878-1949.

<sup>245</sup> La cita se recoge en el libro de MARTÍNEZ BRETONES, M.V., *Gustav Radbruch: vida y obra*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pág. 60.

<sup>246</sup> Por todas, Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Última redacción Directiva (UE) 2018/912 del Consejo, de 22 de junio de 2018. DOCE de 27 de junio.

Tampoco parece difícil consensuar acuerdos en el ámbito penal, dados los fenómenos de delincuencia transfronteriza o de asociacionismo criminal internacional que la informática y los medios de comunicación y desplazamiento permiten en nuestros días: estafas internacionales, blanqueo de capitales, tráfico de estupefacientes, organizaciones terroristas y cibercriminalidad, en sus diferentes acepciones; a título meramente ejemplificativo. Todo ello provoca que la redacción y entrada en vigor de diferentes instrumentos internacionales constituya una necesidad, por lo demás, aceptada y exigida socialmente.

Sin embargo, ni siquiera en el ámbito comunitario, se ha transferido a las instituciones europeas la potestad legislativa para dictar normas de naturaleza penal<sup>247</sup>. Son, por tanto, los Estados nacionales los únicos legitimados (no hay cesión de soberanía nacional) para elaborar el ordenamiento punitivo propio de cada uno de ellos, lo que no obsta –y, por otra parte, justifica– la elaboración de instrumentos de reconocimiento y cooperación mutuos entre los diferentes Estados miembros<sup>248</sup>.

Volviendo al comienzo de nuestra exposición, el hecho de defender una concepción realista<sup>249</sup> de la norma jurídica resulta más acorde con la realidad

---

<sup>247</sup> BLANCO CORDERO, I., *El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*, en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, 2004, Núm. 6. Art. 5, pág. 2. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>

<sup>248</sup> Aunque no para España, la más eficaz de estas herramientas, es la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). Publicado en DOCE, el 18 de julio de 2002.

<sup>249</sup> KANTOROWICZ, H., *Some rationalism about realism*, en “The Yale Law Journal”,

del tiempo que nos ha tocado vivir, donde el papel de los operadores jurídicos resulta determinante y fundamental. El concepto del Derecho de los realistas, su tesis sustantiva, es la siguiente: el Derecho no es un cuerpo normativo, no es un deber, sino una realidad fáctica. Es el comportamiento real de ciertas personas, especialmente los oficiales del derecho, más especialmente de los jueces que crean el Derecho, es a través de sus decisiones, que se construye el Derecho<sup>250</sup>.

A estos autores les interesa, sobre todo, la aplicación de la norma o, mejor dicho, su eficacia, de la que hacen depender su vigencia. Y esta concepción –advertimos– ha profundizado de manera transversal nuestro ordenamiento jurídico, en gran medida, por el movimiento catártico que ha supuesto todo lo relacionado con la violencia doméstica y de género dentro del sistema legal español. Esta nueva normativa, no sólo transgrede tradicionales principios del Derecho español (infracción de principio de proporcionalidad y de igualdad, creación de órganos jurisdiccionales específicos, etc.), sino que trata de convertir a los operadores jurídicos en meros autómatas en orden a la imposición de sanciones penales, lo que a sensu contrario supone reconocer que existe un margen de valoración que puede impedir (porque, de una valoración de las circunstancias concurrentes, así se estime) que la instrucción de un asunto de violencia de género acabe en condena.

---

New Haven (USA), 1934, vol. 43, pág. 1243. Disponible en: <http://digital commons.law.yale.edu/yj/vol43/iss8/2>.

<sup>250</sup> *Op. cit.*: The realists' conception of the Law, their substantive thesis, is therefore: the Law is not a body of rules, not an Ought, but a factual reality. It is the real behavior of certain people, especially of the officials of the Law, more especially of the judges who make the Law through their decisions, which, therefore, constitutes the Law.

Más adelante analizaremos<sup>251</sup> una serie de estadísticas que muestran la mayor presencia del tipo de quebrantamiento en la práctica forense: incremento de procedimientos de instrucción, aumento del número de sentencias y, asimismo, mayor frecuencia en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional.

No es casual que la medida 225 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género (2017)<sup>252</sup> prevea “ampliar la formación especializada que reciben los profesionales de la Administración de Justicia, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de prevención de la violencia de género y en materia de trata, llevando estos contenidos también a los jueces de familia y de menores, además de a los juzgados especializados en violencia de género. Estructurarla en planes que contemplen una formación transversal, estable, multidisciplinar y evaluable”<sup>253</sup>.

Todas estas previsiones confiesan una valoración judicial de las circunstancias concurrentes que pueden suponer, por ejemplo, la no adopción de medidas de protección sobre la mujer que denuncia ser víctima de un delito de género; o, más concretamente, en el ámbito del delito de quebrantamiento,

---

<sup>251</sup> Apartado 5 de este mismo Capítulo.

<sup>252</sup> Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados del día 28 de septiembre de 2017.

<sup>253</sup> En cumplimiento de este Pacto y a instancias del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, el CGPJ ofrecerá dentro de su oferta formativa, cursos de violencia de género a los magistrados adscritos a juzgados que compatibilizan con otras materias, que serán preceptivos para los titulares de órganos exclusivos. Visto en *Eldiario.es*, versión de 19/09/2018.

Disponible en [https://www.eldiario.es/sociedad/Poder-Judicial-formacion-violencia-exclusiva\\_0\\_816118871.html](https://www.eldiario.es/sociedad/Poder-Judicial-formacion-violencia-exclusiva_0_816118871.html)

una no agravación (por ejemplo, mediante la ampliación del radio de alejamiento o inclusive, en los supuestos de mayor peligrosidad, con la prisión provisional) de las ya adoptadas anteriormente. En nuestros días, existe una injustificable –e injustificada– corriente de pensamiento que afirma que la falta de adopción de medidas de protección no responde a la ausencia de fundamento de la denuncia, sino a la falta de sensibilidad de los jueces y fiscales<sup>254</sup>.

Es decir, puede deducirse la realización de un intento por parte del legislador de acotar el mayor ámbito posible de libertad de los juzgadores para que éstos se vean abocados a adoptar una o varias de las medidas previstas para la protección de las víctimas de violencia de género.

Los jueces están obligados a resolver todos aquellos asuntos de los que conozcan y no pueden ampararse en la ausencia de derecho para abstenerse de decidir<sup>255</sup>. En ocasiones, estos mismos jueces han adoptado una visión “moderna”, entendida como adaptación progresista de una cierta normativa a una nueva realidad o, cuanto menos, a una nueva exigencia social. Piénsese en

---

<sup>254</sup> Para las asociaciones judiciales, el Real Decreto-ley 9/2018, aprobado el 3 de agosto de 2018, “deja en manos de las administraciones la decisión de qué es y qué no es una víctima de violencia de género cuando debe ser el juez en un procedimiento judicial quien lo determine”, según afirma Raimundo PRADO, portavoz de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria; y, por su parte, Celso RODRÍGUEZ, portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura, alude a que “colocar en el mismo plano un informe y una sentencia no es de recibo”. Publicado en *La Vanguardia*, el día 21 de agosto de 2018. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/politica/20180821/451401358477/jueces-intrusismo-decreto-ley-violencia-machista.html>

<sup>255</sup> Art. 1.7. Código Civil español: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

cómo ha sido la jurisprudencia –primero europea, nacional después– la que ha atendido a un amplio sector de la población fuertemente azotado por la crisis económica padecida desde el año 2008 hasta el año 2014, aproximadamente. Así, sin necesidad de novedad legislativa alguna, estos magistrados lograron adaptar una amplia legislación en materia de protección al consumidor hasta asentar una doctrina sobre la abusividad de las cláusulas contractuales impuestas unilateralmente –y en su solo favor– por las entidades bancarias, hasta el punto en que éstas han tenido que doblegarse, admitir esta nueva corriente, reembolsar importantes cantidades de dinero y adaptar toda su operativa a esta nueva perspectiva judicial.

Pues bien, en el ámbito de la violencia sobre la mujer, el legislador español persigue instaurar una jurisprudencia de intereses, desconocida en nuestra tradición jurídica, y cuyo objetivo es que los jueces obtengan el derecho necesario para resolver los casos que se les plantean del modo más respetuoso con los intereses que había querido proteger el legislador<sup>256</sup>. Pero, en este caso, existen notables diferencias con el supuesto anterior: así, para el supuesto de las declaraciones de abusividad de las prácticas bancarias (cláusulas suelo, de vencimiento anticipado, de atribución de gastos e impuestos<sup>257</sup>, de intereses usurarios de demora...), se ha desarrollado una

---

<sup>256</sup> GARCÍA SALGADO, M.J., *La jurisprudencia de intereses antes y después del nacionalsocialismo*, en BLÁZQUEZ RUÍZ, F.J. (Coord.), *Nazismo, Derecho, Estado*, editorial Dykinson, Madrid, 2014, pág. 215.

<sup>257</sup> La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia número 1505/2018, de 16 de octubre, ha señalado que quien debe abonar el impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria es la entidad prestamista, no quien recibe el préstamo. Obtenido del portal

actividad de abajo hacia arriba, más propia de un sistema de *Common Law* que de un Derecho europeo continental. En efecto, aprovechando la normativa ya existente, han sido los órganos judiciales inferiores los que han ido creando una jurisprudencia que, por su reiteración y homogeneidad, se ha ido asentando y posteriormente confirmando por los tribunales superiores. Y todo ello gracias a la sensibilidad de los miembros del Poder Judicial (e incluimos en este ámbito a las instituciones comunitarias<sup>258</sup>), reconociendo una situación de dominación y abuso por parte de las entidades bancarias, dominadoras del mercado hipotecario, frente a una amplia población, desprotegida y en un contexto grave de crisis económica.

Por el contrario, en el marco de la violencia de género, el legislador no se ha mantenido al margen. Desde la promulgación de la Ley Orgánica de 2004, ha venido implementando numerosas medidas tanto legislativas como administrativas que entendía necesarias (y por parte de todas las Administraciones Públicas)<sup>259</sup> en orden a conseguir la protección de la víctima

---

noticias.juridicas.com. Verificado el 18 de octubre de 2018.

<sup>258</sup> Art. 4 bis 1. LOPJ: “1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

<sup>259</sup> A modo ejemplificativo, en la Comunidad Autónoma andaluza se ha publicado la siguiente normativa propia en materia de igualdad de género:

Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

Ley 18/2003, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas. Junta de Andalucía. (Artículos relacionados con el impacto de género).

Decreto 275/2010, de 27 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de Género en la Administración de la Junta de Andalucía.



y –por qué no decirlo– el castigo del culpable. Más que responder a una necesidad social, el legislador ha decidido actuar sobre una realidad social y lo ha hecho con inacostumbrada contundencia, poniendo al servicio de los operadores jurídicos y de los servicios sociales toda suerte de medios materiales<sup>260</sup>.

El legislador ha entendido que, pese a dotar a los órganos judiciales de suficientes herramientas jurídicas, éstas no se estaban aplicando con suficiente

---

Orden de 24 de noviembre de 1992, conjunta de la Consejería de Gobernación y de la Consejería de Asuntos Sociales, sobre la eliminación del lenguaje sexista en los textos y documentos administrativos.

Código de la Mujer. Legislación sobre Igualdad de Género en Andalucía.

Instrucción de 16 de marzo de 2005, para evitar un uso sexista del lenguaje en las disposiciones de carácter general de la Junta de Andalucía.

Decreto 440/2010, de 14 de diciembre, por el que se regula la elaboración del Informe Periódico, relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito competencial de la Administración de la Junta de Andalucía.

Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

I Plan Estratégico para la Igualdad de mujeres y hombres en Andalucía, 2010-2013.

Informe de seguimiento IMHA-BALANCE 2010.

Informe periódico Ley 12/2007.

Realidad mujeres y hombres Andalucía 2010.

Decreto 17/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la elaboración del Informe de Evaluación del Impacto de Género.

<sup>260</sup> El Pacto de Estado contra la Violencia de Género recoge en su propuesta de actuación número 206 un incremento del 20% del presupuesto de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género respecto del ejercicio 2017. Para los ejercicios 2019, 2020, 2021 y 2022 ese incremento será de otro 15% anual con relación al ejercicio inmediatamente anterior.

Por su parte, las partidas de los PGE relacionadas con las mayores o nuevas medidas de ámbito estatal contra la violencia de género serán incrementadas en 80 millones de euros adicionales al año, durante los próximos cinco años.

intensidad, por lo que resultaba necesario crear una normativa específica, una suerte de Derecho penal especial, que constriña a los juzgadores; en definitiva, que limite la libertad de éstos a la hora de adoptar medidas. El caso más representativo es el del art. 57.2 del Código Penal, el cual, para 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, en el contexto de la violencia doméstica y de género, ordena la aplicación de la pena de prohibición de aproximación<sup>261</sup> a la víctima por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

La cuestión es que esta pena adicional se configura como de obligada inclusión en la sentencia condenatoria. El Ministerio Fiscal debe solicitarlo en su escrito de acusación; pero, en todo caso, se trata de una consecuencia automática, que opera *ex lege* y que, fuera del ámbito de la violencia doméstica y sobre la mujer, es potestativa para el órgano sentenciador.

Parece como si el legislador no hubiera querido correr riesgos con la discrecionalidad judicial en este tema. Fenómenos jurisprudenciales como el de las cláusulas bancarias, no pueden suceder cuando de violencia sobre la mujer se trata. Y el cuerpo de legisladores va implementando progresivamente medidas que disminuyan la esfera de libertad de los jueces. Como ejemplo,

---

<sup>261</sup> Art. 48.2 CP.

frente a las previsiones del mencionado Pacto de Estado de 2017<sup>262</sup>, nuestro Alto Tribunal, en su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, del día 23 de enero de 2018<sup>263</sup>, afirma:

*“1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.*

*2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”.*

Resulta evidente que existe tensión entre los poderes legislativo y judicial. Así, si en cuestiones como el art. 57.2 del CP la magistratura ha asumido las reglas publicadas; en otras cuestiones, como la dispensa de declarar, se ha mostrado firme y contundente ¿por criterios científicos?

Ante lo expuesto, no resulta sencillo decantarnos por una de las dos opciones. Parece evidente que, sobre todo en materia penal, resulta imposible e inconveniente eliminar o restringir en exceso la esfera de libertad de los jueces –con la intervención, no olvidemos, del Ministerio Público, ese gran

---

<sup>262</sup> Medida 117.

<sup>263</sup> Acuerdo que, por lo demás, supone un giro radical a sus posiciones anteriores. Las SSTS núm. 449/15, de 14 de julio y núm. 209/2017, de 28 de marzo, aseguraban que la asunción por la víctima de la condición de parte procesal mediante su personación como acusación particular, implicaba la no posibilidad de acogerse a la dispensa, incluso en el supuesto de que la víctima se retirara de la acusación con posterioridad.

olvidado a la hora de atribuir competencias y asumir responsabilidades– si no queremos desembocar en una figura meramente ritual, convirtiendo a cualquier varón denunciado por violencia sobre la mujer en un condenado “de facto”. Pero el exceso judicial presenta innumerables inconvenientes<sup>264</sup>: el principal, la inseguridad jurídica, incompatible con un Estado que se defina como “de Derecho”. Tampoco los jueces pueden estar por encima de la ley. Como siempre, en medio está la virtud<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> No resulta desconocida la expresión “populismo judicial”, entendida como la tendencia de los juzgadores en conceder la razón a los pequeños consumidores frente a las grandes empresas; aunque para ello resulte necesario *retorcer* el ordenamiento más allá de lo razonable.

Visto en el periódico *El País*, en su edición de 4 de marzo de 2016. Disponible en [https://elpais.com/elpais/2016/03/02/opinion/1456945637\\_792420.html](https://elpais.com/elpais/2016/03/02/opinion/1456945637_792420.html)

<sup>265</sup> ARISTÓTELES, *De la naturaleza de la virtud. Moral a Nicómaco*, Libro Segundo, capítulo VI: “en igual forma no hay para estos actos culpables, ni medio, ni exceso, ni defecto; sino que de cualquier manera que se tome, siempre es criminal el que los cometa; porque no es posible que haya un medio, ni para el exceso, ni para el defecto, como no puede haber ni exceso ni defecto para el medio”.

### III.- La idea de peligrosidad y su abuso en el Estado de Derecho

Si algo caracteriza la doctrina del Derecho penal del enemigo y legitima su vigencia es la idea de peligrosidad que un sujeto representa, por su actuar precedente, y que obliga a su neutralización<sup>266</sup>.

Si entendemos por enemigo<sup>267</sup> quien pone en jaque las propias estructuras del Estado de Derecho o, desde una concepción funcionalista, aquel que impide la vigencia de la norma porque no las acepta y, por tanto, una vez cumpla su condena, volverá a transgredirlas, ¿qué podemos hacer con este tipo de personas? ¿cómo neutralizar este foco de peligro sin excluirlas completamente de la sociedad? Cuando alguien delinque, su comportamiento se acepta como algo inherente a la propia naturaleza humana o, si se prefiere, inevitable<sup>268</sup>. Ahora bien, se persigue que ese delincuente no vuelva a reincidir y no cometa más delitos, de igual o diferente naturaleza. Desde esta perspectiva, ello sólo es asumible si partimos de la base que el infractor conoce las normas, las acepta y aplicando un juicio de beneficios/

---

<sup>266</sup> JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., editorial Civitas, Madrid, 2006, pág. 25: “la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”.

<sup>267</sup> POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, editorial Bosch, Barcelona, 2009, pág. 37: “enemigo es quien, con su comportamiento, imposibilita o dificulta que los demás se orienten por la norma”.

<sup>268</sup> POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág. 91: “para el Funcionalismo penal lo excepcional es ser enemigo, mientras que lo usual y frecuente es que sea persona en Derecho”.

inconvenientes<sup>269</sup>, decide delinquir. Pero tal sujeto es siempre reinsertable: por ejemplo, desde un punto de vista grosero, si un ladrón de poca monta recibe un premio cuantioso en la lotería, dejará de robar porque ya ha obtenido los recursos de los que antes carecía; en definitiva, delinquir ya no le resultaría rentable.

Ahora bien, todo ello no deja de ser un planteamiento teórico. Así, la reincidencia, como circunstancia modificativa de la responsabilidad, se aprecia con enorme frecuencia en las sentencias condenatorias y el delito de quebrantamiento es un claro ejemplo de fracaso en los fines de prevención especial de la pena. Sin embargo, ya sea por principios éticos, ya sea por el propio mandato constitucional<sup>270</sup>, lo cierto es que la sociedad no abandona a ninguno de los suyos, ni se aburre con los fracasos: se trata de insistir en la idea que el sujeto puede abandonar su carrera delictiva si se le dan suficientes oportunidades para ello.

Desde el otro punto de vista, de vuelta hacia los enemigos. Los terroristas tratan de socavar el fundamento mismo de nuestro Estado democrático. Al igual que antes ocurría en nuestro país con los miembros de la banda ETA; ahora somos conscientes que los jihadistas, una vez neutralizados,

---

<sup>269</sup> Para SILVA SÁNCHEZ, J.M.<sup>a</sup>, *Eficiencia y Derecho penal*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1966, pág. 99, “el pensamiento económico de la criminología, en efecto, no busca la respuesta a la pregunta acerca de por qué delinquen los hombres en condiciones de la personalidad o del ambiente, sino que trata de explicar la criminalidad como un comportamiento basado en la decisión racional que trata de maximizar el beneficio: tanto los hombres en general, como los delinquentes en particular, responden a incentivos en este sentido”.

<sup>270</sup> Art. 25.2 CE.

volverán a intentar socavar nuestras instituciones, si los dejamos volver a formar parte de nuestra sociedad. Aquí no hay ningún acto de razonamiento previo por el que el terrorista sopesa si le beneficia o no cometer el delito; simplemente, persigue unos fines demenciales y trata de poner los medios necesarios para ello, sin pensar en las consecuencias o afrontándolas sin más, por cuanto no existe circunstancia alguna que le pueda disuadir de su criminal proceder. Es en estos casos cuando cabe utilizar una terminología de combate, para demostrar esa mayor gravedad de los comportamientos analizados que, por un básico principio de proporcionalidad, debe llevar aparejada una mayor consecuencia penal<sup>271</sup>.

Pero ahora nos enfrentamos con las conclusiones más negativas de esta doctrina, la del Derecho penal del enemigo. En efecto, en el ámbito de las organizaciones terroristas, no aparecen grandes dificultades que obsten su vigencia y aplicación; todo ello, bajo el pretexto de una exigencia<sup>272</sup> de mayor gravedad de las penas y, sobre todo, de equiparar un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia con el pronunciamiento de una sentencia condenatoria sobre los enjuiciados. Pero debemos concluir que se trata de un supuesto extremo, si lo valoramos dentro del conjunto de los tipos delictivos.

---

<sup>271</sup> E incluso una relajación de las garantías procesales. A título de mero ejemplo, el art. 17 CE fija un plazo máximo para la detención preventiva de 72 horas, previsión que tiene su traducción en el art. 520 LECrim. No obstante, el art. 55.2 del texto constitucional prevé que puedan suspenderse determinados derechos, entre ellos, el plazo máximo de detención; ello habilita al art. 520 bis LECrim. para incrementar este plazo máximo en otras 48 horas para los supuestos de personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes.

<sup>272</sup> Cabe reflexionar al respecto: ¿de dónde viene esta exigencia? ¿realmente la sociedad exige una rápida detención de los sospechosos y su condena a penas más graves y de larga duración?

Así, de los datos estadísticos facilitados por la propia Fiscalía General del Estado, podemos colegir que los diferentes tipos que componen la familia de los delitos relacionados con el terrorismo son completamente residuales en nuestro país, afortunadamente.

Año	2017	2016	2015	2014
Sentencias por Terrorismo	14	9	28	12
Sentencias Totales	254608	246937	245834	241039

Los porcentajes de sentencias dictadas, a nivel nacional, por estos tipos delictivos es puramente residual y no ofrecen significación alguna (por debajo del 0,01 por ciento).

La cuestión se torna mucho más compleja cuando tratamos de extender los efectos de esta doctrina a otros ámbitos, como el de la violencia de género. La pregunta inicial que debemos plantearnos es la siguiente ¿es realmente enemigo quien agrede a la mujer? O, desde otro punto de vista: ¿la legislación sobre violencia de género o familiar en España es un ejemplo de Derecho penal del enemigo?

Pues no resulta una pregunta fácil de contestar. Lo cierto es que puede ser perfectamente compatible –y suele ser lo habitual– que un varón lesione a



su pareja sentimental y cumpla con el resto de deberes como ciudadano. Ya hemos visto que se puede ser enemigo sólo parcialmente<sup>273</sup>. En realidad, lo que hay es una búsqueda de legitimación de una agravación generalizada de las penas como respuesta al peligro que el sujeto representa y ante la creencia cierta –aunque nadie explica de dónde procede semejante certeza– que el sujeto volverá a delinquir. Ahí es donde el quebrantamiento de condena tiene toda su lógica y sentido.

Las consecuencias son claras: lo más importante es evitar que este sujeto siga delinquirando y adoptar las medidas necesarias para asegurar que no lo vaya a hacer en el futuro, lo que determina un juicio de peligrosidad. Es decir, hay una quiebra de confianza en el ciudadano, por la lesión causada a los bienes jurídicos protegidos; pero tiene que haber algo más que motive ese *plus* que implica la doctrina del enemigo<sup>274</sup>.

Para POLAINO-ORTS, tal añadido aparece representado por conductas que erosionan de manera socialmente intolerable la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma<sup>275</sup>, generando en éstos desconfianza acerca de la protección que el Derecho debe asegurarles. En realidad, el Derecho penal del enemigo no debería tener mayor una virtualidad fuera del ámbito de

---

<sup>273</sup> POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág. 184: “el enemigo no resulta excluido de manera absoluta del sistema, sino únicamente en el ámbito que abarque su autoexclusión. Además, de ello se deriva la circunstancia de que, en un mismo sujeto, pueden convivir situaciones de “personalidad” y de “enemistad”, es decir: que se puede ser “persona” y “enemigo” al tiempo, siempre que se trate de ámbitos diferentes”.

<sup>274</sup> POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág 52: “una lesión de lo que Jakobs denominaba normas de flanqueo, aquellas normas cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales”.

<sup>275</sup> POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág 39 *in fine*.

fenómenos como el terrorista.

En efecto, como respuesta excepcional dentro del ordenamiento jurídico punitivo, no es sencillo –ni conveniente– extrapolar los principios configuradores de la doctrina *jakobsiana* a otros ámbitos. En realidad, los intentos por adscribir fenómenos legislativos como la violencia sobre la mujer a la lucha contra el enemigo; es un intento fútil por dar cobertura científica a lo que, en ciertos aspectos, carece de ella. Así, el método científico<sup>276</sup> exige poner en juego los medios para observar el resultado.

Sin embargo, el legislador ha priorizado sus fines, básicamente, a través de un aumento generalizado de las penas y otras consecuencias restrictivas de derechos para los investigados de violencia sobre la mujer; y *a posteriori*, para dotar estas decisiones de base científica, los autores tratan de reconducir estas decisión al ámbito del Derecho penal del enemigo, por ser el que mejor se asemeja a algunos de sus excesos: adelantamiento de las barreras de punibilidad, aumento de las penas, restricción de la libertad del sujeto.

El art. 468 CP es un buen ejemplo, por dos razones: la primera, porque excepciona la violencia doméstica y de género de las reglas generales del delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar; la segunda,

---

<sup>276</sup> PONCE DE LEÓN ARMENTA, L., *La Metodología de la investigación científica del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1996: “El método científico constituye el instrumento fundamental de todas las ciencias sin exclusión. Se aplica tanto a las ciencias naturales como a las ciencias sociales (...) El método científico es la estrategia de la investigación científica; afecta a todo ciclo completo de investigación y es independiente del tema en estudio”. Obtenido de la URL [historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../dtr4.pdf](http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../dtr4.pdf), pág. 74.

porque impone la más grave de las penas previstas (prisión de seis meses a un año) atendiendo a la naturaleza de la víctima cuando lo cierto es que se trata de un delito orientado a la protección de bienes jurídicos colectivos, como es reforzar la obediencia a los mandatos emanados del poder judicial.

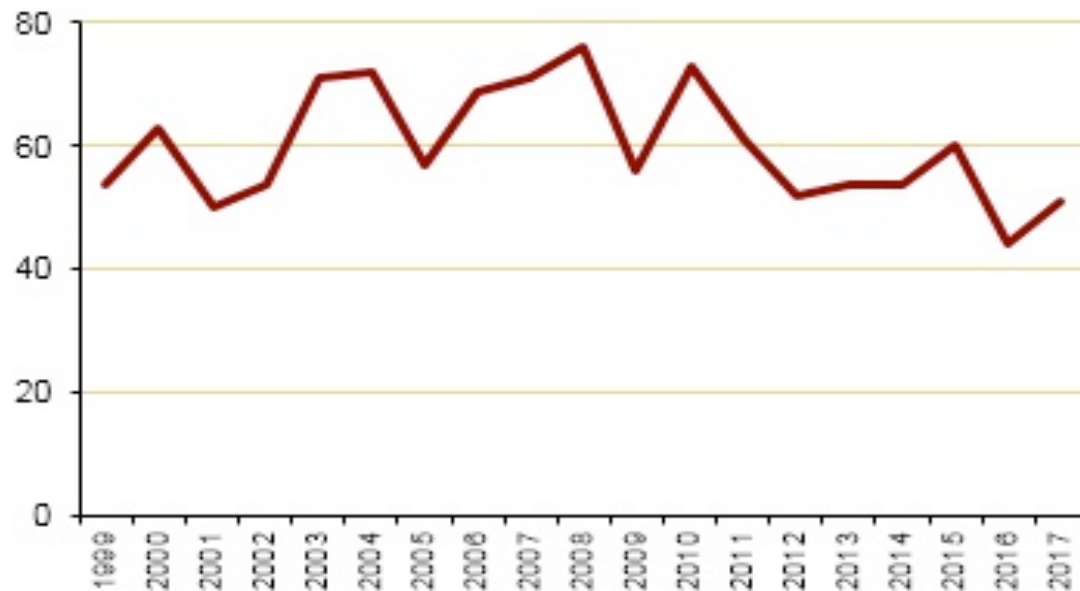
Pero no debemos engañarnos, en estas decisiones legislativas no subyace fundamento científico alguno, sino tan sólo una decisión de política criminal.

Y bajo el amparo de la necesidad de proteger a ciertas víctimas más que a otras y la suposición de la mayor peligrosidad que estos delincuentes llevan consigo, el Estado de Derecho utiliza el Derecho penal de manera excepcional, al justificar ciertos supuestos que estarían perfectamente recogidos en el tipo general.

No obstante, dicha forma de proceder, en el fondo y en la forma, no es más que una clara confesión del fracaso general del sistema que, pese a la ingente cantidad de medios puestos al servicio de la causa; no ha sido capaz de erradicar semejante problema y necesita acudir a un Derecho excepcional.

En definitiva, estamos reconociendo que, más allá de cierta puesta en escena, los resultados no se corresponden con el esfuerzo realizado.

Número de víctimas mortales por violencia de género. 1999-2017



Nota: se incluyen aquellos casos en los que el agresor es el cónyuge, excónyuge, compañero sentimental, excompañero sentimental, novio o exnovio.

Fuente: 1999-2005: Instituto de la Mujer a partir de noticias de prensa y de datos del Ministerio del Interior. A partir de 2006 datos de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género

- Fuente I.N.E. ([www.ine.es](http://www.ine.es))

Lo expuesto no nos permite concluir que los principios informadores del Derecho penal del enemigo no resultan garantistas<sup>277</sup>. Todo lo contrario: sólo cuando se observan los presupuestos que justifican su aplicación, su existencia es justa. Si admitimos que resulta necesario despersonalizar al enemigo, ésta no tiene por qué ser total ni irreversible.

---

<sup>277</sup> POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág 135: “la relación de enemistad no se decide privadamente por un implicado, sino en todo caso por el Estado social y democrático de Derecho mediante los cauces legales y la decisión de sus representantes soberanos”.

La mayor dificultad que advertimos en la doctrina *jakobsiana* es semejante suerte de multidimensionalidad que se reconoce a la persona, de modo que conviven en ella el ciudadano y el enemigo. Sin embargo, el ordenamiento jurídico es único y se adapta mal a una concepción bifronte. De hecho, salvo supuestos extremos como el terrorismo islámico, en el resto de tipologías delictivas donde se ha aplicado esta doctrina (delitos sexuales o de violencia sobre la mujer), junto a la protección de la víctima, aparece un castigo nítido al delincuente al que, pese a todo, no se abandona y se le trata de recuperar para la sociedad (el Estado se comunica con el enemigo y con la Sociedad<sup>278</sup>) como, por lo demás, no podía ser de otra manera.

La doctrina del Derecho penal del enemigo no esconde los solapamientos que puedan producirse, y sienta como criterio discriminador el de la función de la pena. Sin embargo, incluso partiendo de este elemento diferenciador, lo cierto es que al ciudadano y al enemigo se le somete al mismo procedimiento con idénticas garantías; por tanto, ¿en qué se traduce esta idea del célebre autor alemán? Pues en una suerte de corriente iusfilosófica que presenta una serie de manifestaciones político-criminales en las doctrinas de *tolerancia cero* y que viene a justificar la superioridad moral del fin perseguido, el relajamiento de los medios para obtenerlo y el quebranto de alguna garantía como en el ámbito de la violencia de género. Sin embargo, seguimos echando en falta valoraciones acerca de los efectos obtenidos por esta doctrina.

---

<sup>278</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht*, en PAWLIK, M. y ZACZYK, R. (Comps.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, págs. 541 y ss.

En el ámbito de la violencia de género, en el que nos movemos, partimos del fracaso que implica el delito de quebrantamiento, donde el sujeto desobedece las decisiones judiciales. Por tanto, resulta conveniente centrarse en dos son momentos fundamentales: la detención y el proceso penal para comprobar si esta política criminal de endurecimiento ha dado frutos.

Salvo en los casos de muerte, o en las estadísticas que se contienen en nuestro trabajo por causa del quebrantamiento, faltan estudios en relación con los efectos producidos por la detención<sup>279</sup>. Un trabajo pionero, en Estados Unidos, en la ciudad de Minneapolis (*The Minneapolis Domestic Violence Experiment -1992-*)<sup>280</sup>, parece indicar que la detención desincentiva al maltratador y protege a la pareja<sup>281</sup>. Sin embargo, no falta quien afirma que la detención puede agravar la situación de la víctima, al producir un incremento en la violencia de cierta clase de hombres, menos arraigados socialmente<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> DOBASH, R.P., DOBASH, R.E., *Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores*, en *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, Cid, J. y Larrauri, E. (coords), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 152: “frente a esta efectividad de estos mecanismos informales de control, resulta que en las sociedades industriales y urbanas contemporáneas, las funciones de control social de la familia y la comunidad en general han disminuido o desaparecido, habiendo sido sustituidas en su mayor parte por las instituciones del Estado”.

<sup>280</sup> SHERMAN, L.W., *The influence of Criminology on Criminal Law: Evaluation Arrests for Misdemeanor Domestic Violence*, en “Journal of Criminal Law and Criminology”, 83 (1), 1992, 1-45.

<sup>281</sup> No obstante, cree MEDIDA ARIZA, J.J., *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, editorial Edisofer, Madrid, 2013, págs. 106-107, que lo que estos estudios documentan en su conjunto es que el efecto de disuasión especial que puede acompañar a las sanciones penales en gran medida es negado o superado por otros efectos negativos que acompañan a éstas.

<sup>282</sup> SHERMAN, L.W., SMITH, D.A., *Crime, punishment, and stake in conformity: Legal and informal control of domestic violence*, en “American Sociological Review”, n.º

En cuanto al proceso penal, la existencia de un proceso justo, con todas las garantías, debe ser innegociable. Frente a las afirmaciones que el maltratador debe ser objeto de detención e inmediato ingreso en prisión, como medida necesaria para proteger a la mujer; hay que ponderar que, ya desde el momento de la detención, se están produciendo restricciones de derechos sobre el hombre y se están adoptando medidas de protección sobre la mujer. Ciertamente, la práctica policial nos demuestra que la detención es la norma general, habida cuenta que la gran mayoría de los casos se encuentran tipificados como delitos (arts. 153, 171, 172, 173 y 468 CP) y así se recoge en el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género.

No obstante, defendemos que la inmediata protección de la mujer, y el mayor reproche penal y social que las conductas atentatorias contra su dignidad y su propia integridad física exige; debe resultar compatible con la prevención especial (que quien ya ha delinquido no vuelva a hacerlo) y con la prevención especial de lograr la reeducación y rehabilitación del delincuente.

Y este planteamiento no puede ser renunciable, ni siquiera en los casos en que la amenaza de la pena no haya resultado ser suficiente; y ni siquiera en los casos de quebrantamiento, donde se demuestra que la intervención policial y judicial no han hecho disuadir al sujeto de su intención delictiva; de lo contrario, estaríamos calificando como “probable” o “muy probable” la

reincidencia en la conducta, etiquetando al delincuente como “muy peligroso” por un pasado cierto y un futuro siempre dudoso, lo que provocaría el asilamiento social de la persona en cuestión. Transformaríamos a un buen número de ciudadanos en enemigos<sup>283</sup>.

---

<sup>283</sup> PATERNOSTER, R., BRAME, R., BACHMAN, R. y SHERMAN, L.W., *Do fair procedures matter? The effect os procedural justice on spouse assault*, en “Law and Society Review”, 31, 1997, pág. 169: “Al interactuar con las autoridades legales, las personas son más propensas a sentirse como miembros reconocidos del grupo cuando se les permite dar su versión de los hechos, perciben que su opinión es tomada en serio, creen que las autoridades no tienen prejuicios contra ellos, son conscientes de que las decisiones erróneas pueden ser revisadas y corregidas posteriormente, y son tratadas de forma educada. De esta forma, tanto o más de *qué* hacen, el *cómo* las autoridades desarrollan sus funciones comunica a los ciudadanos su estatus en la sociedad. Así, el seguimiento de procedimientos justos y equitativos facilita el desarrollo de la percepción de que las autoridades son legítimas y morales. Una vez que estas percepciones de una autoridad legal legítima han sido conformadas, la conformidad con el derecho se ve mejorada, incluso, si el derecho no nos da la razón en el fondo de la cuestión”.



#### **IV.- La delimitación de la víctima en el Derecho penal del enemigo**

Hasta ahora, todos los aspectos relacionados con el Derecho penal del enemigo se han centrado en la figura de este último, la del delincuente. La peligrosidad demostrada por éste viene a justificar la adopción de toda una serie de medidas de protección, incluso con anterioridad a la lesión efectiva de bienes jurídicos.

Este adelantamiento de las barreras de punibilidad (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*)<sup>284</sup> y la limitación del ámbito de libertad del sujeto que conlleva no son, por otro lado, desconocidas en nuestro ordenamiento punitivo<sup>285</sup>; pero la técnica legislativa que el Derecho penal del enemigo plantea conlleva, además, una agravación generalizada de las penas y una presunción *iuris et de iure* del dolo específico del autor tendente a quebrantar las bases mismas de la sociedad o, en palabras de JAKOBS, tendente a lesionar las denominadas normas de flaqueo, es decir, aquellas normas cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas

---

<sup>284</sup> JAKOBS, G., *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 215: criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico.

<sup>285</sup> Arts. 15 y 16 CP para la tentativa de delito y arts. 17 y 18 del CP para la proposición, la conspiración y la provocación para delinquir.

penales<sup>286</sup>.

Ahora bien, podemos plantearnos: ¿todas estas medidas de protección se hallan orientadas para proteger, exactamente, a quién?

Si analizamos el mayor desarrollo del Derecho penal del enemigo, en ámbitos tales como la delincuencia organizada, el terrorismo, los delitos contra la seguridad colectiva y la violencia doméstica; resulta sencillo constatar que la víctima en este tipo de delitos nunca aparece referenciada, sino que se refieren a la colectividad, en su conjunto. Semejante transición, de un modelo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales a la mera puesta en peligro de bienes colectivos o supraindividuales, se encuentra motivada por la demanda de seguridad que la sociedad moderna exige a sus responsables políticos. De ahí que las teorías normativistas de JAKOBS hayan sido calificadas, en ocasiones, como un auténtico callejón sin salida, por entender que conducen a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia<sup>287</sup>.

La incoherencia de esta demanda social se basa en una fe ciega, inquebrantable, en el poder intimidatorio de las penas, el cual ya se ha demostrado como muy relativo<sup>288</sup>. Y sus manifestaciones son múltiples: desde

---

<sup>286</sup> JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano por PEÑARANDA RAMOS, E. *et. al.*, editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 314.

<sup>287</sup> SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia jurídico-penal alemana*, traducción de CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 14.

<sup>288</sup> Decía BECCARIA que “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es

el aumento generalizado de las penas privativas de libertad, hasta la llegada de la cadena perpetua<sup>289</sup>; la recuperación de las penas privativas de corta duración; el endurecimiento de las condiciones para el acceso a las formas sustitutivas de las penas privativas; un aumento del número de agravantes y la reducción de las atenuantes; pero sobre todo, fundamentalmente, la mayor limitación de la discrecionalidad judicial, convirtiendo la labor del juzgador en algo automático, con el único propósito de asegurar el dictado de una sentencia condenatoria.

Y, llegados a este punto, merece la pena valorar si sacrificar nuestras garantías y poner en tela de juicio las bases mismas de nuestro Estado de Derecho bajo el pretexto de dotarnos de una mayor sensación de seguridad no resulta de todo punto incoherente; cuando –no olvidemos– de lo que se trata es precisamente de poner en valor nuestros principios y valores democráticos.

De un frío análisis podríamos colegir que, evidentemente, la contradicción está ahí para todo el que la quiera ver; pero la corriente social mayoritaria nos impide manifestarnos en contra de este desarrollo del Derecho que, además, no revierte en la mejor protección de la víctima.

En efecto, en fecha 28 de abril de 2015<sup>290</sup>, se publicó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Resulta muy relevante el comienzo de su Preámbulo: “el presente Estatuto, en línea con la normativa tiránica”.

---

<sup>289</sup> La pena de prisión permanente revisable fue introducida en España por la L.O: 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal (B.O.E. núm. 77, de 31 de marzo).

<sup>290</sup> B.O.E. núm. 101, de 28 de abril.

europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales<sup>291</sup> y, con ello, los del conjunto de la sociedad”.

Hay, por tanto, una confusión de lo individual hacia lo general que, en realidad, nos lleva a olvidarnos de la propia víctima. En efecto, en el derecho penal del enemigo, la prioridad es la inoquización del delincuente, cuya peligrosidad se ha demostrado en su actuar precedente y contra el que cabe invocar la mayor de las protecciones, por parte de la sociedad, como instinto de supervivencia. El *enemigo* ha demostrado ser peligroso y, lo más grave, difícilmente reinsertable, lo que justifica la mayor gravedad y duración de las penas a imponerle.

Pero, insistimos: ¿cómo revierte todo esto en favor de la víctima? El agresor puede ser sometido a limitaciones cada vez más graves y en un estadio cada vez más temprano; pero siempre debe tener la oportunidad de reinsertión (art. 25.2 CE), de lo contrario, incurriría en una pena permanente, perpetua, hasta su fallecimiento. Ésta constituiría, sin duda alguna, la mejor protección para la víctima; pero –convendremos todos– semejante sistema no resulta admisible en nuestros días.

Pues bien, en esta *línea dura* frente al agresor, nos encontramos con

---

<sup>291</sup> OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, editorial Atelier, Barcelona, 2001, págs. 44 y 45: “la nota esencial de la integridad moral es que la persona, en cuanto tal, posee una dimensión espiritual y valorativa que la diferencia de los animales y de las cosas y que se ve menoscabada cuando aquélla es tratada como un simple objeto”.

ciertas concesiones a la víctima que, bajo el pretexto de asegurar la igualdad de armas entre las dos partes del proceso penal, lo cierto es que parecen perseguir en mayor medida dificultar el horizonte penal del investigado que favorecer los derechos procesales de la perjudicada.

En esta línea, uno de los avances más significativos en materia de protección a las víctimas, singularmente en materia de violencia de género, ha sido la información y asistencia letrada a las mismas. Así, de forma paralela al endurecimiento de las condiciones impuestas al *enemigo*, con el objetivo de igualar la situación procesal de partes, el art. 7.3 del Estatuto de la víctima dispone que “cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género, les serán notificadas las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d) del apartado 1<sup>292</sup>, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones”.

De igual modo, el art. 2, letra g), de la Ley de asistencia jurídica gratuita<sup>293</sup> –en adelante, LAJG– dispone:

*“Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean*

---

<sup>292</sup> c) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.

d) 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.

<sup>293</sup> Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 11, de 12 de enero).

*consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.*

*Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.*

*A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.*

*En los distintos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de los delitos a que se refiere esta letra y, en especial, en los de violencia de género, deberá ser el mismo abogado el que asista a aquélla, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa”.*

Se trata de un texto enormemente significativo, en primer lugar, por la selección de tipos delictivos, los más graves para el legislador, y que se corresponden con los de mayor alarma social para la colectividad en su conjunto: terrorismo, trata de seres humanos, abusos a menores y discapaces y –cómo no– violencia de género (nótese que no se incluye la violencia doméstica, al igual que ocurre en el Estatuto de la Víctima). Por tanto, nos

encontramos ante la otra cara de la misma moneda: por un lado, la doctrina del Derecho penal del enemigo, tan restrictiva hacia los criminales y, de otro, un tratamiento mucho más favorable hacia ciertas víctimas que nos lleva, no ya a reconocer una situación de equilibrio entre ambas partes, tradicionalmente desconocida para los perjudicados y que supone una injusticia histórica, sino que va un paso más allá y privilegia a las víctimas frente al agresor: a éste, en definitiva, le resulta cada vez más difícil probar su inocencia y la mujer, por el contrario, se encuentra en una posición procesal de mayor fuerza que cualquier otra víctima. Y la pregunta que debemos hacernos es: ¿por qué?

Las mujeres víctimas de violencia de género tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el art. 20.1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Este reconocimiento supuso la obligación de los Colegios profesionales de crear un Turno especializado para asistir a las Mujeres Víctimas de Violencia de Género en los términos previstos en dicha Ley<sup>294</sup>.

A tal efecto, el Consejo General de la Abogacía Española –en adelante CGAE–, con el respaldo del Observatorio de Violencia Doméstica y de Violencia de Género del CGPJ, en su reunión de 9 de febrero de 2017; instó –sin éxito– la modificación del art. 20.1 de la L.O. 1/2004 para regular con carácter preceptivo la asistencia letrada a las víctimas de violencia de género, desde el momento previo a la interposición de la denuncia, ya sea en sede

---

<sup>294</sup> Ese Turno, que posee unas características específicas referidas a conocimientos técnico-jurídicos y comprensión de las causas estructurales de la violencia de género, aparece orientado en cada fase por la Guía de Buenas Prácticas del Abogado de la Víctima de Violencia de Género, elaborada por la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española.

judicial o policial.

Se trata, por tanto, de que la mujer víctima cuente con un asesoramiento jurídico especializado e integral tanto en el momento previo a la interposición de la denuncia (sobre posibilidades y ámbitos de actuación y, muy especialmente, sobre la solicitud de medidas de protección) como en la presentación de la denuncia propiamente dicha, donde la intervención profesional puede colaborar enormemente en orden a la confección de un relato pormenorizado de los hechos, la puesta en conocimiento de circunstancias relevantes y la aportación de las pruebas necesarias.

Hay que señalar que la iniciativa tuvo una favorable acogida tanto en el informe elaborado por el Congreso de los Diputados (medida 115) como en el redactado en el Senado (Medidas 222 y 229). Sin embargo, en la última Medida de las relacionadas se introduce un importante matiz, cual es la posibilidad de renuncia expresa de la víctima a este derecho.

Pese a lo expuesto, lo cierto es que el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género<sup>295</sup>, no recoge esta asistencia Letrada en un momento anterior al inicio

---

<sup>295</sup> El I Pacto de Estado contra la violencia de género fue impulsado el 15 de noviembre de 2016 a través de una Proposición no de Ley aprobada por unanimidad en el Pleno del Congreso de los Diputados. Fue ratificado en diciembre de 2017 e incluye a gran número de organismos e instituciones (CCAA, EELL, grupos parlamentarios...).

Por su parte, el Real Decreto-ley 9/2018, de medidas urgentes de desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género fue aprobado el 3 de agosto de 2018, siguiendo a la Conferencia Sectorial de Igualdad de 31 de julio y se caracteriza por devolver las competencias en esta materia a los Ayuntamientos (administración más cercana a las víctimas).



de las actuaciones judiciales, lo cual ha sido muy criticado desde ciertos sectores<sup>296</sup>.

Con esta omisión, que no resulta coherente con el tratamiento privilegiado con el que el legislador viene tratando a las víctimas de violencia de género frente al resto de perjudicados/as por el delito, se substraen el debate acerca de la posibilidad de renuncia a dicha asistencia letrada previa, el cual viene a sumarse a otras polémicas similares como la vigencia del art. 416 LECrim. En ambas situaciones procesales, frente a la libertad de elección de la víctima se pretende imponer la irrenunciabilidad de un derecho que, de esta forma, viene a constituir una obligación y que, en cierto modo, reconoce una cierta afectación emocional y psicológica de la mujer víctima de violencia de género, que influye en su capacidad electiva y volitiva.

En efecto, bien por temor, bien por la reciente ruptura de los lazos afectivos y sentimentales, hay quien opina<sup>297</sup> que, en esta situación psicológica, la mujer no es libre para decidir y esta suerte de medidas procesales representan una suerte de curatela que complementan la capacidad de obrar de la mujer, afectada transitoriamente. Sin embargo, como

---

<sup>296</sup> PELAÉZ SOLÍS, F., Presidenta de la Subcomisión de Violencia Sobre la Mujer del CGAE, *Asistencia letrada a las víctimas de violencia de género*, Ponencia formulada el 27/11/2018 en Madrid, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.

<sup>297</sup> La Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género (actualizada 2013) insta al Juez/a “a indagar en cada caso el porqué de esa retractación y, en particular, si se hace de una forma libre y voluntaria o si obedece, como sucede en no pocas ocasiones, a las amenazas o coacciones de distinta intensidad recibidas directamente por parte del propio imputado o a través de su círculo de familiares o amigos”. Consejo General del Poder Judicial, pág. 122 *in fine*.

advertimos, desde un ángulo más técnico, estas tesis no han tenido reflejo legislativo y ambos derechos son disponibles para la mujer.

Evidentemente, esta tendencia hacia la restricción de las libertades de las partes, en este caso, la más débil y perjudicada (la víctima, en definitiva) supone también una manifestación de esa tendencia legislativa o de política criminal de *tolerancia cero* hacia el delincuente. Dicho sea de otro modo, se trata de un reflejo –cual espejo– de la introducción de los principios del derecho penal del enemigo que, éstos frente al delincuente, tienen como contrapartida una sobreprotección hacia la víctima, hasta el punto de pretender negarle su libertad para decidir.

Los defensores de estas doctrinas de sobreprotección se amparan en la necesidad de proteger a estas mujeres y a su afectación moral en estas primeras diligencias policiales y judiciales. Sin embargo, cabe plantearse ¿siempre se produce afectación? es decir, ¿todas las víctimas de VG no ofrecen capacidad intelectual libre y suficiente? ¿no es cierto que cualquier víctima puede verse afectada psicológicamente cuando acude a declarar en sede judicial? ¿o acaso la víctima de un robo no puede tener miedo a las represalias? En todo caso, ¿no resultan las medidas ya adoptadas suficientes para proteger a estas mujeres?<sup>298</sup>.

Pensemos ahora en los aspectos procesales: a la víctima de violencia de género, por el solo hecho de su denuncia, se le nombra de inmediato un

---

<sup>298</sup> Con la reforma del art. 20 de la LO 1/2004 operada por el Real Decreto-ley 9/2018, los Colegios de Abogados y de Procuradores adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de profesionales.

Letrado especializado, no sólo en la materia penal sino igualmente en todos los aspectos civiles, laborales y administrativos, que puedan deducirse de su intervención. Además, este Abogado, específicamente formado para ello, será el único que pueda conocer de los diferentes procedimientos, lo que asegura una atención especializada y personalizada. Por último, ni siquiera en el caso más extremo que el procedimiento sea archivado sin más trámite, por ausencia de fundamento alguno, la mujer estará obligada al pago de cantidad alguna por esta asistencia, ni siquiera cuando tenga medios económicos para ello.

Además, a diferencias del resto de víctimas, “el abogado o abogada designado para la víctima tendrá también habilitación legal para la representación procesal de aquella hasta la designación del procurador o procuradora, en tanto la víctima no se haya personado como acusación conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente. Hasta entonces cumplirá el abogado o abogada el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos” (*nuevo* apartado 6 del art. 20 LO 1/2004).

Evidentemente, todas las víctimas merecen el mismo respeto; no obstante, hay que reconocer que las de violencia de género obtienen un trato preferente. No se trata de una crítica, es un hecho objetivo. Y, como señalaba nuestro Tribunal Constitucional<sup>299</sup>, es una decisión política –de Política Criminal– que adopta el poder político para un fin loable: acabar con la

---

<sup>299</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6: “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal”, B.O.E. núm. 135/2008, de 4 de junio. ECLI:ES:TC:2008:59.

violencia de naturaleza machista. Creo que todos admitimos estas ventajas procesales, como cuando se subvencionan sectores de población para garantizar su protección social.

Pero estos beneficios deben tener algún límite. La aplicación de las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de renuncia a declarar, por ejemplo, es un buen ejemplo de ello. O la cuestión de la personación tardía de la víctima como acusación particular. A tal respecto, la STS 18/2018, de 17 de enero<sup>300</sup>, reconoce que no existe un momento procesal preclusivo para dicha personación. Y así se reconoce en el nuevo apartado 7<sup>301</sup> del art. 20 de la LO 1/2004, introducida por la reforma de 2018. Como se ha señalado<sup>302</sup>, esta nueva personación es admisible incluso en el acto de juicio oral; sin embargo, se reconoce que “tal vez el legislador ha perdido la oportunidad de articular un trámite procesal expreso para que verificada la personación en ese momento procesal y en particular en cuanto que pueda implicar una ampliación de la batería probatoria que va a comparecer frente al acusado, puede éste instar expresamente la suspensión de la vista”, como había admitido la jurisprudencia conforme al artículo 788

---

<sup>300</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 61/2018, de 17 de enero, Fundamento de Derecho Quinto. ECLI:ES:TS:2018:61

<sup>301</sup> “Las víctimas de violencia de género podrán personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado”.

<sup>302</sup> ORTEGA CALDERÓN, J.L., *La personación de la víctima de violencia de género en el proceso penal*, editorial Lefebvre, Madrid, 2018. Obtenida de la URL <https://elderecho.com/la-personacion-la-victima-violencia-genero-proceso-penal>. Verificado en marzo 2019.

LECrim. En cualquier caso, y como ya consagraba la jurisprudencia<sup>303</sup>, esta personación tardía no puede permitir retrotraer las actuaciones ya practicadas ni puede suponer una merma en el derecho de defensa del acusado.

En cualquier caso, resultaría ideal poder ofrecer esta mejor suerte de medios humanos y materiales a todas las víctimas, independientemente de su sexo y naturaleza del delito sufrido. El legislador –a buen seguro- podría ofrecernos toda una suerte de limitaciones presupuestarias para justificar su no extensión y, en último término, en estos debates se centra precisamente la Política criminal: en fijar objetivos, priorizarlos y dotar de los medios necesarios para conseguirlos. El problema es que, con esta forma de proceder, estamos alejando al Derecho penal de su verdadera naturaleza, que no esta otra que la evitación de la lesión o puesta en peligro de los más importantes bienes jurídicos; al desplazar el foco de atención desde los bienes jurídicos protegidos a los medios utilizados para ello (la coerción, la amenaza), las decisiones legislativas adoptadas poseen una naturaleza meramente simbólica y, por eso mismo, carentes de legitimación<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> *Pro actione*. Por todas, STS 459/2005, de 12 de abril.

<sup>304</sup> Díez RIPOLLÉS, J.L., *Exigencias sociales y política criminal*, en *Política criminal y Derecho penal –Estudios–*, 2ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 38: “entre esos efectos simbólicos desconectados o mínimamente vinculados a la protección de bienes jurídicos y a los que aspira un legislador simbólico cabe mencionar los siguientes: la puesta de manifiesto de la identificación del legislador con determinadas preocupaciones de los ciudadanos, la demostración de la fuerza coactiva en general de los poderes públicos, la demostración de la rapidez de reflejos del legislador ante problemas nuevos, el apaciguamiento de determinadas reacciones emocionales de la ciudadanía ante sucesos que producen alarma o inquietud, la satisfacción de la necesidad social de hacer algo frente a problemas irresueltos, la manifestación de la vigencia de determinadas opciones éticas, el mensaje que hay que modificar determinadas actitudes sociales”.

## V.- Consideración criminológica y postulados del Derecho penal del enemigo

La Criminología va más allá de la mera definición del delito y de sus consecuencias punitivas. A ésta le preocupa más la etiología, sus causas, y sus formas de aparición y desarrollo. Sólo de esta forma –se entiende– podremos ir más allá. Evitar, pues, la causación del delito antes de su producción y evitar la reincidencia del delincuente, una vez cometido el primer hecho punible, representa desde siempre<sup>305</sup> la *raison d'être* de esta Ciencia social.

El Derecho penal no tiene tiempo para analizar los factores<sup>306</sup> determinantes en la conducta agresiva del actor que le llevan a cometer el delito de quebrantamiento de condena. Más allá de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la Administración de Justicia no quiere –ni puede– averiguar qué motiva al sujeto a no atender el requerimiento judicial y perjudicar su horizonte penal. Porque no olvidemos

---

<sup>305</sup> SERRANO MAÍLLO, A., *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol: un test de la teoría general del delito*, 2ª edic., editorial Dyckinson, Madrid, 2013, pág. 51, sitúa el origen de la Criminología, como ciencia, dentro del pensamiento positivista decimonónico.

<sup>306</sup> GOTTFREDSON, M.R., *Una teoría del control explicativa del delito*, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la Política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, en BUENO ARÚS, F., GUZMÁN DÁLBORA, J.L. y SERRANO MAÍLLO, A. (Coords.), editorial Dyckinson, Madrid, 2006, pág. 333. Para el autor, “a diferencia de las teorías de ciencia de la conducta, que tratan de descubrir lo que motiva a las personas a robar y a ser agresivas, las teorías del control comienzan por suponer que los motivos para el delito y la violencia son similares a los motivos para el resto de los comportamientos”.

que los delitos cometidos en el ámbito de la violencia familiar y doméstica no genera beneficios inmediatos al hombre y sí, por el contrario, le perjudican en su situación procesal y penitenciaria. No se trata de delitos planeados o premeditados; por el contrario, la espontaneidad y el arrebató emocional suelen presidir este tipo de comportamientos.

En el delito de quebrantamiento, el sujeto ya ha pasado por el engranaje judicial. No puede, por tanto, alegar desconocimiento y, al menos en teoría, esta experiencia previa debería haberle convencido de la gravedad de su comportamiento y de los negativos efectos que lleva aparejado el mismo. Conviene plantearnos diversas cuestiones: ¿el sujeto no ha comprendido realmente las consecuencias de sus actos? ¿le resulta irrelevante haber sido objeto de una privación de derechos tan importante como la imposición de una medida/pena de alejamiento o, incluso, el verse sometido a unas medidas civiles sobre sus hijos de naturaleza fuertemente restrictiva? ¿o es que le resulta completamente imposible contener sus emociones, hasta el punto de poner en juego su libertad?

En el caso de concluir que el sujeto es incapaz de autocontrolarse<sup>307</sup> en estas situaciones parece justificado su aislamiento social, su etiquetaje como enemigo y su exclusión. Es decir, si hay un campo propicio para la expansión del derecho penal del enemigo es el delito de quebrantamiento, por cuanto es donde mejor concurren los presupuestos que justifican esta corriente de

---

<sup>307</sup> WIKSTRÖM, K.: “Se trata de la habilidad para resistir la tentación y la provocación cuando uno se enfrenta a una circunstancia particular“. Citado por SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, 2013, pág. 73.

pensamiento. Sin embargo, como veremos, no podemos extrapolar esta doctrina, sin más. Necesitamos analizar sus fundamentos y sus límites y –por qué no decirlo– también sus excesos.

La sociedad demanda seguridad<sup>308</sup> y no tiene reparos en utilizar todos los medios a su alcance para conseguirla, fundamentalmente, utilizando como herramienta el Derecho penal, que pierde así todo su sentido como *ultima ratio*. Y en este contexto adquiere todo su sentido Derecho penal del enemigo, y los excesos que contiene. Pero en el delito de quebrantamiento así si resulta necesario adelantar las líneas de punibilidad, de suerte que no resulte necesaria la lesión efectiva o, al menos, la puesta en peligro del bien jurídico protegido, se hace; si, pese a ese estado previo, la pena no sufre disminución alguna y se castiga al sujeto de la forma más grave prevista, tampoco hay inconveniente.

Es evidente que quien procede de esta forma no puede ampararse en el carácter pasional de sus actos. Se trata, por el contrario, de un reincidente que, con su comportamiento demuestra mayor peligrosidad (por el desprecio que denota hacia las barreras formales) y, paralelamente, pone en mayor riesgo al bien jurídico protegido, que no es otro que la indemnidad de la víctima.

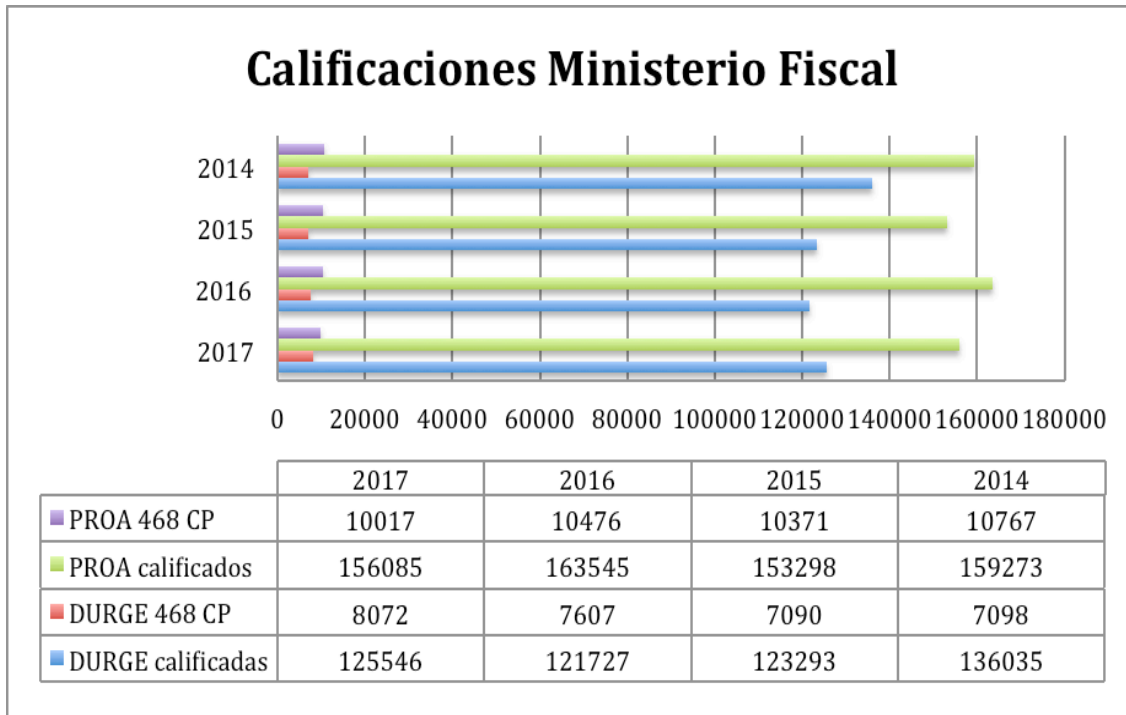
Podría entenderse *a priori* que su concurrencia en la práctica no debería ser alta, habida consideración de la anterior intervención judicial; sin embargo, muy al contrario, no se trata de un tipo residual, como muestra la siguiente

---

<sup>308</sup> POLAINO-ORTS, M., hace mención de este Derecho penal “de la seguridad”, en *op. cit.*, 2009, pág. 60.



estadística<sup>309</sup> relativa a la instrucción de procedimientos por delito de quebrantamiento del art. 468 CP en relación con el número total de delitos instruidos.



Hemos escogido los datos relativos a la formulación de escritos de calificación del Ministerio Fiscal, tanto en diligencias urgentes de juicio rápido, como en la tramitación ordinaria de las diligencias previas del procedimiento abreviado porque los mismos nos van a permitir obtener una serie de conclusiones muy relevantes en cuanto a la presencia del tipo

<sup>309</sup> Los datos numéricos han sido obtenidos de la web <https://www.fiscal.es/>. Comprobado 28/02/2019. Los cuadros estadísticos son de elaboración propia.

delictivo. Consideramos que la presentación de estos escritos de acusación, sin perjuicio del resultado final del enjuiciamiento, ya denota una necesaria fundamentación del principio acusatorio, descartando por tanto, todas aquellas denuncias que, con o sin realización de actuaciones de instrucción (los famosos archivos de plano) acaban en sobreseimiento libre o provisional.

Como se desprenden de las cifras aportadas, los delitos de quebrantamiento del art. 468 CP representan aproximadamente el 6 por ciento<sup>310</sup> de total de delitos por los que la Fiscalía ha presentado su escrito de calificación provisional, existiendo muy poca diferencia de resultados entre ambas formas de tramitación; de hecho, prácticamente, las cifras son idénticas en los dos años más recientes, 2016 y 2017.

Por otro lado, se aprecia una pequeña tendencia alcista en cuanto a la mayor presencia de este tipo delictivo, sin duda, en su mayor parte, motivado por las penas y medidas adoptadas en relación con los delitos relativos a la violencia doméstica y de género y la presencia de un mayor número de dispositivos que permiten documentar y probar los incumplimientos. Nos referimos, evidentemente, a las medidas de control telemático (pulseras electrónicas); pero, sobre todo, a la utilización de redes sociales o servicios de mensajería instantánea, que son frecuentemente empleados por las partes en

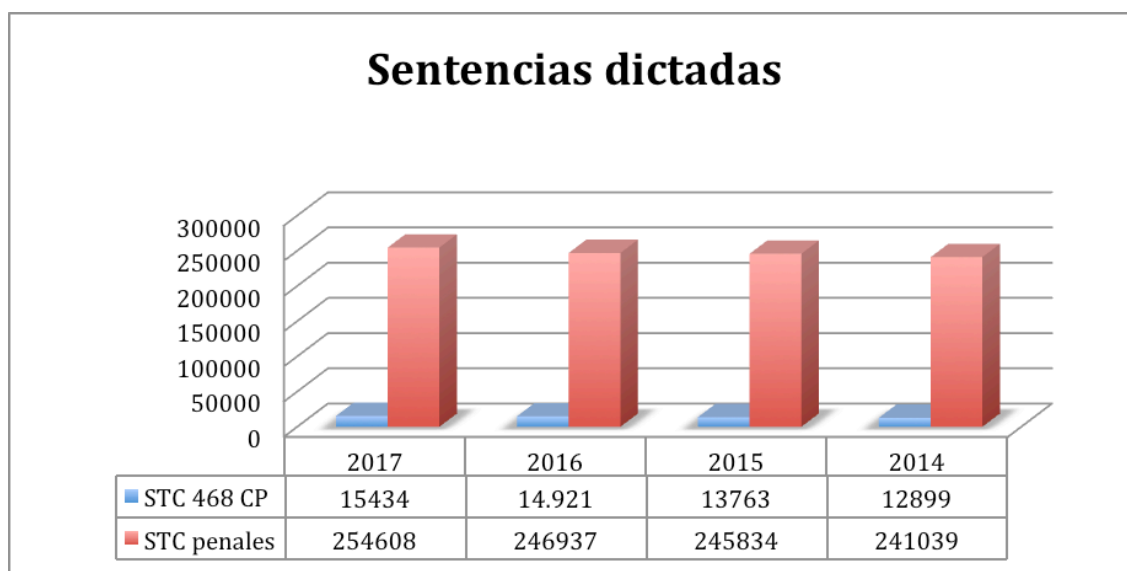
---

<sup>310</sup> Por porcentajes, comenzando por las DURGES, en el año 2017 representaron el 6,43% del total; en el año 2016, el 6,25 %; en el año 2015, el 5,75 % y, finalmente, en el año 2014, el 5,22%.

Respecto de los Procedimientos Abreviados, en el año 2017 representaron el 6,42 % del total; en el año 2016, el 6,40 %; en el año 2015, el 6,76 % y, con el mismo resultado, en el año 2014, el 6,76 %.

conflicto para dirigirse toda clase de mensajes.

No obstante, resulta de sumo interés relacionar las cifras anteriores con el número de procedimientos que, debidamente calificados, acaban en sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria. A este respecto, sintetizamos a continuación los datos suministrados por la Fiscalía General del Estado.



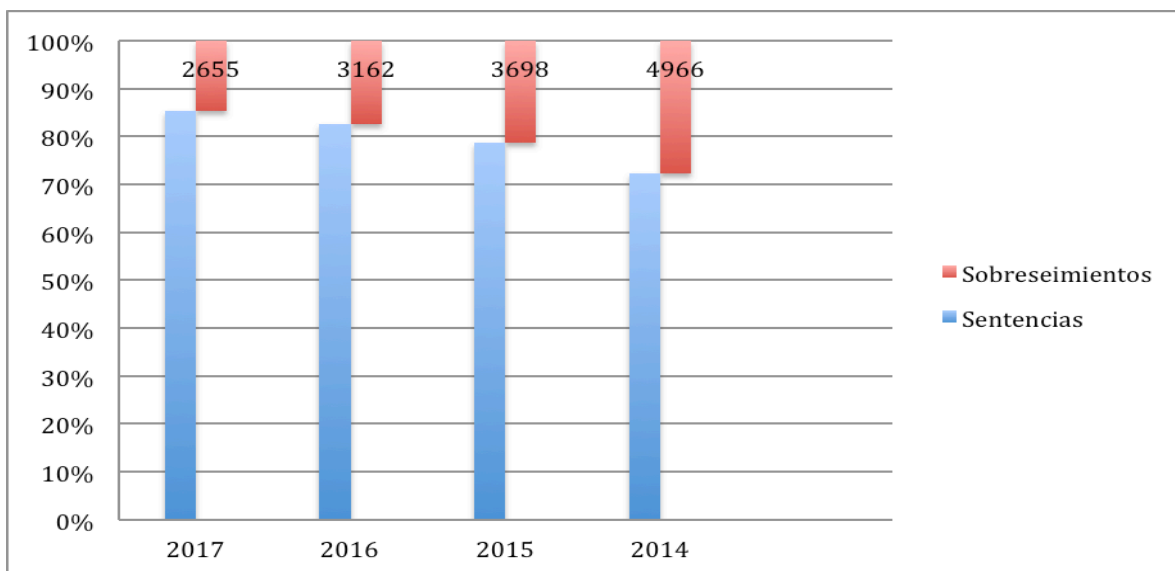
Conforme a lo expuesto, el porcentaje de sentencias por delito de quebrantamiento ha ido progresivamente subiendo, desde el año 2014 (5,35 %), 2015 (5,60 %), 2016 (6,04 %) y el año 2017 (6,06 %).

Ya advertimos que, dentro de estas cifras, se contienen tanto sentencias absolutorias como condenatorias; pero lo que sí resulta evidente es que la presencia del tipo delictivo en la práctica forense resulta más que significativo.

Hay un dato asimismo relevante que no aparece reflejado en las

estadísticas de la FGE pero, que con lo expuesto, sí podemos averiguar por nuestros propios medios. En efecto, si sumamos los procesos calificados y restamos el número total de sentencias (todo ello circunscrito al delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, exclusivamente), obtenemos los sobreseimientos acordados antes de la celebración del juicio oral. Como no podía ser de otra manera, el porcentaje de sobreseimientos es muy inferior al de sentencias. Esto resulta inevitable porque si no concurren los presupuestos mínimos, el Ministerio Fiscal se abstiene de acusar; pero, por el contrario, si lo hace es porque valora la concurrencia del tipo delictivo y el resto de hitos procesales hasta la celebración del juicio son de naturaleza básicamente procesal, donde hay poco margen para valorar y, en la práctica, se remite al enjuiciamiento posterior.

Hemos elaborado el siguiente cuadro<sup>311</sup>, al respecto:



<sup>311</sup> Insistimos, exclusivamente referenciado al delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

Al igual que ha ocurrido con los diagramas anteriores, se observa una reducción progresiva del número de sobreseimientos, esta vez sí, de manera significativa<sup>312</sup>.

Por tanto, podemos afirmar que el delito de quebrantamiento de condena ofrece una presencia cada vez mayor en la práctica forense: el número de escritos de acusación por este tipo delictivo ha crecido tanto desde un punto de vista cuantitativo –aunque esto no se cumple exactamente en el caso de las diligencias urgentes– como, fundamentalmente, cualitativo, ya que su presencia es paulatinamente mayor en terminos porcentuales dentro del total de escritos de calificación formulados por la Fiscalía.

De igual manera, durante el periodo 2014 a 2017, ha disminuido a la mitad el porcentaje de sobreseimientos acordados referidos al delito de quebrantamiento, lo que denota una mayor dificultad del Ministerio Público a la hora de aceptar el archivo previo al juicio. No nos puede extrañar ante la presión sociopolítica para perseguir delitos relacionados con la violencia sobre la mujer, campo en el que el delito de quebrantamiento presenta su mayor ámbito de actuación.

La Fiscalía opta, pues, por hacer pasar al acusado, cuanto menos, la famosa “pena de banquillo”<sup>313</sup>; aunque prevea una probable absolución del

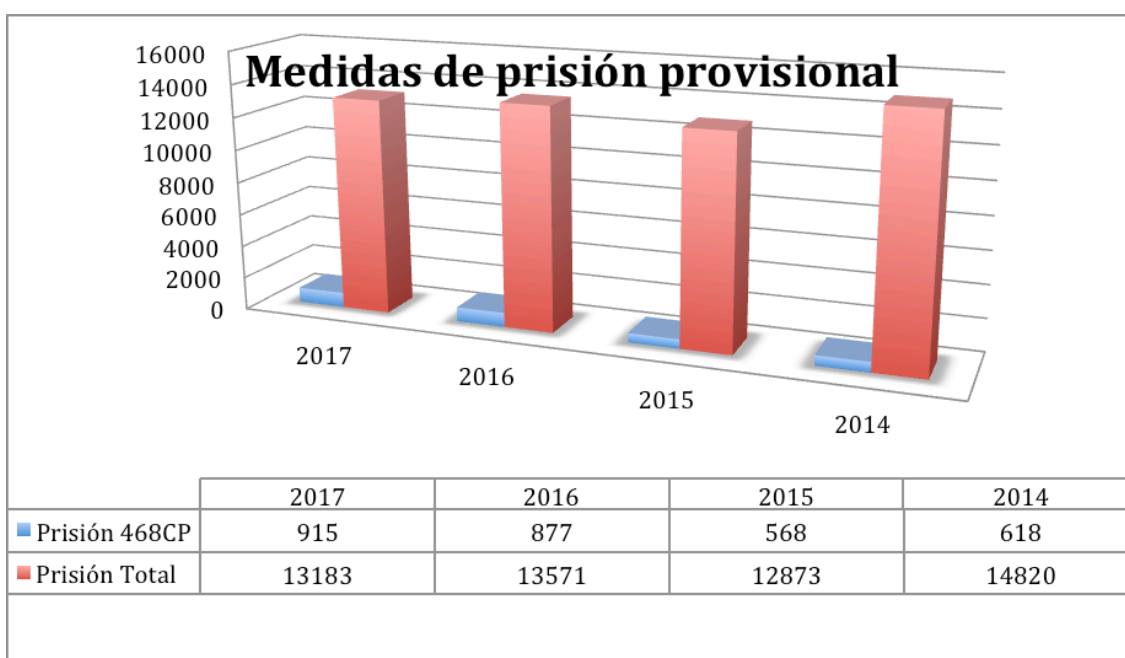
---

<sup>312</sup> Si en el año 2014, a nivel nacional, el porcentaje de sobreseimientos era del 28 %, en los años 2015 y 2016, estas cifras bajan hasta permanecer en el 17 % en el año 2016 y sólo el 14 % en el año 2017, esto es, justamente la mitad que apenas tres años antes.

<sup>313</sup> ATS, Sala Segunda, de 3 de febrero de 2014, núm. de recurso 20052/2012, Ponente: GIMÉNEZ GARCÍA. Asimismo, resulta interesante la ponencia al respecto de RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presunción de inocencia. Pena de banquillo (o de telediario)*,

mismo. De esta forma, se traslada la carga social de la absolución al juzgador, no ya al Ministerio Fiscal, el cual ha hecho “lo que había que hacer”.

Por último, para completar todas estas reflexiones al tratamiento que se le da en la práctica forense al delito de quebrantamiento de condena, queremos plantear los datos que se contiene en una última estadística; en esta ocasión, relativa a la adopción de la medida cautelar de prisión provisional.



A este respecto, la adopción de la más grave de las medidas de coerción previstas por el legislador sobre el investigado –y, simultáneamente, de protección para la víctima– aparece con más frecuencia en el delito de quebrantamiento. Así, de representar un 4,17 % del total de las adoptadas en el

---

pronunciada el día 26 de octubre de 2017, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Gobierno de España.

año 2014, va creciendo durante el año 2015 (4,41 %), y el año 2016 (6,46 %) hasta alcanzar en el año 2017 un porcentaje del 6,94 %.

Por consiguiente, queda demostrado esta vinculación entre el delito de quebrantamiento y la doctrina del Derecho penal del enemigo.

Por lo expuesto, se trata de un tipo delictivo que aparece cada vez con mayor frecuencia, donde los archivos decrecen frente a las acusaciones por el mismo, siendo cada vez menores los procesos que no acaban en juicio oral; y, finalmente, donde se adopta cada vez con mayor frecuencia<sup>314</sup> la medida cautelar de prisión provisional.

Otras consecuencias que podemos colegir es que, ante esta alta frecuencia en la comisión del tipo delictivo de quebrantamiento, se descarta que estemos ante delincuentes anormales, con taras o defectos que le impidan comprender la gravedad de sus actos. Habrá, entonces, que atender en mayor medida a sus motivaciones, a sus valores morales, a la finalidad que persiguen y que les lleva a asumir importantísimos riesgos, para intentar comprender este modo de proceder.

No resulta tan sencillo descubrir qué se esconde tras esta reincidencia<sup>315</sup>, no resulta tan evidente como “lo quiero y lo tomo”. Hay más,

---

<sup>314</sup> 618 medidas de prisión en el año 2014, 877 en el año 2016 y 915 en el último año analizado, el año 2017.

<sup>315</sup> KOHLBERG, L. (1927-1987), ha estudiado el desarrollo de la conciencia partiendo del análisis de los juicios morales, especialmente a partir de los razonamientos que todos formulamos ante dilemas morales, para descubrir así, el estadio evolutivo de las personas. Defiende que todas las personas, seguimos unos esquemas universales de razonamiento y, vinculados a la propia psicológica, evolucionamos de esquemas más infantiles y

mucho más, y las campañas de sensibilización social y la propia preocupación de la Ley integral<sup>316</sup> por lograr esta concienciación universal lo demuestran bien a las claras.

Sin embargo, este tipo de delincuentes no parecen poder evitar la reiteración de su conducta. Es como si la costumbre de acercarse a la mujer cuando y como quieran, la atribución de una sumisión a su persona (que el varón asume con naturalidad y no discute) y el menor valor de la hembra; todos estas terribles consideraciones, conjuntamente adoptadas, fueran interiorizadas por el agresor durante tanto tiempo (y, probablemente, desde edad tan temprana) que le resulte muy difícil romper con esa suerte de hábito<sup>317</sup> natural.

---

egocéntricos a esquemas más maduros y altruistas. Comparte con Piaget la creencia en que la moral se desarrolla en cada individuo pasando por una serie de fases o etapas, que son las mismas para todos los seres humanos y se dan en el mismo orden. Kohlberg considera que el desarrollo moral de una persona pasa por tres grandes niveles, el Preconvencional, el Convencional y el Postconvencional, cada uno de ellos, contiene dos estadios o etapas. En total seis estadios de madurez creciente y con razonamientos morales diferentes. El paso de una etapa a otra se ve en este autor como un proceso de aprendizaje irreversible en el que se adquieren nuevas estructuras de conocimiento, valoración y acción. Estas estructuras son solidarias dentro de cada etapa, actúan conjuntamente y dependen las unas de la puesta en marcha de las otras. Recuperado de [http://ficus.pntic.mec.es/~cprf0002/nos\\_hace/desarrol3.html#inicio](http://ficus.pntic.mec.es/~cprf0002/nos_hace/desarrol3.html#inicio).

<sup>316</sup> L.O. 1/2004, Título I, Medidas de sensibilización, prevención y detección, arts. 3-16.

<sup>317</sup> NEAL, D., WOOD, W. y QUINN, J., (2006), *Habits-A repeat performance*: “Within current theorizing, habits are automated response dispositions that are cued by aspects of the performance context (i.e., environment, preceding actions). They are learned through a process in which repetition incrementally tunes cognitive processors in procedural memory... “. Recuperado de la URL [https://dornsife.usc.edu/assets/sites/545/docs/Wendy\\_Wood\\_Research\\_Articles/Habits/Neal.Wood.Quinn.2006\\_Habits\\_a\\_repeat\\_performance.pdf](https://dornsife.usc.edu/assets/sites/545/docs/Wendy_Wood_Research_Articles/Habits/Neal.Wood.Quinn.2006_Habits_a_repeat_performance.pdf)



De esta manera, al igual que el fumador compulsivo no se plantea, en la mayoría de las ocasiones, si prende fuego al cigarrillo, sino que actúa sin más; de igual forma, quien quebranta cede a sus habituales pasiones frente a la conveniencia de su autocontrol.

Resulta muy difícil –por no decir imposible– conocer los motivos que inducen a una persona a cometer un delito. Y tampoco es posible averiguar por qué diferentes sujetos cometen el mismo delito, en nuestro caso, el de quebrantamiento. Las motivaciones son individuales, aunque el entorno<sup>318</sup> también influya, como ha subrayado por WIKSTRÖM<sup>319</sup>, criminólogo profesor de la Universidad de Cambridge, quien fija como momento clave para la comisión del delito el de su examen de viabilidad por parte del delincuente. Quiere decir que si el sujeto activo, en su deliberación<sup>320</sup>, contempla como factible la agresión, se produce un aumento exponencial de la probabilidad de delinquir.

Para que el autocontrol<sup>321</sup> del agente falle será muy importante el

---

<sup>318</sup> Teoría de la acción situacional de la causación del delito.

<sup>319</sup> WIKSTRÖM, P., *Individual's Situational Criminal Actions*, en *The future of Criminology*, LOEBER, R. y WELSH, B. Edit., Oxford University Press, Nueva York (USA), 2012, pág. 57: “*the main challenge to advancing knowledge about crime causation is to identify which few of all the many crime correlates (risk factors) have causal efficacy and, among those that do, what role they play in crime causation (e.g., as causas or causes of the causes)*”.

<sup>320</sup> Aquí tendría cabida todo lo expuesto con anterioridad sobre la teoría económica del delito.

<sup>321</sup> GOTTFREDSON, M. y HIRSCHI, T., *A general theory of crime*, Stanford University Press, Stanford (USA), 1990. Ambos autores proponen sustituir el concepto de criminalidad por el de bajo autocontrol, el cual aparece bajo ya en la infancia y resulta necesario reforzar a lo largo del desarrollo vital, fundamentalmente, a través de la familia. De suerte que “*the major causa of low self-control thus appears to be ineffective child-*

entorno en el cual se desenvuelva, tanto familiar como social, de suerte que si éste ve normal o habitual el ilegal modo de proceder, delinquirá.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, parece haber asumido gran parte de estas reflexiones, que se vienen desarrollando desde finales del siglo pasado. El Estado, pues, asume el fracaso de los padres respecto a la educación de sus hijos en materia de género o, quizás, los progenitores no estén capacitados para educar a sus hijos en violencia de género dado que ellos, a su vez, han sido criados en una mentalidad de corte machista y tradicional.

Por ello el primero de los principios rectores recogidos en esta Ley (art. 2, letra a) es “fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana de prevención, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo [nótese que se coloca la educación en primer lugar], servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático”.

En su Exposición de motivos, ya anuncia que en el (ámbito) educativo se especifican las obligaciones del sistema para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres. El objetivo fundamental de la educación es el de proporcionar una formación integral que les permita conformar su propia identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y valoración *ética* [el subrayado es nuestro] de la misma.

Por tanto, hay una referencia expresa a la Moral, a los valores a los que

venimos aludiendo desde el comienzo de nuestra exposición. El legislador es consciente que, para llevar a cabo una tarea eficaz de prevención; hay que introducir en los ciudadanos una serie de valores morales que les impidan, en el momento de la deliberación, cometer el hecho delictivo. Y para ello, desconfiando de la labor de los padres, se sustituye a éstos, y se imparten estas ideas como obligatorias y curriculares para la Educación Secundaria<sup>322</sup> y se someten a los profesores a la correspondiente formación continuada.

Sin embargo, corregido el error para las próximas generaciones, conviene apostar por la institución familiar como idónea para la transmisión de creencias y valores, por ser la que mayor eficacia<sup>323</sup> ha demostrado hasta la fecha.

Los teóricos de la teoría del aprendizaje, en el ámbito de la Psicología, señalan que hay dos instituciones fundamentales para los niños, en las primeras etapas de la vida: la familia y la escuela. Se ha señalado<sup>324</sup> que en ambas instituciones hay un denominador común: el amor. Siguiendo a otros autores, llega a la conclusión que el niño, desde que nace, comienza a recibir educación. Así, el mundo de los objetos les llega junto al mundo de los afectos y la escuela le completa este proceso iniciado en el hogar.

---

<sup>322</sup> En la Educación Secundaria se incorpora la educación sobre *la igualdad entre hombres y mujeres y contra la violencia de género* como contenido curricular, incorporando en todos los Consejos Escolares un nuevo miembro que impulse medidas educativas a favor de la igualdad y contra la violencia sobre la mujer.

<sup>323</sup> *Id.*, pág. 99: “*Search for supervision presumably prevents criminal or analogous acts and at the same time trains the child to avoid them on his own*”.

<sup>324</sup> CAMEJO LUCH, R., *Teoría del aprendizaje*, editorial El Cid, Chile, 2009, pág. 6.



## **CAPÍTULO IV**

### **CONDUCTA TÍPICA**



## I.- Acción típica: contenido y estructura legal

Se ha consignado<sup>325</sup> como un principio básico del Derecho penal el principio del hecho o –más propiamente denominado principio– de “acto” o de la “conducta” (*nullum crimen sine actione*), conforme al cual únicamente se puede unir una conducta (acción u omisión) que sea exteriormente manifestada y tenga una gran trascendencia social al lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

En nuestros días, la Ciencia del Derecho penal acoge una concepción amplia del concepto de acción<sup>326</sup>, que abarca la acción en sentido estricto y la omisión de lo debido, entendido como un no hacer algo concreto y

---

<sup>325</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, Tecnos, Madrid, 2019, pág. 67, recogiendo, en realidad, la tradicional definición de ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte general*, 1940.

<sup>326</sup> Y también nuestro Código penal. Art. 11:

*“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.*

Con arreglo a dicho precepto, el origen de la posición de garante ha de ser legal, contractual o por un actuar precedente y peligroso, que la doctrina denomina injerencia. *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, tomo LIII, Ministerio de Justicia de España, 2000, pág. 97: “La injerencia se caracteriza porque un hacer precedente (...) obliga al autor a actuar para evitar los daños que puedan derivar de esa acción previa peligrosa”. Disponible *on line* [www.mju.es](http://www.mju.es)

determinado<sup>327</sup>. En ambos casos, estamos ante una infracción de un deber<sup>328</sup>. Ahora bien, la forma omisiva admite una forma propia o pura y otra impura o impropia, caracterizada por la infracción de un deber como garante. Como se ha señalado, la posición de garante se vincula con la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, de suerte que –de producirse un resultado lesivo– se imputa ese resultado jurídico a quien ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido.

Respecto de los elementos que estructuran la acción se ha resaltado que “el contenido de la voluntad llena los requisitos de la acción la actividad corporal humana manejada por la voluntad del autor, que la guía con sentido. Esa voluntad que guía el acto no agota el contenido de la voluntad, que pertenece a la culpabilidad, ni toma en cuenta su formación. Una conducta por ser tal, responde a la decisión del hombre –libre o coacto, imputable o inimputable– y otra que se realice conociendo y queriendo o aceptando algo. No es lo mismo el dominio que guía el movimiento corporal, que el contenido psicológico y volitivo de ese movimiento y el juicio que sobre él pueda hacerse”<sup>329</sup>.

En relación con las ideas expresadas, uno de los elementos indispensables que conforman la acción viene determinado por la voluntad, no obstante, se hará mención a ella con el término dolo o intención, puesto que

---

<sup>327</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (2019), *op. cit.*, pág. 79.

<sup>328</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (2019), *ibidem*: “En el primer caso, se infringe una norma prohibitiva y, en el segundo, una norma preceptiva”.

<sup>329</sup> FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho penal, Introducción y Parte general*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 201.



los términos voluntad y consentimiento, están más íntimamente vinculados a los contratos civiles.

En consecuencia, el componente de voluntad constituye el elemento fundamental sobre el cual se basa la acción, puesto que sin él la acción no tendría razón de ser, bien se ha dicho que la teoría del delito no acoge la ausencia de intención, sino que el sujeto activo en el transcurso de la ejecución del tipo penal, es consciente de todos los actos que despliega u omite iniciar; sin embargo, su propósito final puede consistir en lesionar en la esfera de sus derechos e intereses a otros sujeto, o bien en los casos de imprudencia no tomar las previsiones adecuadas para evitar una lesión hacia un tercero.

De manera concordante con lo anterior, se afirma que la acción típica comprende también el resultado (...) cuyo contenido está limitado a las conductas humanas que lesionan, ponen en peligro o crean posibilidad de peligro para bienes jurídicos<sup>330</sup>.

La teoría finalista del delito considera que la finalidad última de la acción debe conllevar hacia un resultado que se resuma en una utilidad para el sujeto activo, conforme a su fuero interno, con independencia de la consecuencias jurídicas que pueda conllevar su actuar<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> FONTÁN BALESTRA, C. (1998), *ibidem*

<sup>331</sup> KINDHÄUSER, U., *Acerca del concepto jurídico penal de la acción*, en “Cuadernos de Derecho penal”, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2012, pág. 15: “El elemento esencial que debe contener la descripción de una acción es la intencionalidad. Un movimiento “indeseado” no es una acción. La intencionalidad debe estar contenida de manera expresa o tácita en la descripción de la acción. En este contexto la intencionalidad siempre está dirigida a un objetivo que sobrepasa el mero movimiento: la descripción de

Debe existir un nexo entre la intención por parte del sujeto activo, los mecanismos que este despliega a través de su acción<sup>332</sup>, y por consiguiente los resultados obtenidos durante el trascurso y fin de la conducta antijurídica, para que de esta manera pueda atribuírsele la imputación que al efecto corresponda.

En este punto, una vez precisados los elementos genéricos anteriores, se procede a abordar el delito de quebrantamiento de condena, el cual se encuentra previsto en el capítulo VIII, artículo 468 y siguientes, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El delito de quebrantamiento de condena es definido por el Diccionario Jurídico Espasa como “aquellas conductas penales que atacan el interés de la Administración de Justicia en la efectividad de las resoluciones judiciales, en orden a la ejecución de las penas, medidas de seguridad y medidas cautelares dictadas en un procedimiento penal”.

El delito de quebrantamiento de condena comprende la evasión y sustracción del proceso judicial con ocasión al proferimiento de las resoluciones judiciales que al efecto se dicten, quedando ilusoria la ejecución de las mismas, en virtud de la conducta intencional por parte del sujeto activo.

---

una acción interpreta una conducta en la medida en que la une con un objeto que la sobrepasa y que funge como objetivo o finalidad. O, formulado de otro modo: la conducta obtiene su sentido como acción mediante la unión con un objetivo que es perseguido por el actor.” Disponible en [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos\\_de\\_derecho\\_penal/issue/view/44/44](https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/view/44/44).

<sup>332</sup> PEÑA, O. y ALMANZA, F., *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC), Lima, 2010, pág. 10: “los elementos de la acción comprenden: 1.- la manifestación de la voluntad (intención), 2.- el resultado y 3.- la relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado”.

Ahora bien, si –como advertimos– resulta exigible la presencia de una conducta humana como elemento básico y fundamental para poder apreciar la infracción penal, ésta no ha de ser necesariamente positiva, en cuanto que la misma tenga trascendencia hacia el exterior de la persona o, dicho sea en otros términos, que modifique el mundo exterior por voluntad del delincuente; sino que, además, puede tratarse de una conducta meramente omisiva<sup>333</sup>.

En la estructura típica de la omisión existe siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción que no es realizada por el sujeto<sup>334</sup> y en su variante impropia, una posición de garante. En otras palabras, en el delito de omisión impropia, el resultado se describe en la norma prohibitiva aunque no se menciona el comportamiento omisivo. Por tanto, el problema interpretativo surge cuando hay que dilucidar si la forma omisiva ha de equipararse a la activa, que sí se mencionaría expresamente en la Ley<sup>335</sup>.

La acción se manifiesta como un concepto normativo, que va mucho más allá de la mera comprobación de los hechos acaecidos, y donde la tarea del juzgador no se circunscribe a una mera subsunción automática. Cualquiera que sea la modalidad comisiva, se observa que la acción es concebida como un conjunto de conductas voluntarias o intencionales por parte del sujeto activo, las cuales conllevan a una finalidad que no es sí la perpetración del

---

<sup>333</sup> Art. 10 CP: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. En este último caso, la conducta omisiva debe encontrarse expresamente prevista por la ley penal.

<sup>334</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, II, editorial Trotta, Madrid, 1999.

<sup>335</sup> POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, 2019, pág. 86, para quien “la determinación de la posición de garante es una de las tareas más complejas de la dogmática de la Parte general”.

delito mismo, sino un provecho que del mismo obtiene el sujeto activo, así en los delitos contra la propiedad, el provecho irá aparejado por un enriquecimiento al margen de la norma jurídica, entre otros aspectos<sup>336</sup>.

Por último, en cuanto a la clasificación de los tipos penales, atendiendo a la manifestación de voluntad, podemos distinguir entre delitos de acción y de omisión, propia o impropia, como venimos desarrollando.

Atendiendo al resultado, los delitos se dividen en delitos de mera actividad y delitos de resultado. A este respecto, los comportamientos descritos en el artículo 468 CP se consideran de mera actividad, los cuales pueden ser definidos como aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo<sup>337</sup>; y, por contra, los comportamientos de los artículos 469 y 470 CP, serían delitos de resultado.

Se estiman delitos materiales aquellos que “exigen un resultado para su consumación”, de igual modo, la Enciclopedia Jurídica establece que son “delitos materiales aquellos cuya consumación requiere un resultado distinto en el tiempo del movimiento corporal constitutivo de la acción propiamente dicha, a la que está vinculada por el nexo causal”.

La característica fundamental de estas entidades delictuales estriba en

---

<sup>336</sup> Sin embargo, la ley penal no previene únicamente las conductas intencionales, sino también las imprudentes (arts. 5 y 10 CP), las cuales, sin embargo, no tienen cabida en el delito de quebrantamiento.

<sup>337</sup> DÍAZ-ARANDA, E., *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*. 3ª ed., Porrúa, México, 2001, pág. 86.

su orden cronológico, puesto que en modo alguno las consecuencias jurídicas pueden resultar inmediatamente desde el primer acto de ejecución de la conducta antijurídica, sino que es imprescindible que el agente despliegue un acto que acabe la ejecución con la producción del resultado. Los tipos del denominado favorecimiento de evasión son descritos en los arts. 469, 470 y 471 del CP<sup>338</sup>, en los siguientes términos:

*Artículo 469:*

*“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 motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años”.*

*Artículo 470:*

*“1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluso, bien durante su conducción, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas,*

---

<sup>338</sup> Delitos que, por lo demás, tienen una presencia más que residual en la práctica forense. Así, la STS, Sala 2ª, núm. 598/1999, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:1999:2680), absuelve del delito de quebrantamiento de condena por no existir una descripción de los hechos probados suficientemente razonada que desvirtúe la presunción de inocencia. En palabras del Alto Tribunal: “Tenía que haberse dicho en qué consistió ese llamado "intento de fuga" para que nosotros ahora pudiéramos conocer si realmente existió ese inicio de la ejecución por medio de actos que, conforme al plan del autor, hubieran constituido una actividad ya propiamente de peligro de fuga más o menos próximo, es decir, si propiamente hubo una tentativa o, por el contrario, sólo hubo el inicio de una actividad que habría de calificarse sólo como de carácter preparatorio sin haber comenzado aún la ejecución”.

*fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.*

*3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas”.*

*Artículo 471:*

*“Se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos”.*

No es difícil imaginar que el aumento de pena que se impone al funcionario encargado de la conducción se justifica en el mayor desvalor de su comportamiento, por su deber de fidelidad a la Administración Penitenciaria, que agrava la lesión al bien jurídico protegido. La autoría sólo se refiere al funcionario encargado de la conducción o custodia, y otros comportamientos coadyudantes deberán ser objeto de imputación bajo otras formas de participación, ya a título de complicidad o de cooperadores necesarios, sin que

podamos descartar la comisión de otros delitos como el encubrimiento<sup>339</sup>.

Se trata de delitos de resultado, por lo que caben las formas imperfectas de ejecución, en aquellos casos en los que, habiéndose dado inicio a la ejecución del hecho delictivo, la consumación no se produzca. Paralelamente, se admite tanto la tentativa acabada como la inacabada<sup>340</sup>.

En esta materia, la Consulta FGE 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena es, sin duda, un texto de referencia; y, pese a su concreción y el tiempo transcurrido desde su dictado, las conclusiones que presenta continúan plenamente en vigor. El texto lleva a cabo una escueta descripción de los antecedentes legislativos del Capítulo VIII y se muestra muy crítico, tanto con su ubicación sistemática, como con su contenido. Sienta dos conclusiones:

1.- Del delito del art. 468 hay que excluir los supuestos en que la medida quebrantada sea una detención, tanto policial como judicial.

---

<sup>339</sup> Otros comportamientos delictivos, como el no retorno al establecimiento penitenciario tras haber disfrutado de un permiso, deberán subsumirse en el tipo del art. 468.1 CP, en este caso, atenuado; dado que, como señala la SAP de Madrid, Sección 30, núm. 497/2012, de 13 de noviembre (ECLI:ES:APM:2012:18872), FD 2: “hay razones de política criminal que justifican la aplicación del subtipo atenuado durante los permisos penitenciarios porque es posible que al imponer el precepto una pena notablemente superior para el penado que quebrante la condena cuando se halle privado de libertad, pretenda enfatizar la entidad en sí de la conducta del quebrantamiento de la condena o de la medida cautelar, independientemente de cuál fuera la pena impuesta al penado. Y ello porque el legislador considere que supone una mayor resolución y energía criminal el escapar cuando se está privado de libertad que el no reintegrarse a un centro penitenciario o dejar de cumplir una condena que no comprende la privación de libertad”.

<sup>340</sup> SAP de Barcelona, Sección 6ª, núm. 575/2012, de 5 de julio (ECLI:ES:APB:2012:8162).

2.- La mención expresa del detenido en los arts. 470 y 471 sí autoriza a considerar incursos en tales tipos a los terceros que facilitan la evasión de cualquier persona que haya sido detenida en atención a un proceso penal ya incoado o por incoar.

Por tanto, la Consulta trata de fijar los criterios de actuación de la Fiscalía en relación con los casos de evasión del sujeto detenido. Y así como debe excluirse la apreciación de delito alguno en los casos de los arts. 468 y 469, sí cabe apreciar su concurrencia en los dos siguientes.

La FGE llega a esta conclusión en base a razones sistemáticas (exclusión del detenido del subtipo agravado del art. 469 en contraposición a los arts. 470 y 471); históricas (apariencia de que no ha existido voluntad de cambio); y teleológicas (consideración del bien jurídico protegido que llevaría a excluir las medidas no jurisdiccionales, salvo que conste la voluntad expresa del legislador como sucede en los arts. 470 y 471).

Pero todas estas argumentaciones bien podrían resumirse en una sola: *de lege lata*, el respeto al principio de legalidad penal que fuerza al aplicador del derecho a ejecutar y completar la voluntad del legislador. Y parece claro que, así cuando éste ha querido incluir el supuesto de detención, así lo ha llevado a cabo; y, por el contrario, cuando ha querido excluirlo, en igual modo ha omitido cualesquiera referencia al mismo. El principio de intervención mínima penal o, lo que es lo mismo, el carácter restrictivo con el que deben interpretarse los tipos penales nos llevan a la misma conclusión.



No parece que el legislador se haya esforzado sobremanera a la hora de redactar de forma adecuada los tipos del delito de quebrantamiento, en sentido amplio. Con todo, la Circular se centra casi exclusivamente en la situación provisional que es la detención y que circunscribimos a dos supuestos, dejando a un lado la detención por particulares: la puesta a disposición judicial de personas detenidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el legítimo ejercicio de sus funciones y, en segundo lugar, la detención del investigado en busca y captura.

En el primer supuesto, pese a que la conducta del sujeto que se libera de su detención policial no se tipifica como delito de quebrantamiento, debe considerarse como un delito de desobediencia del art. 556 CP. Estamos conformes en que no se incluya semejante comportamiento en el tipo del 468, fundamentalmente, porque el detenido no ha estado aún bajo control judicial.

Pero sí discrepamos de la Fiscalía, modestamente, en el sentido de la necesidad de distinguir un supuesto de detención que sí ha sido previamente ordenado –y tutelado– por la autoridad judicial: nos referimos al caso en el que se ordena la búsqueda, captura y personación de quien no ha comparecido voluntariamente a los llamamientos del juez.

En nuestra humilde opinión, en estos casos, sí debería equiparse semejante comportamiento (el de quien consigue huir de la detención ya practicada) al del quebrantamiento de una medida cautelar porque ha existido una previa decisión judicial que el huido no ha atendido, atentando contra el

bien jurídico protegido, que no es otro que la tutela judicial efectiva<sup>341</sup>.

Y la Fiscalía, en gran medida, apoya esta tesis cuando considera que sólo la detención judicial es propiamente una medida cautelar al participar de la nota de jurisdiccionalidad característica de las medidas cautelares en el proceso penal. La detención policial o la llevada a cabo por un particular, aunque por extensión sea catalogada como medida cautelar, no puede ser reputada en rigor como tal.

---

<sup>341</sup> SUÁREZ LÓPEZ, J.M.<sup>a</sup>, *El autoquebrantamiento de la detención*, en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, 1999, Núm. 01-05.

## II.- Sujetos activo y pasivo

Sujeto activo del delito de quebrantamiento no puede ser cualquiera. Para ser condenado por este tipo penal se requiere que, previamente, el sujeto ya haya sido objeto de una condena anterior o, al menos, se le haya impuesto una medida cautelar de protección, que es objeto de inobservancia por parte del delincuente. A diferencia de los delitos comunes, no posee un sujeto activo indiferenciado, sino que únicamente puede incurrir en quebrantamiento quien ya ha sido sometido a la cadena policial/judicial y, de ahí que la comisión de este delito contenga unas consecuencias muy peculiares en materia de política criminal, que ya han sido objeto de análisis en nuestro trabajo<sup>342</sup> y sobre las que seguiremos insistiendo.

Como se ha señalado<sup>343</sup>, estamos ante un delito especial propio, que únicamente puede cometer el obligado por la pena o medida cautelar o de seguridad; sin perjuicio que, como veremos, en materia de violencia de género, la propia mujer beneficiada por la medida de protección puede ser participe en la comisión del delito de quebrantamiento.

Por otro lado, tampoco podrá imputarse el delito de quebrantamiento de condena a la persona jurídica. No obstante, se trata de una cuestión que no está

---

<sup>342</sup> No exclusivamente, pero sí principalmente, en el Capítulo II, apartado 2; y a lo largo de todo el Capítulo III de este trabajo.

<sup>343</sup> CUETO MORENO, C., *El quebrantamiento de las órdenes de alejamiento: problemática en el ámbito de la violencia doméstica y de género*, Athenaica ediciones universitarias, Sevilla, 2018, pág. 23.

bien resuelta en nuestro Código penal, pero la conclusión parece obvia. El apartado 7 del artículo 33 CP<sup>344</sup>, contiene una serie de penas aplicables a las personas jurídicas, todas ellas con la consideración de graves. Es posible que la persona jurídica no respete la prohibición de realizar su actividad durante el plazo fijado (letra c) o aperture sus establecimientos (letra d), a título meramente ejemplificativo. Pues bien, en estos casos, no parece plausible admitir una condena sobre la propia compañía por un delito de quebrantamiento; aunque sí podría estudiarse la responsabilidad del administrador de la misma por incumplir las sanciones interdictivas<sup>345</sup>, en este caso, por realizar alguna de las actividades que están suspendidas o prohibidas.

A nuestro entender, el principio de personalidad de las penas, unido a los de taxatividad y tipicidad penales, impiden atribuir el delito de quebrantamiento de condena a una persona jurídica. Hay que señalar que el artículo 31 bis CP comienza aseverando “en los supuestos previstos en este Código”, lo que sólo puede entenderse como una relación exhaustiva (*numerus clausus*<sup>346</sup>) de los casos en que cabe apreciar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento penal español. Más allá de este criterio literal, ya de por sí suficiente, tampoco parece justo ni adecuado

---

<sup>344</sup> Introducido por el apartado quinto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal.

<sup>345</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DíEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal*, 2ª ed., editorial Civitas, Madrid, 2016, Cap. X, III.

<sup>346</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, 2019, pág. 44.

exigir responsabilidades penales a una sociedad que, necesariamente, debe actuar mediante terceros y que ha sido privada de uno o varios de los derechos enumerados en el art. 33.7 CP. Quien actúa de esta forma, se aprovecha de una apariencia de legalidad que la mercantil no puede evitar y cuyos ilícitos frutos tampoco recibe<sup>347</sup>.

En gran medida, recuerda a aquellos casos en los que alguien finge ser representante de una empresa para, sin conocimiento de ésta, llevar a cabo transacciones comerciales en su propio beneficio, lo que sin duda constituye un delito de estafa, pero en ningún caso puede devengar responsabilidad criminal quien ha sido también víctima o ha sido ajeno al negocio fraudulento.

Actualmente, en nuestra legislación<sup>348</sup>, los niños, considerando como tales a los menores de 14 años, no son responsables penalmente (art. 3 L.O. 5/2000). Por debajo de esta edad, que habrá que valorar al momento de la comisión del hecho delictivo, son inimputables, ya que su personalidad no ha alcanzado todavía el grado de desarrollo o madurez necesario que le permita comprender el carácter ilícito de su conducta y, por tanto, obrar conforme a ese conocimiento<sup>349</sup>. Por encima de esa edad (14 años) y hasta los 18 años, los

---

<sup>347</sup> Preámbulo VII L.O. 5/2010, de 22 de junio (B.O.E. núm. 152/2010, de 23 de junio): Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados.

<sup>348</sup> Art. 1.1 L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (B.O.E. núm. 11/2000, de 13 de enero), al cual se remite el art. 19 CP.

<sup>349</sup> BRAGE CENDÁN, S.B., *Cuadernos de Criminología*, Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2013, pág. 102.

jóvenes delincuentes (“delincuencia juvenil”) no responden ante la misma jurisdicción penal que los adultos, sino que quedan sometidos a los Juzgados de Menores<sup>350</sup>.

Tradicionalmente, el interés en relación a los menores delincuentes ha radicado en detectar los factores de riesgo de reincidencia en la etapa de la adolescencia que, posteriormente desembocan en delincuentes sistemáticos que, a lo largo de su vida, mantienen numerosos contactos con la Administración policial y judicial, con constantes entradas y salidas de las comisarías y de los establecimientos penitenciarios. Las carreras delictivas han sido definidas como “la secuencia longitudinal de delitos cometidos por delincuentes individuales”<sup>351</sup>.

Descartados los modelos de aprendizaje social<sup>352</sup>, desde el último cuarto del siglo XX, vienen tomando fuerza las teorías del análisis de los “factores de riesgo”, entendidos como todos aquellos que contribuyen, ya a la aparición del delincuente ya al desarrollo de la reincidencia o la posibilidad del desistimiento. Cabe asimismo identificar<sup>353</sup> factores que refuerzan el vínculo

---

<sup>350</sup> Arts. 96-97 LOPJ y art. 2 L.O. 5/2000.

<sup>351</sup> BLUMSTEIN, A., COHEN, J. y ROTH, J.A., *Criminal careers and “career criminals”*, Volume I, National Academy Press, Washington D.C., 1986, pág. 12

<sup>352</sup> BANDURA, A., (n. 1925): “prácticamente, cualquier fenómeno que ocurre por experiencia directa también puede suceder de manera vicaria, mediante la observación de otra gente y las consecuencias que recibe”.

<sup>353</sup> HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, University of California Press, Berkeley, 1969, pág. 18. Cita a DURKHEIM, *Moral Education: a study in the theory and application of the sociology of education*, ed. Everett K. Wilson, New York, 1961, pág. 64: “We are moral beings to the extent that we are social beings”.

del sujeto adolescente<sup>354</sup> con la sociedad de la que forma parte a fin de apartar al joven del camino delincencial, tales como mejorar su nivel de formación, obtener un empleo, contraer matrimonio o la paternidad.

La cuestión sería plantearnos la posibilidad que los menores puedan cometer el delito de quebrantamiento, dado que las medidas que pueden imponerse a los mismos no están expresamente recogidas en la –muy amplia, por lo demás– descripción del artículo 468.1 CP. Se trata, por lo demás, de una polémica jurisprudencial muy antigua que, en fechas muy recientes, ha sido definitivamente zanjada por nuestro Alto Tribunal.

La controversia nace de una –aparentemente– poco afortunada redacción legal. En efecto, el apartado 3<sup>355</sup> del artículo 50 L.O. 5/2000, dispone, para el supuesto que el menor quebrantare (éste es el término que el legislador utiliza) una medida privativa o no privativa de libertad impuesta por un Juzgado de Menores, lo siguiente: “Asimismo, el Juez de Menores

---

<sup>354</sup> FARRINGTON, D.P., & WEST, D.J., *Effects of marriage, separation and children on offending by adult males*, en Z.S. BLAU, & J. HAGAN (Eds.), *Current perspectives on aging and the life cycle*, vol. 4., *Delinquency and disrepute in the life course*, JAI Press, Greenwich, CT, 1995, pág. 252: “Como los criminólogos saben de sobra, la edad influye enormemente en la participación en la delincuencia. La mayoría de los delincuentes cometen sus primeros delitos en algún momento entre las edades de 13 y 15 años”.

<sup>355</sup> Redactado por el apartado cuarenta del artículo único de la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores («B.O.E.» 5 diciembre). Introducido a raíz de una Enmienda del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (Boletín de 15-10-99), que fue asumida por el Dictamen de la Comisión Parlamentaria y publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados del día 27-11- 99, e incorporada al texto definitivo, que se apoyaba en el siguiente argumento: “se trata de posibilitar iniciar un nuevo expediente –por desobediencia, por ejemplo–, y que proceda nueva valoración del equipo técnico a fin de postular, en su caso, nueva medida”.

acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador”.

A este respecto, la SAP de Vitoria, Sección 1ª, núm. 94/2005, de 21 de junio<sup>356</sup>, estima el recurso de apelación y absuelve al condenado por un delito de quebrantamiento de medida, porque el art. 50 LORPM solamente contempla como quebrantamiento la fuga o no reingreso después de que el menor ya ha ingresado, es decir, ha comenzado la ejecución. Por contra, en el caso de autos, el menor ni siquiera había comenzado la ejecución de la medida porque no se presentó en el establecimiento señalado para su cumplimiento.

Por su parte, la SAP de Madrid, Sección 16ª, núm. 321/2008, de 14 de mayo<sup>357</sup>, examina un supuesto de fuga mientras cumplía una medida de internamiento en régimen semiabierto impuesta por un Juzgado de Menores. En este caso, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia que condenaba al menor por un delito de quebrantamiento de condena. Son varios los argumentos que esgrime el Tribunal para ello: la naturaleza sancionadora de las medidas impuestas a los menores; la dicción literal de los arts. 50.3 y 8.2 de la L.O. 5/2000, éste último relativo al plazo máximo de duración de las medidas privativas de libertad impuestas a los menores; y la propia orientación “hacia la reeducación y reinserción social” que el artículo 25 apartado 2 de la Constitución atribuye expresamente a las penas privativas de

---

<sup>356</sup> ECLI:ES:APVI:2005:396.

<sup>357</sup> ECLI:ES:APM:2008:6775.



libertad y las medidas de seguridad previstas en el Código Penal.

Esta segunda resolución contempla un supuesto, prácticamente, de analogía con el art. 468 CP, la cual está prohibida en derecho penal; o, cuanto menos, de una interpretación extensiva, sobre la que podemos obtener idénticas conclusiones. De ahí que la solución aportada por el Tribunal Supremo resulte necesaria y, a mi entender, tan sencilla como procedente.

Como decimos, muy recientemente, el Tribunal Supremo ha zanjado la cuestión. La STS, Sala 2ª, núm. 68/2020, de 14 de enero<sup>358</sup>, analiza un supuesto en que un mayor de edad, cumpliendo una medida de internamiento acordada por un Juez de Menores, regresa al centro cuatro días después de la finalización del permiso concedido. El TS confirma la Sentencia que condena a dicho sujeto a un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 CP, en base a los siguientes argumentos:

- 1) Aunque el artículo 468 CP no incluya de manera específica dentro del tipo penal el incumplimiento de las medidas sancionadoras impuestas a los menores en un proceso penal, esa indefinición legal no reviste la consecuencia de su atipicidad, en tanto es integrada por el aplicador jurídico sin suponer una interpretación extensiva contra reo, sino racional y lógica, acudiendo al bien jurídico protegido por el delito que es la administración de justicia, y en concreto, la eficacia de determinadas resoluciones judiciales garantizando su ejecución siempre que, como es el caso, las mismas hayan sido acordadas en un proceso

---

<sup>358</sup> ECLI:ES:TS:2020:68.

criminal y tengan una naturaleza penal.

- 2) Se trata de una condena que quebranta siendo mayor de edad.
- 3) El art. 50 de la LORPM<sup>359</sup> no puede aplicarse a los casos de menores de edad que infringen y quebrantan las medidas.
- 4) Quebrantar una medida siendo mayor de edad no puede ser impune, ya que no puede aplicársele la LORPM al mayor edad.
- 5) Todas las menciones que se hacen en la LORPM evidencian que, aunque el fin de la respuesta penal de menores sea reeducadora y resocializadora, la finalidad de las medidas previstas en la indicada Ley también es sancionadora.
- 6) También el fin de la pena en la respuesta sancionadora a los mayores de edad es de resocialización y reinserción, pero ello no impide que se trate de “condenas”.
- 7) No existe infracción del principio non bis in ídem cuando se trata de “fugados de un centro”, ya que una cosa es la sanción interna y otra el delito que se haya cometido, ya que existe una relación de sujeción especial entre el preso o el menor interno y la administración penitenciaria o la entidad competente en materia de centros de menores
- 8) La propia Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 de 18 de diciembre.
- 9) Y existen precedentes jurisprudenciales: STS, Sala Segunda, de lo Penal, 944/2010, de 25 Oct. 2010, Rec. 20636/2009; STS, Sala

---

<sup>359</sup> Este artículo plantea tres supuestos: menos que quebranta una medida privativa de libertad; menor que quebranta una medida no privativa de libertad y, por último, las consecuencias del menor que quebranta la medida al fiscal de menores, precisamente, por tratarse de un menor de edad.

Segunda, de lo Penal, 146/2014 de 14 Feb. 2014, Rec. 1599/2013.

En conclusión, sólo a quien es mayor de edad a la fecha de su comisión puede atribuirse un delito de quebrantamiento.

Dejando a un lado los casos de personas jurídicas y de menores, podemos afirmar que, desde los autores más clásicos<sup>360</sup>, ha sido una constante en el seno de las Ciencias Sociales, entre las que debemos incluir el Derecho Penal y la Criminología, la elaboración de teorías, más o menos deterministas, orientadas al descubrimiento y revelación de los factores que provocan las carreras delincuenciales. En definitiva, ¿qué ocurre para que una persona delinca?<sup>361</sup> Y, en nuestro caso ¿por qué quien ya se encuentra bajo el control de la Administración de Justicia, ya sea a través de una medida cautelar o cumpliendo una pena firme, con desprecio al sistema y con el riesgo cierto de una agravación de su situación personal; opta por desobedecer el mandato judicial?

En el delito de quebrantamiento no basta el clásico análisis de los factores situacionales<sup>362</sup> o de riesgo, que favorecen la aparición del delito. El

---

<sup>360</sup> LOMBROSO, C., *El hombre delincuente*, 1876.

<sup>361</sup> FARRINGTON, D., *Criminología del desarrollo y del curso de la vida*, en *Derecho penal y Criminología como Fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 239, destaca que la criminología del desarrollo y del curso vital adquirió importancia durante la década de 1990, debido al enorme volumen e importancia de la investigación longitudinal sobre la delincuencia publicada en esa década.

<sup>362</sup> FÄH, L., RAINER, S. y KILLIAS, M., *¿Un nuevo determinismo? La exclusión de las relaciones probabilísticas y de las influencias situacionales en los enfoques neurocientíficos*, en *Estudios homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez, op. cit.*, 2006, pág. 231, distinguen dos importantes teorías: el estilo de vida (*Lifestyle*) (HINDELANG et al.,

infractor ya ha sufrido el engranaje judicial, esto es, conoce las consecuencias de sus actos y se le anuncian males mayores en caso de no corregirse. Por tanto, al persistir en su actitud –al quebrantar, en definitiva–, está demostrando una mayor peligrosidad social que otros delincuentes. En esta línea de razonamiento, podemos afirmar que continua delinquiendo porque quiere y porque, pudiendo elegir, se decide por seguir infringiendo la ley, inclusive violentando las barreras de protección que le han sido especialmente impuestas para proteger a la víctima. De ahí que, necesariamente, la respuesta de la sociedad organizada deba ser contundente, porque mayor es el grado de culpabilidad<sup>363</sup> de quien quebranta. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige un castigo adecuado a este mayor grado de criminalidad, que sufre un agravamiento en caso de estar relacionado con el ámbito de la violencia de género.

Expresamente se ha reconocido<sup>364</sup> que los estudios realizados en el contexto de la violencia familiar nos demuestran que el comportamiento criminal suele ser corto de miras, accidental; es más, “produce escasos beneficios y da lugar a considerables consecuencias negativas a largo plazo para el actor”.

¿Qué motiva al agresor de violencia de género? Y, particularmente,

---

1978, 121 y ss.) y el enfoque basado en las actividades rutinarias (*Routine Activities*) (FELSON, 1998 y 2006).

<sup>363</sup> Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículos 5 y 10 CP.

<sup>364</sup> GOTTFREDSON, M. y HIRSCHI, T., *A General Theory of Crime*, Stanford University Press, Stanford, 1990, pág. 89: “Tiende a no ser planificado con mucha antelación, sino que con bastante frecuencia parece casi espontáneo (...) En resumidas cuentas, apenas puede decirse que sea utilitario”.

¿qué motiva al quebrantador de VG? Hay más preguntas ¿hay una elección racional<sup>365</sup> del delincuente maltratador o sólo es guiado por impulsos, por sus emociones, de suerte que nublan su razón? En principio, la teoría del delito como elección racional parte de la idea de utilidad esperada, es decir, un concepto económico donde el delincuente lleva a cabo una valoración beneficio/pérdida y opta por aquello que le resulta más rentable. A nuestro entender, este planteamiento resulta demasiado simple y sólo aplicable a determinados tipos de delitos, básicamente, económicos. Imagínese un pirómano que no busca enriquecerse con una futura recalificación urbanística de los terrenos quemados, sino que simplemente disfruta viendo arder el monte.

Se podría argumentar que, en tales casos, estamos ante enfermos mentales, que tienen alterada su capacidad de elección racional. Sin embargo, en numerosos ámbitos delictuales, la capacidad intelectual del delincuente se encuentra muy alterada; sin embargo, no se plantea una atenuación del castigo por ello<sup>366</sup>. Y si hay un ámbito arquetípico para ello, éste es el de la violencia de género. Merece la pena preguntarse si el maltratador realiza una valoración coste/beneficio de sus actos o le motivan exclusivamente sus emociones: los celos, sus propia inseguridad, antecedentes familiares de maltrato, contexto social machista, etc.

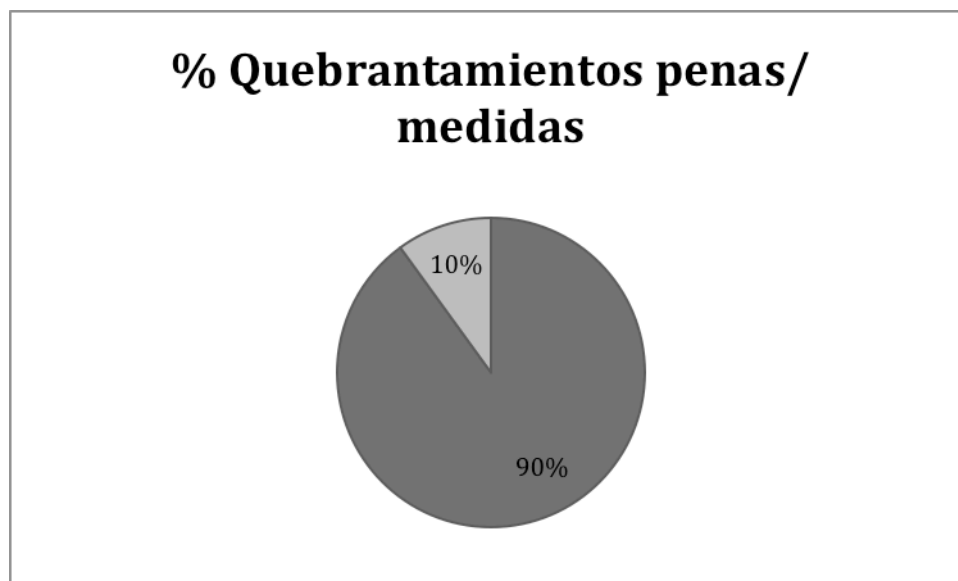
En el caso del delito de quebrantamiento, debemos dilucidar si tras el

---

<sup>365</sup> Teoría del delito como elección racional: WILSON, J.Q. y HERRNSTEIN, R.J., *Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime*, Simon & Schuster, Nueva York, 1985.

<sup>366</sup> Art. 21.3 CP atenuante de arrebató y obcecación.

paso por la Administración de Justicia, cabe exigir una actuación más racional o si, por el contrario, su capacidad continúa alterada. Podríamos atender a una primera valoración en función del tiempo transcurrido entre la pena/medida impuesta y el quebrantamiento cometido. Para ello, hemos elaborado una estadística propia<sup>367</sup>, sobre una muestra de 30 asuntos, en los cuales se imputaba al investigado un delito de quebrantamiento. Como observamos en la gráfica, en 27 de los 30 supuestos, se investigaba por un delito de quebrantamiento de medida cautelar, no de condena.



Por tanto, resulta evidente que hay un componente de obcecación, en cuanto negativa del hombre a aceptar la separación de la mujer, de ahí que

---

<sup>367</sup> Las estadísticas oficiales contemplan el delito de quebrantamiento de condena, si bien incluye –sin distinguir– la desobediencia a las medidas cautelares. *Vid.* [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro\\_27\\_X\\_Informe.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_27_X_Informe.pdf)

parece lógico concluir que, a medida que transcurre el tiempo de obediencia a la prohibición impuesta, disminuye el riesgo de quebrantamiento de la medida. Para el caso de penas de prohibición, el tránsito por el ambiente penitenciario y la sumisión a programas de reeducación, provocan indefectiblemente que el riesgo de quebrantamiento disminuya considerablemente.

Habría que convenir que no existe cálculo de beneficios en el quebrantamiento o, en todo caso, que el cálculo que realizan los delincuentes es del todo erróneo: resulta evidente que, apercibido expresamente para ello en el ámbito judicial, quebrantar la pena o medida de alejamiento le va a conllevar importantes perjuicios penales: va a ver agravada su situación procesal, va a ser objeto de imputación de un nuevo delito y, concurriendo ciertas circunstancias, puede llegar a ingresar en prisión. Es decir, semejante comportamiento no va a quedar impune cuando, además, en nuestros días, todos somos conscientes del mayor celo policial y judicial que concurre en la VG.

El quebrantador no piensa en las consecuencias negativas de sus actos, simplemente, no acepta la separación y busca retomar el contacto con la víctima, a la que valora de su propiedad. No cabe realizar equiparaciones o establecer similitudes con otros tipos delictuales, como los delitos contra la propiedad. En éstos, se presume una mayor racionalidad, un mejor cálculo de los riesgos de la reincidencia delictiva y, no obstante, son frecuentes los casos de delincuentes con un largo historial delictivo. Todo ello nos llevaría a plantearnos la eficacia disuasoria de las penas, materia que excede con mucho

el ámbito del presente trabajo.

En lo relativo a la motivación para la delincuencia, según la teoría general de la tensión<sup>368</sup>, los jóvenes son impelidos a la delincuencia por estados emocionales negativos, tales como la ira, la frustración o el resentimiento. Se han reconocido<sup>369</sup> tres fuentes productoras de la tensión. Nosotros destacamos la última de ellas: cuando una persona es sometida a situaciones negativas o aversivas de las cuales no puede escapar, tales como la victimización infantil, experiencias escolares negativas, frustración laboral, escasa capacidad económica, residencia en barrios desestructurados o, en casos más graves, abuso infantil, maltrato paterno... Todas ellas son fuentes de tensión que, en algún momento, habrá que aliviar. No puede extrañar, pues, que en base a estos factores el sujeto pueda aparecer predispuesto a cometer actos violentos, singularmente, aquellos impulsados por la ira<sup>370</sup>, muy presente en la VG.

---

<sup>368</sup> GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE, P., REDONDO ILLESCAS, S., *Principios de Criminología*, 3ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 240: “En el modelo de la tensión de AGNEW, las relaciones con otras personas que explican la delincuencia son de carácter negativo. Se trata de aquellas interacciones con otros que son susceptibles de producir frustración o tensión en el individuo, precipitando su conducta delictiva”.

<sup>369</sup> AGNEW, R., *Pressured into crime an overview of general strain theory*, Roxbury Publishing Company, Los Ángeles (EE.UU.), 2006.

<sup>370</sup> ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. y DE CORRAL GARGALLO, P., *Manual de violencia familiar*, 1ª edición, 5ª impresión, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2002, pág. 77, consideran que la “conducta violenta en el hogar es el resultado de un estado emocional intenso –la ira– que interactúa con unas actitudes de hostilidad, un repertorio pobre de conductas (déficit de habilidades de comunicación y de solución de problemas) y unos factores precipitantes (situaciones de estrés, consumo abusivo de alcohol, celos, etc.) así como la percepción de vulnerabilidad de la víctima”.



Para prevenir la comisión de estos delitos sólo hay dos caminos: reforzar los contextos que acercan al individuo a una mejor integración social y que, al mismo tiempo, lo alejan del delito<sup>371</sup>; y, de fracasar este control social informal, hacer efectivo aquellos otros mecanismos de control institucionales –control formal– de los que disponemos en el Estado de Derecho.

Por último, queda abordar la figura del sujeto pasivo del delito.

Sujeto pasivo del delito no es quien recibe el efecto lesivo del delito, sino el titular del bien jurídico protegido. La diferencia se aprecia muy bien en el delito de quebrantamiento de condena<sup>372</sup>. Aunque indirectamente, en materia de violencia de género o doméstica, las medidas y las penas de alejamiento y prohibición de comunicación están claramente orientadas a reforzar la protección de las víctimas; es evidente que el bien jurídico es el respeto, la observancia y el cumplimiento del contenido de las resoluciones judiciales<sup>373</sup>, lo que justifica la propia ubicación sistemática del precepto

---

<sup>371</sup> HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, University of California Press, Berkeley (EE.UU.), 1969, estima que el apego emocional o, en otros términos, la falta de apego representa la variable más relevante en la etiología de la conducta delictiva.

<sup>372</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, 2019, pág. 61, entiende que existe, pues, una correlación entre sujeto pasivo y bien jurídico, de manera que el sujeto pasivo se convierte en una figura trascendental de la teoría del delito en tanto se identifica con el titular del bien o valor jurídicamente tutelado por el Derecho penal.

<sup>373</sup> Esta dualidad se encuentra perfectamente asentada en nuestra jurisprudencia. Por todas, la reciente STS, Sala 2ª, núm. 667/2019, de 14 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:64), señala en su FD 1, numeral 4: “Se trata de un delito contra la Administración de Justicia, cuyo bien jurídico protegido de forma primordial es la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, cuyo cumplimiento y subsistencia no puede quedar a merced de la víctima (entre otras, SSTS

porque es el Estado, en definitiva, a través del ataque al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, el titular del bien jurídico protegido; sin perjuicio que, en esta materia, sea fácilmente comprensible que, puesto que todas estas medidas o penas adicionales se encuentran orientadas hacia la mejor protección de la víctima, la indemnidad de la misma ha de integrarse –forzosamente– dentro del ámbito de protección de la norma penal.

Cuando un varón quebranta la medida cautelar y por ejemplo contacta telefónicamente con su ex-pareja, está ocasionando casi con total seguridad una inquietud en la mujer protegida, pero lo más relevante es que ha desobedecido el mandato judicial. Otra cuestión es que, con alta frecuencia, esa llamada telefónica pueda ir acompañada de amenazas o insultos; pero, en estos supuestos, estamos contemplando otros tipos penales, con la respuesta legalmente establecida, pero que van más allá del tipo de quebrantamiento *stricto sensu*.

En suma, se ha señalado que “el sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito”<sup>374</sup>. De ello se infiere que sujeto pasivo es la persona física o jurídica afectada por causa o a consecuencia de la transgresión de la norma jurídica, siendo en definitiva el titular del bien

---

268/2010, de 26 de febrero; 39/2009, de 29 enero; ó 803/2015, de 9 de diciembre). Ciertamente es que hemos dicho de este tipo penal, entre otras en la STS 664/2018, que tiene un carácter dual, pues también persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas”. En palabras de la STS 846/2017, de 21 de diciembre, “se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo; 803/2011, de 15 de julio; 110/2010, de 12 de junio; 48/2007, de 25 de enero). Lo que, sin embargo, no desnaturaliza su carácter”.

<sup>374</sup> ANTOLISEI, F. y CONTI, L., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 13ª ed. agg. e integrata a cura di Luigi Conti, Giuffrè, Milano, 1994.

jurídico tutelado del cual se trate; sin embargo, es importante señalar el criterio<sup>375</sup> según el cual “los términos damnificado o perjudicado pertenecen más claramente al ámbito del derecho procesal, y se los emplea para señalar a quienes pueden ser titulares de la acción penal y civil emergentes del delito, aun cuando algunos autores los limitan únicamente a la acción civil”.

Por consiguiente, la cualidad de víctima alcanza una importante significación en el campo del Derecho procesal penal, confiriéndole a ésta el derecho subjetivo de accionar contra el sujeto activo cuyos resultados de la conducta antijurídica asumida, originaron la lesión en el sujeto pasivo, todo esto sin perjuicio de la responsabilidad civil extracontractual que pueda reclamar el sujeto pasivo ante los órganos judiciales a quienes corresponda.

Por supuesto, sujeto pasivo del delito de quebrantamiento puede ser la menor de edad, si bien su presencia es poco significativa, como es de prever. A este respecto, si atendemos a la estadística publicada por el Ministerio del Interior<sup>376</sup> del Gobierno de España, la cual a nuestro entender es más fiable cuando manejamos esta clase de datos que los suministrados por los diferentes órganos judiciales al CGPJ; en relación con el delito de malos tratos en el ámbito familiar, los menores de 18 años representaron el 6,68 % del total de víctimas, para el año 2017; y algo superior, el 6,90 %, en el año 2018.

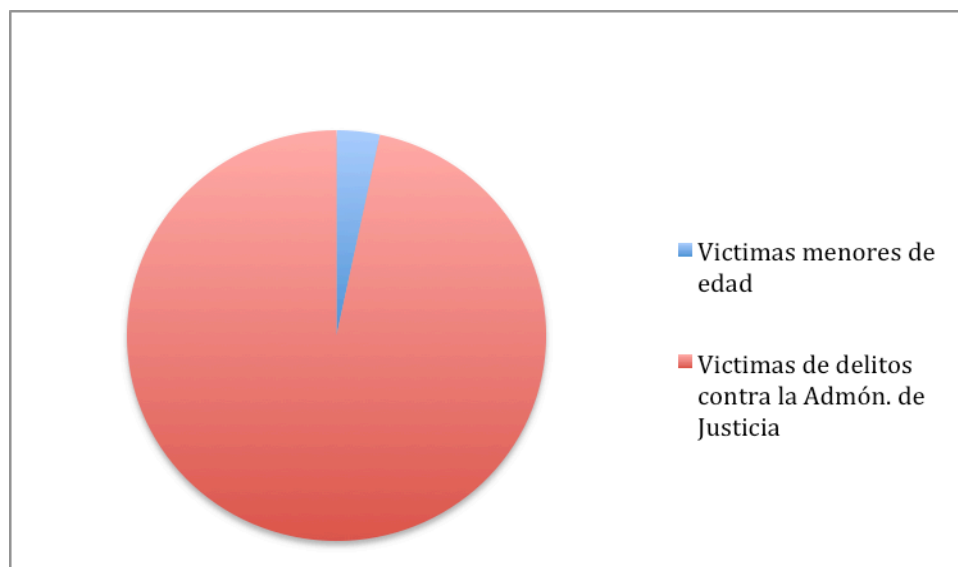
Con relación a los delitos contra la Administración de Justicia, dentro de los cuales se incardina el delito de quebrantamiento, sólo el 3,2 % de las

---

<sup>375</sup> BATTAGLINI, G., *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 1949, pág. 78.

<sup>376</sup> [www.interior.gob.es](http://www.interior.gob.es)

víctimas fueron menores de edad, en el año 2017; y el 3,44 %, ya en el año 2018. Gráficamente, quedaría así representado:



Un elemento muy interesante en esta materia<sup>377</sup> es el acto formal de requerimiento<sup>378</sup> que se realiza al sujeto para el cumplimiento de las penas

---

<sup>377</sup> Otra cuestión, asimismo, relevante puede ser la colaboración de la víctima en la propia comisión del delito de quebrantamiento. No obstante su interés, será objeto de análisis separado en sede de antijuricidad.

<sup>378</sup> Un modelo (de medida cautelar) podría ser el siguiente: DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO.- En XXX, a XXX de XXX de XXX. La extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia para hacer constar que teniendo a mi presencia a XXXX asistido por su Letrado, le notifico el Auto de fecha XXXX, en cuya parte dispositiva dispone: “Acuerdo imponer a XXX las siguientes medidas cautelares: prohibición de aproximarse a XXX a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que la misma frecuenta a una distancia inferior a XXX metros, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento. Le comunico que tales medidas se encuentran en vigor desde este momento y le requiero para su cumplimiento, apercibiéndole expresamente que el incumplimiento de las mismas podría dar lugar a la adopción de medidas cautelares más restrictivas de libertad, incluso la prisión provisional, sin perjuicio de las responsabilidades penales que se pudiesen derivar del incumplimiento de las medidas cautelares por la presunta comisión de un delito de quebrantamiento de

o medidas cautelares impuestas y cuya transgresión desemboca, en definitiva, en la comisión del delito de quebrantamiento.

La finalidad de este formal requerimiento no escapa a nadie. Se trata, en definitiva, de impedir que el infractor pueda alegar desconocimiento total o parcial de la existencia o contenido de las medidas restrictivas<sup>379</sup>, de ahí que se realice en sede judicial, con asistencia letrada y ante el Letrado de la Administración de Justicia, como depositario de la fe pública judicial<sup>380</sup>. De no ser así, podría invocarse la doctrina del error –ya veremos si de tipo o de prohibición– que será objeto de análisis más adelante.

De hecho, uno de los campos que debe ser cumplimentado para la anotación telemática de la medida cautelar (SIRAJ) es, tras la fecha de adopción de la misma, la fecha de notificación que, por tanto, puede diferir en el tiempo. Pues bien, hasta que no se incorpora esta fecha de notificación, el sistema no reconoce la medida como “activa”, lo que implícitamente está reconociendo que, sin perjuicio de haber sido adoptada con anterioridad, la medida no estará activa hasta que sea notificada al obligado a su cumplimiento y no podrá ser considerado delito de quebrantamiento cualquier contravención a lo ordenado por la resolución judicial si ésta era desconocida por el sujeto.

---

medida cautelar del art. 468 del Código penal. Doy fe”.

<sup>379</sup> En palabras de la SAP de Tarragona, de 24 de febrero de 2010 (EDJ 2010/132353), “quien está sometido a un proceso penal, asistido de letrado, al que se le ordena que se abstenga de un determinado comportamiento y se le requiere personalmente para el cumplimiento de la medida cautelar impuesta no puede argüir desconocimiento de la vigencia del mandato por no haber obtenido respuesta del juzgado ante la denuncia interpuesta por el propio acusado contra la víctima, imputándole a ésta el quebrantamiento de la prohibición”.

<sup>380</sup> Art. 453.1 LOPJ.

Es posible, por consiguiente, anotar la medida en SIRAJ y diferir su condición a activa, en el momento en que conste su notificación al obligado, y ello sin tener que esperar a la firmeza de la resolución –que es susceptible de reforma y apelación– por un evidente sentido de efectividad de la misma.

Será habitual que el juzgado de instrucción –o el de violencia sobre la mujer– que conozca del quebrantamiento deba solicitar al juzgado que acordó la medida cautelar testimonio de la resolución, así como del requerimiento al investigado y expresión de su vigencia a la fecha de comisión de los hechos investigados. En el caso de penas impuestas, habrá que estar a la liquidación de condena que, asimismo en sede judicial, se realiza al condenado y que, al requerirle el inmediato cumplimiento de las impuestas, se traducen en el *dies a quo* de su cumplimiento.

En pro de la progresiva digitalización de la Administración de Justicia y la mayor facilidad para su acceso y conservación, resulta práctica frecuente en nuestros días que los órganos judiciales digitalicen estos requerimientos y los incorporen a las bases de gestión procesal, evitando así la pérdida de documentos de gran valor probatorio.

En relación con esta última cuestión, podemos afirmar que la inexistencia del requerimiento no impide la apreciación del delito siempre que el acusado conociera la medida adoptada y fuera consciente que no podía aproximarse o comunicarse<sup>381</sup> con la víctima. A este respecto, la SAP de

---

<sup>381</sup> En realidad, la naturaleza de la prohibición de comunicación y acercamiento como medida cautelar resulta de la dicción del art. 544 bis de la LECrim. el cual, en su

Madrid de 24 de marzo de 2015<sup>382</sup> señala: “esta Sala, aún compartiendo el hecho de que efectivamente en las actuaciones no consta la notificación fehaciente del auto en el que se adopta la medida cautelar, y que el acusado no ha declarado y este silencio no puede tomarse como prueba o dato de carácter incriminatorio, en lo que discrepa de la sentencia es de que el acusado no conociera el contenido, los efectos y las consecuencias de la medida cautelar dictada en su día por el Juzgado de Instrucción y mantenida por el Juzgado de lo Penal que dictó sentencia de carácter condenatorio hasta su firmeza”.

---

último párrafo, define la prohibición como medida precautoria (SAP Madrid de 5 de enero de 2016, EDJ 2016/6873).

<sup>382</sup> EDJ 2015/48235.

### III.- Resultado jurídico: causalidad y omisión

La cuestión sería analizar si, en la figura del quebrantamiento, el legislador contempla su comisión como acción positiva con trascendencia hacia el exterior o, por el contrario, permite modalidades de comisión omisiva, ya sean éstas propias o impropias.

Respecto del comportamiento descrito en el apartado 1 del artículo 468 CP (quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia), parece claro que estamos ante una inobservancia de un deber jurídico impuesto por una norma de naturaleza prohibitiva, es decir, de abstención de un determinado comportamiento. Estamos, por tanto, ante un delito de acción, puesto que requiere de una conducta positiva por parte del sujeto activo ejecutada habitualmente con la voluntad de lesionar al sujeto pasivo. En cualquier caso, tal conducta se manifiesta a través de movimientos corporales conformados por actos de violencia y amenazas que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de la mujer, y que como tal se encuentran previstos en el CP.

Sin embargo, el apartado 3 de este mismo precepto<sup>383</sup> ofrece muchas

---

<sup>383</sup> “3. *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*”.



más dudas. Como analizaremos más adelante<sup>384</sup>, esta perturbación o negligencia en el mantenimiento de los dispositivos abarca una pluralidad de comportamientos que el Código no enumera; pero que, en todo caso, deben producir una alteración de su normal funcionamiento. A modo ejemplificativo, no recargar la batería del aparato electrónico, no llevar consigo el dispositivo o no atender las llamadas de control remitidas desde el centro COMETA son comportamientos perfectamente subsumibles en el tipo del art. 468.3 CP.

Este artículo configura un tipo penal abierto, considerado como uno de los supuestos en que, frente al principio de taxatividad, no se describe de modo preciso y pleno el comportamiento considerado prohibido, como sería deseable. Como ocurre en el apartado 3 del art. 468 CP, el legislador describe el deber jurídico pero no puede detallar todos los comportamientos que pueden infringirlo, por lo que deberá ser el juez quien, interpretando la norma y valorando las circunstancias concurrentes en el comportamiento del infractor, declare si puede ser suficiente para apreciar el tipo delictivo<sup>385</sup>. Se trata –éste que analizamos– de un buen ejemplo: el legislador opta por esa

---

<sup>384</sup> Cap. VIII, ap. 6.

<sup>385</sup> Y este modo de proceder es perfectamente constitucional, por no infringir el principio de reserva de ley orgánica, como han reconocido las SSTC núm. 133/1987, de 21 de julio, (B.O.E. n.º 191, de 11 de agosto) y 118/1992, de 16 de septiembre (B.O.E. n.º 247, de 14 de octubre): “no estamos en presencia de un supuesto de remisión normativa en el que no es exigible la garantía de reserva de Ley orgánica prevista en el art. 81.1 de la C.E., puesto que, en realidad, no se trata de la integración de una Ley orgánica por una Ley ordinaria” (FD 4).

En efecto, en el supuesto que nos ocupa, no se procede a completar el tipo penal (ley orgánica) con otra norma externa (ley ordinaria) que detalle estos comportamientos, lo que constituiría una norma penal en blanco. A diferencia de los tipos abiertos, donde no hay remisión a otras normas, en las normas penales en blanco el juez debe buscar una parte del tipo penal –el supuesto de hecho– en otra regulación normativa.

fórmula ante el temor de dejar fuera de la protección penal cualquier comportamiento que, ya sea por la evolución tecnológica o por falta de previsión legislativa, el sometido a vigilancia electrónica pueda llevar a cabo en un futuro para eludir el mecanismo de control.

Como se ha señalado<sup>386</sup>, la utilización de estas normas se acentúa resultado de la aparición de nuevas fuentes generadoras de riesgos en la sociedad como producto del acelerado avance científico técnico alcanzado que implica un mayor peligro para los bienes jurídicos objeto de tutela por el Derecho penal. El legislador se ve conminado a recurrir a la utilización de esta técnica legislativa ante la imposibilidad de prever sin su auxilio la inmensa gama de variables en las que pueda manifestarse un comportamiento humano que implique peligro o lesión al bien jurídico. De esta forma se evita la impunidad de tales comportamientos, que generan o aumentan el riesgo común permisible, por un posible desfasaje de la norma proporcionado por el dinamismo de los cambios sociales.

De igual modo, comprobamos como estos comportamientos son tanto activos (despojarse del dispositivo de control) como meramente omisivos, por causa de no obedecer un mandato preceptivo, en cuanto le obliga a desarrollar un cierto comportamiento, en este caso, ordenado por la autoridad judicial (el supuesto arquetípico es no recargar la batería del aparato). De manera tal, que la omisión se encuentra en el ínterin de la conducta intencional desplegada por

---

<sup>386</sup> CAMILO, L., *Legalidad versus tipos penales abiertos en el Código Penal cubano*, en “Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Aulas Peruanas”, vol. 11, 2013, Sumario N.º 11, págs. 241-242. Disponible *on line* <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/402562>.

el agente, puesto que sólo éste decide dejar de ejercer determinados actos, siendo consciente en todo momento de las consecuencias lesivas y jurídicas que los mismos puede traer consigo<sup>387</sup>.

Ahora bien, en uno u otro caso, no basta un comportamiento culposo o negligente del sujeto, sino que se exige dolo. Es más, el supuesto de agotamiento de batería imputable al sometido a la medida de control, sería un caso de comisión por omisión u omisión impropia que, como la doctrina indica<sup>388</sup>, se refiere exclusivamente a delitos dolosos. En efecto, quien sufre semejante medida restrictiva de sus derechos se convierte, al mismo tiempo, en garante de su cumplimiento; precisamente, porque Su Señoría así lo ha acordado y expresamente ha sido intimado a ello, apercibido en la propia sede judicial de las consecuencias legales de su desobediencia<sup>389</sup>. Normalmente, esta medida de vigilancia electrónica se habrá impuesto para evitarle al sujeto otra más gravosa de prisión provisional o para permitirle la salida del establecimiento penitenciario; con lo cual, se presupone una colaboración importante por el sometido a control telemático, dado que un incumplimiento le producirá unos efectos bastante lesivos para sus intereses.

---

<sup>387</sup> La omisión presupone no solo capacidad de acción en general, de control consciente de los movimientos por la voluntad, sino también, la capacidad de realizar la concreta acción debida y exigibilidad general de tal actuación en las concretas circunstancias. Visto en Real Academia Española, Consejo General del Poder Judicial, Diccionario del Español Jurídico, Omisión. Disponible en <https://dej.rae.es/lema/omisi%C3%B3n>

<sup>388</sup> POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, 2019, pág. 86.

<sup>389</sup> De esta manera, como delito de desobediencia, calificaba la Fiscalía estos comportamientos hasta la introducción del apartado 3 del art. 468 CP por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo (*vid.* Circular FGE 6/2011, de 2 de abril).

Sin embargo, esta alteración no supone *–per se–* una lesión o puesta en peligro de la integridad de la víctima<sup>390</sup> a la que, en definitiva, se pretende proteger de manera más eficaz con la implantación de esta medida.

En efecto, estamos ante un delito de mera actividad, dado que se consume con la infracción del tipo, por lo que ciertamente el bien jurídico protegido será la propia Administración de Justicia, como tercer poder del Estado, y como necesidad de hacer respetar las resoluciones judiciales. Me he planteado la posibilidad de estar ante un delito de resultado cortado, esto es, de los que se consuman sin que se haya producido lesión al bien jurídico<sup>391</sup>; sin embargo, no creo que sea así. Aunque la medida de vigilancia y

---

<sup>390</sup> En caso que el sometido a la medida de control electrónico inutilizara el dispositivo para lesionar a la víctima, habría que apreciar un concurso de infracciones, a resolver por las reglas del concurso medial.

Distinto es el supuesto en que, inutilizando los dispositivos técnicos (art. 468.3 CP), infringiera la prohibición de aproximación y/o comunicación impuesta (art. 468.2 CP). En este caso, como señala la SAP de Madrid, Sección 26ª, de 14 de junio de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:7929), se trata de una única infracción: “si bien el encausado ha incurrido en dos conductas típicas diferentes (artículo 468.2 y 468.3 del Código penal), se está infringiendo el mismo bien jurídico: la desobediencia al mandato judicial de acercarse a la víctima a cuyo favor le ha sido impuesta la prohibición de acercarse, con la finalidad de proteger a la misma y conjurar el peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida”.

<sup>391</sup> GIL GIL, A., *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 2ª época, núm. 6, UNED, Madrid, 2000, pág. 107. Disponible en <http://espacio.uned.es/fez/collection/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia2000-6>. Tampoco son subsumibles en la categoría de actos concomitantes, entendidos como aquellos que “acompañan normalmente la realización de un tipo delictivo, pero que no se castigan de forma separada pese a ser subsumible en otro precepto, porque el legislador lo ha tenido ya en cuenta a la hora de señalar la pena para el hecho típico al que normalmente acompaña” (PALMA HERRERA, J.M., *Los actos copenados*, editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 196). En los casos que nos ocupan, la lesión o la amenaza sí son objeto de punición separada con arreglo a las normas concursales que analizaremos más adelante.

seguimiento electrónico se establece siempre para proteger a la víctima, y que el mero hecho de inutilizar el aparato no la pone en peligro (más allá de un cierto estado de ansiedad motivado por los constantes avisos del centro COMETA); pero la desobediencia al mandato judicial, apercibido expresamente de sus nocivas consecuencias, infringe el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración de Justicia<sup>392</sup>. Esta lesión –a mi entender– es suficiente para justificar el tipo, sin necesidad de analizar su repercusión sobre la víctima.

Tras esta exposición, no parece difícil imaginar que la jurisprudencia ha ido aquilatando estos comportamientos, estableciendo una serie de exigencias para poder apreciar delito de quebrantamiento en el caso de manipulación de los dispositivos electrónicos de control. Ya hemos advertido que la fundamental será la intencionalidad, no resultando suficiente un simple descuido para poder apreciar delito. La valoración conjunta de todas las circunstancias concurrentes será, por ello, fundamental. La SAP Zaragoza, de 7 de octubre de 2016<sup>393</sup>, absuelve por un delito de quebrantamiento del art. 468.3 CP, pese a que queda acreditado que el acusado no actuó de manera diligente en los días veintiséis de agosto y seis de septiembre de 2015, pues, o bien no mantuvo el dispositivo de rastreo que se empareja con la pulsera o

---

<sup>392</sup> POLAINO-ORTS, M., *Delitos contra la Administración de Justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Derecho penal español*, en “Revista Oficial del Poder Judicial”, año 4-5, N.º 6 y N.º 7, 2010, pág. 374: el CP se limita a incriminar una serie de figuras delictivas relacionadas con la impartición de Justicia, pero no ofrece, en cambio, una definición sobre lo que haya de entenderse por Administración de Justicia. Disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

<sup>393</sup> ECLI:ES:APZ:2016:1540.

brazalete que llevaba en el tobillo a la distancia suficiente como para que tal dispositivo pudiera recibir la señal del brazalete o bien no recargó la batería del dispositivo de rastreo que se empareja con la pulsera. Se trata de dos incidencias aisladas y puntuales y no consta que fueran buscadas a propósito por el acusado para quebrantar la medida cautelar de alejamiento de la víctima.

Ello no es óbice para reconocer una reparación económica a la víctima que ve constantemente alterando su paz por las continuas alertas producidas por una actuación negligente del sujeto<sup>394</sup>.

En definitiva, sólo el apartado 3 del artículo 468 CP admite una comisión omisiva, siquiera sea de una manera impropia<sup>395</sup>. En el delito impropio de omisión, el resultado se imputa al garante que no ha evitado su producción, igual que si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo. Aquí, el sometido a la medida telemática de control se convierte, por mandato legal, en garante de su correcto funcionamiento. Por consiguiente, si el acusado demuestra que actuó diligentemente y que la incidencia era debida a un mal funcionamiento del propio dispositivo<sup>396</sup>, no incurrirá en

---

<sup>394</sup> SAP de Madrid de 14 de junio de 2017.

<sup>395</sup> NÚÑEZ PAZ, M.A., *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno al “no hacer” desvalorado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 13: “Los delitos propios de omisión serían hechos punibles que se agotarían en la infracción de una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley; y los delitos impropios de omisión serían hechos punibles en los cuales el que omite estaría obligado como garante a evitar el resultado”.

<sup>396</sup> Un mal funcionamiento del sistema implantado no resulta, para nada, desdeñable. En el año 2018, tras múltiples polémicas ([https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-04-04/violencia-genero-maltratadores-pulseras-telefonica-securitas-direct\\_](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-04-04/violencia-genero-maltratadores-pulseras-telefonica-securitas-direct_)

responsabilidad alguna, dado el elemento tendencial que, como hemos visto, resulta inherente al tipo como elemento subjetivo del injusto<sup>397</sup>. Sobre este elemento incidiremos más adelante.

El sujeto no puede limitarse a esperar cómo la batería se descarga y el dispositivo queda inútil. En este sentido, la omisión también puede tener lugar cuando se realiza una conducta distinta de la requerida por la ley, por lo que no sería bastante la simple pasividad física<sup>398</sup>. Como comprobamos, se trata de un campo donde los límites pueden resultar difusos y remitirse a criterios de valoración no siempre coincidentes, y donde la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos puede ser definitivo a la hora de valorar la responsabilidad criminal.

También comete un delito de quebrantamiento de condena quien no cumple voluntariamente la pena de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad impuestas (en adelante, TBC).

Respecto de los TBC, el art. 49 CP<sup>399</sup> regula esta materia y ofrece varias curiosidades. La primera de ellas es que la rebeldía del condenado para

---

1540489/), hubo que acometer la renovación –por obsolescencia– de los dispositivos electrónicos, así como a la sustitución de la compañía encargada de su control y vigilancia. Pero no olvidemos que la renovación tuvo lugar por primera vez, transcurridos nueve años desde su primera utilización y que la nueva tecnología implantada (3G), estaba muy por debajo de poder ser calificada como “punta”, a finales del año 2018.

<sup>397</sup> Departamento Jurídico de Sepín: *Violencia Doméstica y de Género, Manipulación, inutilización e incidencias del dispositivo de control de la medida o pena de alejamiento*, editorial Sepín, Madrid, 2017. Sólo para acceso *on-line*.

<sup>398</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10ª ed., 2ª reimpr., editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 318.

<sup>399</sup> Modificado por el art. Único.11 de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre; y, posteriormente, por el primer párrafo por el art. Único.11 de la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

cumplir la pena a la que ha sido condenado debe ser manifiesta y reiterada en el tiempo. Así se colige de la redacción del punto sexto. Ahora bien, esta gravedad debe ser apreciada por una autoridad judicial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien se atribuye la potestad de acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468 del CP.

Se echa en falta una mayor concreción de la arbitrariedad judicial, pero la praxis no resulta desconocida: es frecuente que el juez de instrucción remita testimonios a otros órganos competentes para la investigación de delitos nuevos y no conexos con el que le ocupa.

Planteamos una cuestión interesante. El art. 49 CP no recoge en su literalidad (principio de tipicidad) el supuesto más frecuente en la práctica: que el condenado/a no acuda a su cita con los servicios de gestión de penas y medidas alternativas para diseñar su plan de cumplimiento<sup>400</sup>. La práctica forense consiste en que el órgano responsable de la ejecución recibe la preceptiva comunicación del Centro de inserción, a fin de acreditar el incumplimiento. En estos casos, el juzgado remite testimonio al órgano competente según las normas de reparto del partido judicial por si semejante

---

<sup>400</sup> R.D. 840/2011, de 17 de junio, (B.O.E. núm. 145/2011, de 18 de junio), por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.



comportamiento pudiera ser constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena. Así se califica *prima facie* y se instruye en forma.

Sin embargo –como apuntamos– las conductas descritas en el art. 49 CP parecen responder a un cumplimiento ya iniciado, esto es, el plan de trabajos ya existe y se analizan irregularidades en su desarrollo imputables al condenado. Es decir, conforme a este criterio, de taxatividad, la conducta sería atípica o, en último caso, podría constituir un delito de desobediencia del art. 556 CP.

Pues bien, no defendemos ni la práctica actual ni su alternativa atípica. En este punto, estimamos como mejor criterio el sustentado por el voto particular (formulado por MARTÍNEZ ARRIETA) a la STS núm. 603/2018, de 28 de noviembre<sup>401</sup>. Conforme al mismo, la Sentencia debió resolver –y no lo ha hecho expresamente– el supuesto de la incomparecencia ante el servicio de gestión de penas. Y esta solución no pasa ni por calificar semejante comportamiento como delito de quebrantamiento de condena ni como delito de desobediencia porque –a su entender– la pena no ha comenzado a cumplirse. Aunque forme parte de la ejecución de una sentencia, no se ha

---

<sup>401</sup> ECLI:ES:TS:2018:4027. Señala el TS que, cuando el CP dispone que la pena como responsable personal subsidiaria por impago de multa se puede “cumplir” mediante los trabajos en beneficio de la comunidad, establece un supuesto de suspensión de la pena privativa de libertad sometida a una condición aceptada por el penado. Si éste incumple la realización de esos trabajos, la consecuencia será la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena suspendida, pero para ello es necesario que el incumplimiento sea grave y reiterado, de lo contrario, las condiciones se mitigan o se prolonga la duración del plazo de suspensión. Añade que no puede hablarse de tipicidad, ni como quebrantamiento de condena ni como desobediencia, en los casos –como el presente– en que el trabajo en beneficio de la comunidad es una condición de suspensión y no pena principal.

dado comienzo a la ejecución de la sentencia.

La incomparecencia a la citación no es inicio de cumplimiento, de la misma manera que la incomparecencia a una resolución judicial que determine el ingreso en prisión en una fecha determinada, no supone quebrantamiento de la condena.

Como prescribe el art. 5.2 del R.D. 840/2011<sup>402</sup>, verificada la no presentación del condenado, pese a haber sido advertido de las consecuencias de su ausencia, habrán de remitirse los testimonios oportunos al Juez de Vigilancia Penitenciaria quien, a fin de asegurar la presencia del reo en la audiencia preceptiva del art. 5 R.D. , deberá decretar su detención. Obtenida su presencia, se podrá reiniciar el trámite ordinario de cumplimiento, que se inicia escuchando al mismo para determinar el plan de ejecución.

También suele ser frecuente el incumplimiento de la pena de localización permanente<sup>403</sup> impuesta. Es la Policía Local a quien corresponde velar por el cumplimiento de la medida, visitando al condenado durante todo el plan de localización en domicilio, en días y horas aleatorios, informando puntualmente del efectivo cumplimiento de la pena o de las incidencias

---

<sup>402</sup> Art. 5.2 R.D. 840/2011, de 17 de junio: Al citar al penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia. En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

<sup>403</sup> La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, introduce esta nueva pena en el art. 37 CP, que sustituye al arresto de fin de semana. Por su parte, el art. 35 CP la califica como una pena privativa de libertad.

observadas<sup>404</sup>. Evidentemente, en caso de existir ausencias no justificadas, se comunicarán al órgano judicial responsable de la ejecución, el cual deducirá testimonio para la imputación de un delito de quebrantamiento de condena.

Sobre este extremo, la Consulta FGE 1/2016, de 24 de junio, sobre la pena imponible en los casos de quebrantamiento de una pena de localización permanente, plantea la duda de acusar por un delito de quebrantamiento de condena del primer párrafo del art. 468.1 CP (pena de prisión de seis meses a un año, si estuvieran privados de libertad) o por la de multa de doce a veinticuatro meses, en los demás casos. Y es que, siendo la pena quebrantada una pena privativa de libertad<sup>405</sup> (art. 35 CP), lo lógico sería concluir que la pena a solicitar sería la de prisión.

Sin embargo, la Circular 1/2016 ordena calificar, con arreglo al último inciso del art. 468.1 CP, en los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, puesto que en estos supuestos, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no supone una efectiva situación de privación de libertad. Estos incumplimientos abarcan el resto de supuestos, desde quien se asunte de su domicilio una vez iniciado el plan de cumplimiento, a quien se

---

<sup>404</sup> Como señala la Circular FGE 2/2004, de 22 de diciembre, “el testimonio por quebrantamiento podrá expedirse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en más de un día”.

<sup>405</sup> La Circular FGE 2/2004, de 22 de diciembre, sobre la aplicación de la reforma del CP operada por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, la define como “una pena privativa de libertad autónoma, leve y generalmente alternativa”.

niega a dar inicio al mismo o, finalmente, cuando la pena de localización permanente se impone como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP).

Esta solución, que permite mantener la vigencia de la Instrucción de la Fiscalía 3/1999, de 7 de diciembre, tan sólo cede en el supuesto que el penado se encontrare en un establecimiento penitenciario. De hecho, aunque pueda parecer sorprendente, resulta muy frecuente el cumplimiento de penas de localización permanente en centros penitenciarios. En estos casos, son los servicios de régimen del mismo los que asumen la redacción del plan de cumplimiento e informan al órgano judicial de su resultado final. Pues bien, como decimos, sólo en estos últimos casos, un incumplimiento de la pena de localización conllevaría una acusación de la Fiscalía con pena de prisión. Esta solución es, por lo demás, la más acorde con la dicción literal del art. 468.1 CP, que prevé la pena de prisión para aquellos que, al tiempo de cometer el delito, estuvieran privados de libertad.

## **CAPÍTULO V**

### **TIPICIDAD**



## I.- Elementos típicos

Tras abordar el estudio de las modalidades de aparición y desarrollo del comportamiento humano dentro de la actividad delictiva, y las consecuencias que ello conlleva dentro del delito de quebrantamiento de condena, así como las diferentes formas de manifestación de la acción, procede ahora examinar las características determinantes de la tipicidad.

La tipicidad de la conducta, también designada como principio de tipicidad, está conformada por aquellas conductas antijurídicas de carácter intencional o culposo, activo u omisivo, previamente establecidas en la ley penal, lo cual remite al principio de legalidad, por el que no es punible la conducta antijurídica que no tenga asignada una pena en una ley penal preexistente; de esta manera, se observa que los principios de legalidad y tipicidad o conducta típica, se encuentran contemplados en el artículo 25 de la Constitución española<sup>406</sup> en concordancia con lo establecido en los artículos 1 –tipicidad– y 2 –legalidad– de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Constitución española. BOE N° 311, de 29/12/1978. Referencia BOE-A-1978-31229. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Reforma de la Constitución española de 1992. BOE N° 207, de 28/08/1992. Referencia BOA-A-1992-20403. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-20403>. Reforma de la Constitución española de 2011. BOE N° 233, de 27/09/2011. Referencia BOA-A-2011-15210. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15210>.

<sup>407</sup> Nuestro Tribunal Constitucional fija el principio de legalidad penal en el art. 25.1

Sobre este aspecto, se ha señalado que “la tipicidad es la adecuación de la conducta realizada por el sujeto al tipo penal, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley”<sup>408</sup>.

Así las cosas, la tipicidad se caracteriza por el elemento de la subsunción, el cual no es más que el encuadramiento de las conductas contrarias a derecho que acontecen en el plano real a una serie de hipótesis previamente establecidas en la ley penal, las cuales conllevan a una pena siempre que se demuestre la responsabilidad penal en proceso judicial con las debidas garantías jurídicas.

En el tipo de injusto no basta apreciar la tipicidad de la conducta para entender cometido un delito y, en contraprestación, sólo los comportamientos antijurídicos y típicos pueden fundamentar la sanción penal<sup>409</sup>. Ahora bien, como se ha señalado, una acción sólo puede ser delictiva si es típica; y, en segundo término, para que una conducta sea típica, ha de cumplir exactamente

---

CE, y ofrece una vertiente formal (reserva de ley) y otra material (principio de taxatividad). Por todas, STC núm. 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 1 (B.O.E. núm. 293/2014, de 4 de diciembre).

<sup>408</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, I.G., *Derecho penal*, 4ª edición, editorial Oxford University Press, México D.F., 2012, pág. 64.

<sup>409</sup> ZAFFARONI, E.R., *Manual de Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, pág. 371: “El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas). El tipo pertenece a la ley”.



los elementos del tipo, ni más ni menos<sup>410</sup>.

¿Quiere esto decir que el legislador debe describir exactamente y hasta su último detalle el comportamiento descrito en el tipo delictivo? Por supuesto que no. Ya advertimos que la idea de tipicidad se encuentra íntimamente ligada al de legalidad (*nullum crime sine lege*), en cuanto a la exigencia de describir con precisión las acciones penalmente relevantes, pero la exhaustividad no puede reducirse a mera subsunción de comportamientos por un doble motivo: porque convertiría al juzgador en un mero operador, limitado a un simple quehacer automático (a semejante comportamiento le corresponde tal pena), reduciéndose su función a constatar la realidad de los hechos imputados; y, en segundo término, porque podrían quedar fuera de sanción comportamientos que el legislador ha querido sancionar, que una justa interpretación de la norma así lo permite y que, por el contrario, no serían punibles por no aparecer taxativamente recogidos en el tipo penal.

En palabras de nuestro TC<sup>411</sup>: “los principios de tipicidad y taxatividad en la interpretación y aplicación de las normas que delimitan las infracciones, que es la dimensión que aquí se esgrime, impone por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la administración sancionadora y de los órganos judiciales a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la

---

<sup>410</sup> *Op. cit.*, pág. 127.

<sup>411</sup> STC núm. 155/2019, de 28 de noviembre (B.O.E. núm. 5/2020, de 6 de enero), FJ 8.

norma correspondiente” (por todas, SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3, y 9/2006, de 16 de enero, FJ 3).

Esta perspectiva del derecho a la legalidad penal protege a su titular no sólo de aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino también frente a aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (SSTC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5). Su campo de acción se circunscribe a la aplicación de normas sancionadoras, de modo que solo una resolución de esta naturaleza podría vulnerar este derecho fundamental.

Este planteamiento no excluye, sino que, por el contrario, exige la presencia judicial: para identificar los hechos que justifican la imputación, para comprobar que semejante comportamiento es subsumible en la descripción contenida en el tipo penal y, finalmente, para concluir que se ha desvirtuado la presunción de inocencia<sup>412</sup> y el sujeto es culpable, determinando la pena a cumplir por el responsable penal.

---

<sup>412</sup> Vicaria de esta presunción es el tradicional principio *in dubio pro reo*, que no puede ser una mera norma de interpretación o de valoración de la prueba, que oriente al órgano sentenciador, sino que “envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, cierta constitucionalmente y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo”. SAP de Sevilla, Sección 7ª, núm. 381/2009, de 27 de julio (EDJ 2009/224172) FJ 2.

Evidentemente, este planteamiento tiene su contrapeso en la interdicción de tipos abiertos, donde quede al exclusivo arbitrio de la autoridad judicial la calificación delictiva del mismo. Lo que se busca, en definitiva, es la seguridad jurídica entendida, en este ámbito, como previsibilidad de la aplicación de la norma penal, condición inescindible en una materia restrictiva de derechos como la punitiva, e inherente a la propia concepción del Estado de Derecho.

En materia del delito de quebrantamiento, un buen ejemplo de cuanto venimos apuntando lo tenemos en los comportamientos descritos en el art. 468.3 CP<sup>413</sup>, que dispone:

*“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”.*

La introducción de este apartado no se encuentra expresamente justificada en el Preámbulo de la reforma, pero se trata de una verdadera necesidad. Hasta su expresa inclusión en el Código penal, la jurisprudencia

---

<sup>413</sup> Añadido por el artículo único.233 de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Para la SAP de Castellón, Sección 2ª, de 4 de julio de 2012, Recurso 242/2012; los supuestos en que se puede colocar a un imputado o condenado tal medio de control telemático son cuatro: anudada a una medida cautelar de posible adopción; para la ejecución de una pena de alejamiento respecto de una persona determinada *ex art.* 48.4 CP; como medida de control en supuesto de libertad condicional conforme al art. 86.3 RP; y, por último, para casos de medida de libertad vigilada.

consideraba que no concurría un delito de quebrantamiento cuando el afectado por el control electrónico manipulaba el dispositivo, cualquiera que fuera su modo de proceder (rotura, extracción sin ruptura, descarga de batería, etc.). Semejantes comportamientos eran reconducidos a la desobediencia del art. 556 CP<sup>414</sup>.

Para analizar –y en su caso justificar, o no– semejante planteamiento jurisprudencial, resulta imprescindible delimitar los elementos de tipicidad que concurren en el delito de quebrantamiento. Han de distinguirse elementos de naturaleza objetiva y los de corte subjetivo<sup>415</sup>. Dentro de los primeros, encontramos un aspecto normativo, constituido por las diferentes resoluciones judiciales que pueden ser objeto de inobservancia por parte del reo<sup>416</sup>. Estas normas judiciales a quebrantar son todas las enumeradas en el número primero del art. 468 CP, con algunas excepciones, a nuestro entender.

La orden de protección del art. 544 *ter* de la LECrim. incluye, junto a medidas de naturaleza penal<sup>417</sup> otras de carácter exclusivamente civil, todo

---

<sup>414</sup> Por todas, SAP de Ciudad Real núm. 47/2013, de 4 de abril (EDJ 2013/74143).

<sup>415</sup> HAVA GARCÍA, E., manifiesta que, para que una conducta sea típica deben concurrir los elementos objetivos y subjetivos exigidos en el tipo legal, en *Apuntes de teoría general del delito. Actualizados conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español*, Universidad de Cádiz, 2017. Disponible en <https://rodin.uca.es/bitstream/handle/10498/20919/APUNTES%20DE%20TEORI%CC%81A%20GENERAL%20DEL%20DELITO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>416</sup> Como establece una reiterada jurisprudencia (por todas, STS 19 de enero de 2007, ECLI:ES:TS:2007:100): “el bien jurídico protegido por este delito no es otro que la efectividad de los pronunciamientos judiciales en orden al cumplimiento de las penas; lo que se pena es la desobediencia a mandatos del sistema judicial que por su propia naturaleza son públicos y obligatorios y por lo tanto situados extramuros de la facultad de disposición de los ciudadanos”.

<sup>417</sup> Art. 64 LOVG. De las medidas de salida del domicilio, alejamientos o

ello en orden a facilitar a la víctima un *estatuto integral de protección* que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal<sup>418</sup>.

Entre las medidas de naturaleza penal, se encuentran la suspensión de la patria potestad o custodia de menores; la suspensión del régimen de visitas, estancia o relación o comunicación con los menores (arts. 65 y 66 LOVG); o el establecimiento de la obligación de prestar alimentos. Entiendo que, sobre éstas, no cabe hablar de quebrantamiento de medida cautelar en el caso que el obligado no cumpliera unas obligaciones de contenido eminentemente familiar. Ello no es óbice para que pueda exigirse su cumplimiento por vía de ejecución forzosa, en el ámbito civil; o pueda dar lugar a una denuncia por una presunta comisión de un delito contra los deberes familiares.

Mayores dudas plantea la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas del art. 67 de la Ley Integral. A mi entender, ofrece un contenido represivo y coactivo de derechos, siempre orientado hacia la salvaguarda de la integridad física de la víctima, la cual puede sentirse razonablemente amenazada respecto de quien, a ciencia cierta, es portador de armas de fuego<sup>419</sup>. Esta naturaleza me lleva a equipararlas a las prohibiciones de

---

suspensión de las comunicaciones. La infracción de estas prohibiciones motivará, sin duda alguna, la apreciación de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.1 CP.

<sup>418</sup> Exposición de Motivos II, Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (B.O.E. núm. 183/2003, de 1 de agosto).

<sup>419</sup> También se consideran armas las denominadas “blancas” y, en general, todas las relacionadas en el art. 2 del R.D.137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el

alejamiento y comunicación por lo que, de infringir el mandato judicial, debería apreciarse el delito de quebrantamiento del art. 468.1 CP.

El segundo de los elementos típicos objetivos es propiamente el aludido por la acción natural descrita por el verbo *quebrantar*<sup>420</sup>. En otras palabras, el conjunto de actos materiales tendentes u orientados a ejecutar el incumplimiento<sup>421</sup>. En atención a lo anterior, el elemento objetivo se materializa a través de la conducta del agente, dado que los resultados de la misma modifican sustancialmente tanto el objeto material del delito como el bien jurídico tutelado, lo cual puede constatarse a través de los sentidos, de lo contrario, no podría haber indicios del hecho; mucho menos podría comprobarse su acaecimiento a través de las inspecciones judiciales a las cuales hubiere lugar, o bien la reconstrucción de los hechos. Lo que fundamentalmente se necesita para la existencia del tipo es el elemento objetivo.

Los elementos normativos del tipo comprenden el marco jurídico, social, ético y ético-social dentro del cual es valorada la conducta antijurídica del agente como reprochable, sin desconocer claro está las circunstancias que

---

Reglamento de Armas (B.O.E. núm. 55/1993, de 5 de marzo).

<sup>420</sup> SAP de Almería núm. 562/2015, de 10 de diciembre (EDJ 2015/274234).

<sup>421</sup> DIAZ-ARANDA, E., *Lecciones de Derecho penal. Para el nuevo sistema de justicia en México*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., México, 2016, pág. 55, afirma: “El elemento objetivo es el más importante para determinar la conducta típica de los delitos de acción y de resultado, pues en ellos la conducta prohibida queda plasmada en la ley a través del uso de verbos de acción. Asimismo, el resultado producido por la conducta supone, en la mayoría de los casos, un cambio externo en el estado de las cosas...Al tratarse de manifestaciones externas, la conducta y el resultado, normalmente se pueden percibir a través de los sentidos: vista, oído, olfato, tacto y gusto”.

eximen de responsabilidad como son las causas de exclusión de la tipicidad, y aquellas que sin eximir las legalmente, pueden conllevar a tal fin como son las causas de justificación.

Analizados los elementos típicos objetivos, ya podemos regresar al planteamiento jurisprudencial que, con anterioridad a la reforma legislativa del año 2015, calificaba como delito de desobediencia los comportamientos recogidos ampliamente en el apartado 3 del artículo 468 CP. Y es que la razón esgrimida unánimemente, y con el apoyo de la Fiscalía<sup>422</sup>, por los diferentes juzgados y tribunales es la ausencia del elemento objeto del delito de quebrantamiento, por lo que no resultaba posible acusar por este tipo cuando el sujeto afectaba el mecanismo de control. El planteamiento es sencillo: si el dispositivo electrónico es un mero instrumento de control de la medida cautelar –por ejemplo– la manipulación de éste, si no va acompañada de un acercamiento o comunicación con la víctima a la que le está prohibido acercarse o comunicarse, no puede ser parte de una acusación por delito de quebrantamiento, puesto que lo único que concurre es la desobediencia a un mandato judicial de abstenerse en llevar a cabo cualquier comportamiento, activo u omisivo, tendente a hacer inútil la vigilancia electrónica que le ha sido impuesta. Alcanzado este punto, podría analizarse el trabajado tema del consentimiento de la víctima en la producción del delito de quebrantamiento; sin embargo, por razones sistemáticas, hemos preferido abordar tan interesante

---

<sup>422</sup> Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre.

estudio al finalizar el examen de la antijuricidad<sup>423</sup>.

Prosiguiendo con los elementos del tipo<sup>424</sup>, el elemento subjetivo ha sido delimitado<sup>425</sup> como aquellas “características y actividades que dependen del fuero interno del agente, tomadas en cuenta para describir el tipo legal de la conducta, por eso estos elementos tienen que probarse”. De esta forma, se observa que el elemento subjetivo obedece a factores psíquicos inherentes al agente, los cuales reposan en el propósito que éste persigue, en virtud de la comisión de un hecho punible, en aquellos casos en los cuales se configure la intencionalidad; como señala la SAP de Valencia, Sección 1ª, núm. 647/2017, de 20 de diciembre<sup>426</sup>, en el delito de quebrantamiento el elemento subjetivo viene dado, primero, por el conocimiento de dicha prohibición y, segundo, por la presencia voluntaria en el lugar afectado por ella.

Por otra parte, las causas de justificación –al igual que las causas de exclusión de tipicidad– se articulan con base a la configuración de una

---

<sup>423</sup> Cap. VI, ap. 4.

<sup>424</sup> Conforme a la SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, núm. 242/2019, de 21 de noviembre (EDJ 2019/825279), en relación al delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP exige los siguientes elementos:

- a) La preexistencia de un mandato claro y terminante que haya sido adoptado en forma de pena o medida cautelar por un juez.
- b) La vigencia de tal mandato durante un determinado tiempo.
- c) El conocimiento cierto y claro que de tal mandato tiene tal persona y de la vigencia del mismo.
- d) La voluntad firme y decidida de esa persona de incumplir el mandato que le fue dirigido estando en un lugar que le está prohibido.

<sup>425</sup> PEÑA GONZÁLES, O. y ALMANZA ALTAMIRANO, F., *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación APECC, Lima, 2010.

<sup>426</sup> EDJ 2017/314199.



conducta prevista en la ley penal, pudiendo la autoridad judicial prescindir del procesamiento del encausado, una vez se haya comprobado la concurrencia de circunstancias por las cuales este último no tenía alternativa para actuar de otra manera.

El tipo del art. 468.1 CP no admite la comisión imprudente, sólo dolosa<sup>427</sup>. Por tanto, quien quebranta debe ser consciente de ello, consistente en el ánimo de hacer ineficaz la medida, con el pleno conocimiento de ésta y de que por tanto se estaba burlando la decisión<sup>428</sup>.

En cuanto al número 3 del art. 468 CP, debemos llegar a idéntica conclusión, puesto que un comportamiento meramente omisivo, esto es, en el supuesto arquetípico del sometido a control que asiste impasible a la descarga de la batería; debe ser igualmente imputable a título de dolo, directo o eventual, siendo igualmente defendible su comisión por omisión, dado que el sujeto ha sido intimado por el órgano judicial a mantener el dispositivo en perfecto estado de funcionamiento (o, en su defecto, a dar cuenta de cualquier incidencia al respecto), por lo que se convierte en garante de su idóneo funcionamiento<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Este dolo incluye también el eventual, cuando el sujeto “albergaba dudas” o “tenía conocimiento de la alta probabilidad de que aquellas (las medidas cautelares) se encontraran en vigor, prefiriendo atender a las manifestaciones de la víctima (y al documento que parcial y supuestamente le remitió) que a la especializada información que le facilitó su propio abogado”. SAP de Madrid, Sec. 26ª, núm. 711/2018, de 17 de octubre (EDJ 2018/641115).

<sup>428</sup> SAP de Almería núm. 562/2015, de 10 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/274234).

<sup>429</sup> Además, de no adoptarse semejante postura, el comportamiento quedaría impune

## II.- Naturaleza jurídica

Un examen formal, limitado al mero sentido gramatical y jurídico del tipo penal resulta, a todas luces, insuficiente para comprender su alcance y significado. Conocer la voluntad del legislador<sup>430</sup> a la hora de introducir o modificar el delito –lo que nos introduce en el campo de la Política Criminal– nos proporciona una abundante información sobre la incidencia social pretendida por la norma y, cómo no, sobre los bienes jurídicos que merecen ser objeto de protección.

El tipo constituye, funcionalmente, una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos”<sup>431</sup>.

No existen dudas en la doctrina<sup>432</sup> que la idea de tipicidad, tal y como la conocemos en nuestros días, llegó al ámbito del Derecho penal de la mano del profesor Ernst BELING (en 1906)<sup>433</sup>. Para el célebre autor alemán, la tipicidad

---

dado que no está prevista su comisión a título imprudente (art. 12 CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”).

<sup>430</sup> Que, en el ámbito español, queda circunscrito a las Cortes Generales, y en ningún caso a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.6° CE).

<sup>431</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O., *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. 4ª ed., editorial Trillas, México, 1998, pág. 26.

<sup>432</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, R., *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2005, pág. 132

<sup>433</sup> *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

pasa a formar parte de la definición general de delito, como un requisito necesario y propio para apreciar la existencia del mismo, íntimamente ligado al principio de legalidad. Por tanto, sólo podrá existir delito si la acción objeto de enjuiciamiento es subsumible en alguna de las figuras descritas como tales en el Código penal o –con más precisión– en la parte especial del Código penal. Ahora bien, ello no puede suponer una equiparación entre el supuesto de hecho descrito por la norma penal y el concepto de tipo. Por el contrario, éste es un concepto superior en cuanto abstracto, de naturaleza esencialmente jurídica que, respondiendo a criterios científicos, se obtiene a partir de una labor de abstracción procedente de un conjunto de normas y cuya concurrencia –junto a la antijuricidad y la culpabilidad– resulta indispensable para permitir la imposición de una sanción penal.

Las consecuencias de este planteamiento son evidentes: la tipicidad, como cualidad, forma parte inescindible del Estado de Derecho (art. 1.1. CE), habida consideración que sus raíces están hundidas en el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)<sup>434</sup>. Se trata de una garantía para el ciudadano que podrá acomodar previamente su conducta, sabedor de las prohibiciones y las consecuencias perjudiciales a sus intereses que la contravención lleva aparejada. No hay mejor forma de cumplir la función de

---

<sup>434</sup> Y nada menos que mediante leyes con rango de orgánicas, de conformidad con lo prevenido en el Art. 81 CE:

“1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

prevención, general y especial, de la pena<sup>435</sup>.

En la estructura de nuestro trabajo, distinguimos entre los conceptos de acción y de tipicidad. Así, si bien toda tipicidad debe ser presentada como acción, no toda acción es típica<sup>436</sup>. Además, el concepto de acción es empírico, en cuanto real y tangible en el mundo exterior; mientras que el tipo es una construcción científica o, dicho de otro modo, un concepto jurídico-normativo.

En el comportamiento humano no caben las valoraciones: simplemente, éste concurre o no lo hace y siempre en determinadas circunstancias. Por el contrario, en la idea de tipicidad, sí se admiten principios o valores. Precisamente, a través de éstos, el legislador desarrolla su Política criminal<sup>437</sup>, la cual ha de encontrarse sometida tanto a una legalidad estricta como a una legitimidad sustancial, condicionada por los vínculos de contenido que le imponen los derechos fundamentales<sup>438</sup>. En otras palabras, para que la

---

<sup>435</sup> VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, 1882, trad. de AIMONE, E., editorial Edeval, Chile, 1984, pág. 112: “Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos”.

<sup>436</sup> WOLF, E., *Las categorías de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 15.

<sup>437</sup> Defendemos una concepción social de la Política Criminal, por encima de su vertiente jurídica, precisamente, por esa carga valorativa sin la que resulta imposible comprender la evolución legislativa. La legislación en materia de violencia doméstica y de género es un gran ejemplo. Y ya venimos haciendo varias reflexiones en torno a la doctrina del derecho penal de autor y el de la seguridad, como manifestaciones evidentes de las demandas sociales y su posterior reflejo legislativo.

En palabras de DELMAS-MARTY, en *Modelos actuales de Política Criminal*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, pág. 19, “es el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”.

<sup>438</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, Colex, Madrid, 2001, pág. 25.

actuación política sea legítima ha de ser respetuosa, formal y materialmente.

Dejando para el siguiente capítulo los aspectos subjetivos del tipo penal (*Tatbestand*), observamos que el delito de quebrantamiento es un delito de los llamados *especiales*, puesto que deben concurrir en su autor especiales circunstancias para poder ser sujeto activo del mismo: quienes se encuentren sometidos a condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia (art. 468.1 CP) ; aquellos a quienes se haya colocado un dispositivo electrónico o telemático de control (art. 468.3 CP); o los internos en establecimiento penitenciario que se fugaren del mismo (art. 469 CP).

Por su parte, el delito del art. 471 CP es un delito especial impropio, en el que la lesión del deber propio del funcionario público no fundamenta la punibilidad, sino sólo determina una agravación de la punibilidad: nada menos que la pena superior en grado a la prevista para cualquier otro culpable junto a una –lógica– pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Atendiendo al resultado, el delito de quebrantamiento del art. 468 CP es un delito de mera actividad, al no exigirse la producción de resultado alguno que vaya más allá de la realización de la acción descrita en el tipo<sup>439</sup>. Es decir, se es responsable de cometer el delito sin necesidad de poner en peligro ni causar lesión alguna a la víctima protegida. Recordemos, en este punto, que el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento es la autoridad, el

---

<sup>439</sup> TARRÍO, M.C., *Teoría finalista del delito y dogmática penal*, editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 45.

respeto y la obediencia que las resoluciones judiciales<sup>440</sup> deben imponer al infractor. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que su ubicación dentro del Título XX del Libro II CP (“delitos contra la Administración de Justicia”) resulta insuficiente a la hora de atender los bienes jurídicos protegidos por el tipo delictivo, resultando inescindible<sup>441</sup> – cuando se trata de la inobservancia de penas o medidas relacionadas con la violencia de género– de la idea de protección de las víctimas. Ahora bien, ello no quiere decir que estemos adelantando la barrera de punibilidad<sup>442</sup> de la conducta descrita en el tipo legal de quebrantamiento, más bien al contrario: de lo que se trata es de sancionar la falta de observancia de determinada resolución de la autoridad judicial porque, en el caso añadido de cometer

---

<sup>440</sup> STS, Sala 2ª, núm. 664/2018, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4341): “la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas. En palabras de la STS 846/2017 de 21 de diciembre “se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero)”.

<sup>441</sup> STS, Sala 2ª, núm. 164/2020, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:925): “Hemos declarado que el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento de condena es la protección de los intereses públicos que resultan del cumplimiento de las resoluciones judiciales, tal vez por ello, el legislador no incluyó tal tipo penal entre los delitos por los que se podía imponer las penas del art. 48. Pero si no tiene un sujeto pasivo individual, no es menos cierto que tiene un indudable afectado, que es la persona protegida por la medida, cuyo quebranto perpetra el delito”.

<sup>442</sup> “Técnica legislativa muy criticada por la doctrina e íntimamente relacionada con la doctrina del derecho penal del enemigo ... que exacerbe la reacción penal ante tales delitos, estableciendo penas del todo severas, luego que se produzca un relajo o derechamente la supresión de determinadas garantías procesales, o en definitiva, que dicha técnica legislativa sea respuesta de una necesidad puramente simbólica”: Ríos, R., *El Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores*, en *Revista Ars Boni et Aequi* (Año 8 N° 2), Universidad Bernardo O’Higgins, Chile, 2012, pp. 178-179. Disponible *on line* (<http://www.ubo.cl/>).

algún delito contra la víctima protegida, lo que se producirá será un supuesto de concurso de delitos, a resolver por las normas generales, las cuales –como estudiaremos en el Capítulo XI– son especiales para el caso de la violencia doméstica y sobre la mujer.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre<sup>443</sup>, modifica (en su artículo único, centésimo cuarenta y séptimo) la redacción originaria del art. 468 CP de 1995, en relación con el delito de quebrantamiento, en los siguientes términos:

*“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”.*

Con arreglo a esta redacción, en los supuestos de quebrantamiento de las penas accesorias enumeradas en el artículo 57.2 CP ( a saber: prohibición de residir o acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse y prohibición de comunicarse) impuestas a aquellos condenados por delitos en los que el ofendido fuese alguna de las víctimas enumeradas en el artículo 173.2 CP<sup>444</sup>; la pena a imponer sería la de prisión o la de trabajos en beneficio

---

<sup>443</sup> B.O.E. núm. 283/2003, de 26 de noviembre.

<sup>444</sup> MANJÓN-CABEZA, A., *Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos*

de la comunidad, independientemente que el culpable estuviese o no privado de libertad. tipo penal.

Por el contrario, procedía la pena de multa cuando el responsable no estuviese privado de libertad y no nos encontrásemos en los supuestos del art. 57.2 CP.

Esta redacción era confusa o, cuanto menos, poco conveniente. No se alcanzaba a comprender la finalidad perseguida por el legislador con semejante distinción. Y el legislador –por una vez– fue rápidamente consciente del problema, dando nueva redacción al art. 468.2 CP con tan sólo el transcurso de un año<sup>445</sup>:

*“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”.*

Hay dos cuestiones –bastante interesantes– que plantea la reforma legislativa.

---

*juzgados de violencia sobre la mujer*, en ARAGONESES, S., CUBILLO, I.J., JAÉN, M., MANJÓN-CABEZA, A., NÚÑEZ, J., REQUEJO, M.T., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 31: “La reforma del quebrantamiento de condena 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”.

<sup>445</sup> Redacción otorgada por el art. 40 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (B.O.E. núm. 313/2004, de 29 de diciembre)



La primera tiene una enorme importancia práctica. Nos referimos a la posibilidad de acordar prisión provisional en supuestos de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento y/o comunicación<sup>446</sup>. En efecto, el art. 503.1.1.º párrafo primero LECrim., en cuanto a los requisitos para poder acordar la prisión provisional, dispone literalmente: “Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso”.

Y el art. 503.1.3º letra c)<sup>447</sup> del mismo texto procesal, en cuanto a los fines que justifican la prisión provisional, establece la prescripción siguiente: “Evitar que el investigado o encausado 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. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado”.

Pues bien, con arreglo a la redacción anterior a la reforma del año 2004, el quebrantamiento de una medida cautelar de alejamiento no admitía la

---

<sup>446</sup> Nos estamos refiriendo, básicamente, a los ámbitos de violencia de género y doméstica donde la presencia del Ministerio Fiscal será obligatoria *ex art. 3 apartado 10 EOMF*: “la defensa de los derechos de la víctima de un delito de violencia doméstica ha de representar uno de los objetivos prioritarios de la actuación del Fiscal en cualquier proceso penal” (Instrucción 4/2004, de 14 de julio, acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación a los delitos de violencia doméstica).

<sup>447</sup> Redacción dada por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre. Esta regulación se mantiene en vigor hasta nuestros días.

prisión provisional, por cuanto la pena a imponer era la de multa –que, recordemos, con arreglo al art. 35 CP, no es privativa de libertad–; siendo así que, en numerosas ocasiones, el comportamiento del agresor podría ser merecedor, perfectamente, de semejante medida restrictiva, como única vía en definitiva para garantizar la real y plena protección de la víctima.

En cualquier caso, no puede ello traducirse en una aplicación sistemática de la prisión provisional<sup>448</sup> en supuestos de quebrantamiento. De hecho, en la práctica forense, puedo asegurar que su adopción es mínima y sólo cuando es necesaria. En palabras de la Instrucción FGE 4/2004: “No se trata de propugnar, siempre y en todo caso, la más intensa de las restricciones a la libertad personal. Tampoco resultaría aceptable que la excepcional adopción de esa medida implicara su mantenimiento hasta el momento mismo del juicio oral. Forma parte inseparable de toda medida cautelar su variabilidad en función de que subsistan o desaparezcan las razones que obligaron a decretarla. En definitiva, la gravedad de la respuesta jurídica propugnada por el Fiscal habrá de ser siempre acorde con la gravedad de la situación de riesgo a la que pretende hacer frente”.

Con la reforma del año 2004, estos obstáculos desaparecen al adoptar un criterio basado en la naturaleza jurídica de la relación entre agresor y víctima. Nótese, además, que el legislador utiliza la expresión “violencia

---

<sup>448</sup> Respecto del cual, nuestro TC ha afirmado que este Tribunal es asimismo garante de que “el procedimiento de adopción o confirmación de la *prisión provisional*, se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE”. STC 94/2019, de 15 de julio (B.O.E. núm. 192/2019, de 12 de agosto), FD 6.

doméstica”, más amplia que la referida al género o a la mujer. Al establecer una pena de prisión “en todo caso”, la coherencia con el código procesal criminal<sup>449</sup> es completa y no queda duda alguna sobre la procedencia de poder instar la prisión provisional cuando las circunstancias personales del delincuente y las del hecho cometido así lo aconsejen, como último medio para la eficaz protección de la víctima, sin estar vinculados con la limitación de una pena a imponer igual o superior a los dos años de prisión, lo que puede entenderse como un *privilegio* en favor de cierta clase de víctimas o –en mejores términos– como una necesidad para asegurar la efectiva protección de las mismas, especialmente justificada en el tipo del quebrantamiento de medida cautelar, donde el primer paso del sujeto por la maquinaria judicial ha resultado insuficiente.

La segunda y última cuestión sobre la que vamos a pronunciarnos afecta a los artículos 57 y 48 del CP. En éste último, se recogen una serie de penas (prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima, protección con respecto a lugares, tanto prohibición de residir como de acudir a los mismos) que se impondrán facultativamente en unos casos y obligatoriamente en otros<sup>450</sup>. Ahora bien, en uno u otro supuesto, tales penas sólo pueden

---

<sup>449</sup> Incluido el art. 544 *bis* LECrim, cuyo último párrafo quedó así redactado por la Disposición Final 1.1. letra j) de la L.O. 15/2003: “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”.

<sup>450</sup> Su imposición será obligatoria (“en todo caso” dice el Código) cuando se trate de

imponerse en un listado *–numerus clausus–* previamente fijado por el legislador en el art. 57.1 CP, y que son los siguientes: 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.

Por consiguiente, el delito de quebrantamiento no se encuentra comprendido en el listado anterior, por lo que el culpable de haber quebrantado una pena o medida de alejamiento –por ejemplo– no puede ser sancionado, además de con las penas previstas en el art. 468 CP, con las contempladas en el art. 48 CP, precisamente, por no encontrarse dentro de la enumeración del art. 57.1 CP.

*De lege ferenda*, podemos plantear una modificación legislativa en el sentido antes apuntado, esto es, incluir el tipo del art. 468 CP dentro de la enumeración exhaustiva del art. 57.1 del mismo texto legal. Y ello porque, aun pudiendo argüirse que la víctima se encuentra ya protegida por una prohibición de la misma naturaleza con arreglo al delito quebrantado; lo cierto y verdad es que, dada la habitual lentitud con la que suelen tramitarse las

---

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

causas penales en la Administración de Justicia española, es muy posible que, a fecha de firmeza de la sentencia por la se que condene a un delito de quebrantamiento, las prohibiciones originariamente quebrantadas pueden haberse extinguido o encontrarse muy próximas a su vencimiento. Además, no escapa que el quebrantamiento denota, de manera indudable, que las prohibiciones acordadas eran necesarias y proporcionadas para la protección de la víctima. De hecho, lo eran en tal medida que han resultado insuficientes para disuadir al sujeto de perturbar, de nuevo, a la víctima.

Por tanto, debemos concluir en la necesidad de esta rectificación legislativa. Con su inclusión en el art. 57.1 CP, el delito de quebrantamiento justificaría una renovación o una ampliación de las prohibiciones inicialmente acordadas, lo cual supone asumir la importancia de la protección de la víctima para un tipo incluido en el Título XX y, por tanto, con cierta dificultad para integrarlo dentro de sus bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, gracias a la previsión del número 2 del propio artículo 57, no es necesaria mayor precisión legislativa: una ampliación del listado se reputa suficiente<sup>451</sup>.

---

<sup>451</sup> Con esta solución, además, puede apoyarse la inclusión del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP como uno más de la *familia* de delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica, es decir, aquellos donde los sujetos pasivos son los enumerados en el art. 173.2 CP. *Vid.* 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, 2005, pág. 20.

Se trata, por lo demás, de una sugerente discusión doctrinal que será objeto de análisis al final de nuestro trabajo.

### III.- Causas de atipicidad

La primera afirmación que cabe establecer es que las causas de exclusión de la tipicidad no aparecen reguladas en el Código penal. La mejor doctrina<sup>452</sup> distingue cuatro supuestos básicos: a) ausencia de un elemento típico; b) adecuación social de la conducta; c) caso fortuito<sup>453</sup>; d) acuerdo o consentimiento del ofendido. Éste último será analizado con detenimiento en la parte final del siguiente capítulo. Debe señalarse que, respecto del delito de quebrantamiento de condena, no cabe admitir la concurrencia de causas de atipicidad, dado el marcado carácter intencional del agente de evadirse del proceso judicial o, en su defecto, para sortear el cumplimiento de su condena, puesto que el mismo no podrá alegar esta causa, por cuanto se configuran todos los elementos objetivos y subjetivos constitutivos del tipo de injusto doloso.

Como se ha indicado, “sólo después de haber confirmado que la conducta es típica, y por tanto, penalmente prohibida, podemos seguir adelante con su análisis para determinar si también contraviene a todo el orden jurídico en general o si, por el contrario, existe alguna causa que la justifique. Si después de dicho análisis confirmamos que la conducta es típica y

---

<sup>452</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, 2019, pp. 149 y ss.

<sup>453</sup> *Id.*, pág. 151: “Cuando deviene caso fortuito, no se produce conceptualmente incremento de riesgo no permitido, sino lo contrario: el sujeto actúa dentro del riesgo permitido, de manera que se excluye el carácter típico de la conducta realizada”.

antijurídica, entonces estaremos ante la presencia de un injusto, pero si hay una causa que justifique la conducta típica (lícita o prohibida), entonces quedará excluida su antijuridicidad y será imposible considerarla como delito, dado que solo se concretó el primer elemento (conducta típica) y faltó el segundo (antijuridicidad) y ya no podemos pasar al último (culpabilidad). En otras palabras, la conducta típica justificada se debe considerar como un ilícito justificado”<sup>454</sup>.

De esta manera, la actividad jurisdiccional del juez de instrucción consiste en someter a un minucioso análisis el asunto que como se le presenta, con la finalidad de evitar la instauración de procesos judiciales indebidos, que pueden contribuir a una mayor carga de trabajo, lo cual se resume en la atención que pudiere prestar hacia otros asuntos revestidos de los requisitos necesarios para proceder a su enjuiciamiento. En tal sentido, el juez de instrucción debe verificar los elementos del tipo, y circunstancias en que se realizó el mismo, para determinar si concurren causas de exclusión de tipicidad, o si por el contrario, se encuentran presentes causas de justificación, puesto que de mediar éstas el órgano judicial pondría término a través de los actos conclusivos de la investigación, como son el sobreseimiento. Con arreglo a este razonamiento se evidencia, en sentido negativo, que las causas de atipicidad se corresponden a aquellas circunstancias en las cuales el sujeto activo, desplegando todos y cada uno de los medios necesarios para perpetrar el delito, o bien actuando deliberadamente a través de una conducta omisiva, no ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma para que su

---

<sup>454</sup> DIAZ-ARANDA, E., *op. cit.*, 2016, pág. 125.

conducta puede ser reprochable.

Las causas de atipicidad no se corresponden con la intencionalidad por parte del sujeto activo con ocasión de su conducta antijurídica, todo lo contrario, obedece a circunstancias ajenas a la voluntad del individuo<sup>455</sup>. Realmente, la causa de atipicidad penal que es apreciada con alguna frecuencia por parte de los diferentes juzgados y tribunales es la concurrencia del denominado error de tipo. Podemos, pues, hablar mejor de esta creencia errónea que de una verdadera falta de concurrencia del tipo delictivo.

El error de tipo consiste o puede ser definido como aquel comportamiento de una persona que realiza una conducta tipificada, sin saber que está prohibida. Al igual que ocurre con el error de prohibición, cabe hablar de un error de tipo vencible y de otro invencible, con distintas consecuencias penales<sup>456</sup>. En palabras de nuestro Tribunal Supremo, en SSTS núm. 258/2006, de 8 de marzo (EDJ 2016/24809), y núm. 737/2007, de 13 de

---

<sup>455</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, R., *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., México, 2004, pág. 107: “En atención a que los tipos penales describen en su materia de prohibición acciones “que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social, sólo puede hablarse de exclusión de la tipicidad de una acción, por razón de la adecuación social, si falta el contenido típico de injusto. Existen otros fenómenos parecidos a la adecuación que no han de confundirse con ella. Se trata de supuestos de colisiones de intereses cuya solución exige que el bien jurídico protegido ceda ante otro valor social, pues “toda la vida social se hace del uso y consumo de bienes jurídicos, como, en definitiva, toda vida es a la vez consumo de vida”.

<sup>456</sup> Art. 14 CP:

“1. *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.*

2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.*



septiembre (EDJ 2007/175217): “en el art. 14 se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone su conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (nº 1), y a su vez vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (nº 2); (STS de 7.7.95); y en el nº 3, el error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suelo distinguirse entre su error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y un error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto)”.

La Sala Segunda del TS ha sentado jurisprudencia<sup>457</sup> en relación con la figura del error:

- a) Tiene un carácter excepcional en su aplicación, ya que va en contra de la regla general de que la ignorancia de la ley no evita su cumplimiento. No resulta, por tanto, suficiente su mera alegación por quien pretende beneficiarse de sus efectos.
- b) Esta ignorancia (o creencia errónea) debe ser probada por quien la alega<sup>458</sup>, con inversión de la carga de la prueba. Es cierto que, cuando se limita a negar las imputaciones realizadas de contrario, el acusado no tiene que probar absolutamente nada y puede permanecer pasivo

---

<sup>457</sup> Por todas, SSTS 11-9-1996, 6-10-1999 y 12-03-2011.

<sup>458</sup> STS de 11 de marzo de 1996: “no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas” (ECLI:ES:TS:1996:1509).

completamente. Ahora bien, está gravado por la necesidad de alegar e introducir en el proceso los hechos que le puedan resultar favorables.

- c) la incidencia del error, dada su naturaleza, no admite ser medida con idénticos parámetros en todos los casos, sino que hay que acudir al caso concreto, pues es muy importante tener en cuenta las circunstancias objetivas concurrentes en cada supuesto; pero, sobre todo, las circunstancias personales del sujeto activo de la acción.
- d) Se excluye la posibilidad del error si se tiene conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad. Este último supuesto aparece con mucha frecuencia en la práctica forense. Se refieren a casos donde el sujeto “no quiere indagar más”, es decir, es plenamente sabedor que podría cerciorarse acerca de la licitud de su comportamiento (por ejemplo, si las medidas cautelares permanecen o no en vigor), pero prefiere permanecer en la inopia, ante la sospecha que pudiera tratarse de un alejamiento o comunicación aún prohibida<sup>459</sup>.

Otra distinta cuestión es que el error pueda ser inducido por el propio órgano judicial. A este respecto, existe una regla general no escrita<sup>460</sup> que, pronunciada una sentencia absolutoria, se dejen de manera inmediata sin efecto las medidas cautelares de naturaleza personal adoptadas en el

---

<sup>459</sup> La SAP de Madrid, Sección 26ª, núm.711/2018, de 17 de octubre (EDJ 2018/641115), no reconoce el error y sí le imputa un delito de quebrantamiento a título de dolo eventual en aquel comportamiento del acusado que, resolviendo vulnerar las medidas cautelares judicialmente establecidas, pese a tener conocimiento de la alta probabilidad de que aquellas se encontraran en vigor, prefirió atender a las manifestaciones de la víctima (...) que a la especializada información que le facilitó su propio abogado.

<sup>460</sup> SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2018 (EDJ 2018/654937).

procedimiento. Y ello porque, si bien es cierto que las medidas cautelares deben permanecer hasta que no sean expresamente revocadas por otra resolución posterior, no parece justo ni adecuado para el sometido a las mismas que, tras un proceso judicial más o menos prolongado en tiempo, deba soportar tales restricciones sobre sus derechos cuando ya ha recaído una primera valoración judicial sobre la naturaleza delictiva de semejantes comportamientos.

No obstante, si el órgano sentenciador adopta una resolución, debidamente motivada, manteniendo las medidas cautelares pese a la absolución provisional; deberá el órgano judicial extremar las precauciones respecto del enjuiciado, fundamentalmente, notificar personalmente la sentencia y específicamente el mantenimiento de las prohibiciones, no estando de más la asistencia letrada a dicha comparecencia. De lo contrario, el absuelto podría entender que su libertad es absoluta a la vista de la resolución o, al menos, defender su inocencia ante una acusación de quebrantamiento. Y esta defensa tendría muchos visos de prosperar porque, independientemente de su (in)vencibilidad, al tratarse de un delito eminentemente doloso, el fallo sería idéntico: absolutorio. Y, como hemos visto (EDJ 2018/641115), esta imputación no es obstáculo para su apreciación eventual.

El error de tipo, por lo expuesto, excluye el dolo, ya sea éste directo o eventual. Para su apreciación, y su concurrencia como causa de atipicidad, el sujeto debe ignorar que la acción que ejecuta está prohibida por la ley. Será objeto de la actuación judicial determinar si, pese a querer realizar la

conducta, el enjuiciado desconocía que la misma estaba prohibida. Para ello, habrá que atenerse al caso concreto<sup>461</sup>. La jurisprudencia nos permite deducir que, entre estos criterios de valoración se encuentran: la notificación y requerimiento expreso del cumplimiento de las penas o medidas<sup>462</sup>, cuestión a la que ya nos hemos referido, y a la que los tribunales le otorgan un valor probatorio muy relevante; en segundo lugar, la inexistencia de comunicaciones procedentes del órgano judicial que pudiera implicar la ineficacia de las prohibiciones impuestas, descartándose así que el error haya podido ser inducido por la propia Administración; y, en último término, estando garantizada la asistencia letrada al sometido a un procedimiento penal<sup>463</sup>, dicho asesoramiento se transforma asimismo en una garantía del perfecto conocimiento y alcance de las restricciones que le afectan.

---

<sup>461</sup> También adquiere singular relevancia la consideración de las circunstancias subjetivas del autor para poder valorar si realmente desconocía o conocía erróneamente algunos de los elementos del tipo. En palabras de la STS núm. 482/2007, de 30 de mayo (EDJ 2007/70199): “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 conocerla trascendencia jurídica de su obra”.

<sup>462</sup> “Se asocia mal, muy difícilmente, con el delito de quebrantamiento de medida cautelar cuando éstas consisten en la prohibición de una determinada conducta y vienen precedidas por un requerimiento personal y expreso al concernido por ellas”. SAP de Madrid, Secc. 26ª, núm. 673/2018, de 26 de septiembre (EDJ 2018/654937).

<sup>463</sup> Arts. 17.3 y 24.2 CE. Se trata de un derecho fundamental también reconocido en instrumentos internacionales (arts. 10.2 y 96.1 CE), como el art. 6.3 c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950, en vigor en España desde el 4 de octubre de 1979; o el art. 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva Cork, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por instrumento de 27 de abril de 1977. Evidentemente, también ha sido objeto de reconocimiento por la LECrim. (arts. 118 y 384) como un derecho del imputado aún antes del procesamiento (preprocesal).

De la valoración conjunta de la prueba el órgano enjuiciador obtendrá su fallo. No resulta necesario añadir que, en caso de duda, aplicando la doctrina del *in dubio pro reo*, habrá de dictarse una sentencia absolutoria, independientemente que el error sea vencible o invencible. El fundamento no es otro que, *stricto sensu*, realmente estamos dudando de la concurrencia del elemento volitivo del dolo y éste es imprescindible para apreciar la concurrencia del tipo delictivo del quebrantamiento.

La segunda de las causas de atipicidad que han sido objeto de enumeración es constituida por el supuesto del comportamiento atípico por su estimación –contingente y, en ningún caso, atemporal– como riesgo permitido o, como hemos indicado, en calidad de conducta socialmente adecuada o aceptable<sup>464</sup>. Como se ha señalado<sup>465</sup>, la ubicación correcta del estudio de la adecuación social debe circunscribirse al ámbito de la (a)tipicidad, habida cuenta que existe lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el sistema penal; pero, ya sea por un error del legislador, ya por –con más habitualidad– una evolución de la conciencia social que determina que semejantes comportamientos son aprobados o, al menos, tolerados por la comunidad colectiva. Por tanto, la adecuación social no se refiere a la antijuricidad, ya que ésta entra en cuestión cuando se sobrepasa la adecuación social.

---

<sup>464</sup> Expresiones que nos recuerdan la idea de insignificancia de ROXIN. Al respecto, LUCENA, A., *Reformas del delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 282, señala que ROXIN no realiza una distinción entre conductas insignificantes y conductas socialmente adecuadas, sino que califica ambas categorías según la clase de interpretación que se haga del tipo penal.

<sup>465</sup> WELZEL, H., *Studien zum System des Strafrechts*, 1939.

Por su parte, en el sistema funcionalista normativo se ha ubicado en el contexto de la imputación objetiva, al establecer que no se valoran situaciones de justificación, siendo un comportamiento que genera un riesgo permitido y se considera socialmente normal, y esto no porque se tolere en el caso concreto por el contexto en el que se encuentra, sino porque esa configuración es aceptada de manera natural<sup>466</sup>.

El concepto de adecuación social o insignificancia se sitúa a medio camino entre las categorías de atipicidad y de antijuricidad del concepto jurídico-dogmático del delito. En realidad, que un comportamiento esté penado y, sin embargo, haya una conciencia social mayoritaria que lo descarte como delito, debe provocar una adecuada modificación legislativa. Pero, hasta que ésta no se produzca, el delito está vigente y los comportamientos han de ser enjuiciados con arreglo al mismo. Institutos como el indulto o principios como la retroactividad de la ley penal más favorable al reo<sup>467</sup> se basan en estos planteamientos. Cabe estimar a su respecto un criterio de interpretación restrictiva de los tipos penales. El principal exponente en el ámbito del delito de quebrantamiento, en relación con la violencia de género, es la idea de irrelevancia del comportamiento por causa de conformidad de la víctima<sup>468</sup>. Sin embargo, como veremos<sup>469</sup>, resulta procedente ubicar el

---

<sup>466</sup> JAKOBS, G., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 39.

<sup>467</sup> Con base en el art. 25.1 CE, un sector de la doctrina define este principio como un derecho fundamental. FRIGOLS I BRINES, E., *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de las leyes penales*, editorial Bosch, Barcelona, 2008, pág. 402.

<sup>468</sup> SAP de Baleares de 4 de julio de 2017 (EDJ 2017/165973).

consentimiento de la víctima como posible causa de justificación<sup>470</sup>, esto es, como causa de exclusión de la antijuricidad y no de atipicidad. No obstante, a nadie escapa la delgada línea que separa ambos constructos. De modo que las causas de antijuricidad no obedecen sólo a circunstancias ajenas a la voluntad del agente, sino que también remiten a la pugna de intereses entre dos o más derechos subjetivos, ante los cuales debe prevalecer uno de ellos. Se ha afirmado<sup>471</sup> que tal causa en la mayoría de los casos va sólo implícita en el sentido material del tipo, aunque a veces, como algunos casos de consentimiento o autorización oficial, se formula de modo expreso. Puede ser de dos clases: causa ya de atipicidad o de exclusión de entrada de la tipicidad por ser obvia de antemano la falta de relevancia jurídica y por ello la total falta de antijuricidad de la conducta; o causa de exclusión solo de la tipicidad penal, que no excluye la antijuricidad general, pero la conducta no es lo suficientemente grave para constituir un injusto o ilícito penal, penalmente tipificado; a veces se denomina causa de atipicidad a toda causa de exclusión de la tipicidad, incluyendo estas últimas, pero quizá es preferible reservar la

---

<sup>469</sup> Cap. VI. Ap. 4

<sup>470</sup> DIAZ-ARANDA, E., *op. cit.*, 2016, p. 109: “Las causas de atipicidad implican que la conducta no es típica y, por tanto, es lícita. En este sentido, no se debe confundir a las causas de atipicidad con las causas de justificación, porque las primeras excluyen la prohibición debido a que falta alguno de los tres elementos de la conducta típica: objetivo, normativo o subjetivo, al paso que, en las segundas, la conducta sigue siendo prohibida en general, pero las especiales circunstancias que concurren en el hecho ilícito dan lugar a su justificación”.

<sup>471</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Causas de exclusión de la tipicidad*, Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española, Consejo General del Poder Judicial, Espasa Libros S.L.U., 2016. Disponible en <https://dej.rae.es/lema/causa-de-exclusi%C3%B3n-de-la-tipicidad>

denominación causa de atipicidad para las primeras<sup>472</sup>.

Según lo ya expuesto en la dogmática causalista neoclásica, cabría preguntarse si el legislador valora como causa de exclusión de tipicidad el hecho o si por el contrario, elimina la consecuencia jurídica a la cual pudiere haber lugar. Sobre este particular, es menester traer a colación el aforismo latino “*factum lex, non sententiam notat*”, a tenor del cual la ley sentencia el hecho, no el pensamiento. En tal sentido, las normas sustantivas de carácter penal se fijan en el hecho punible como generador de consecuencias lesivas para la sociedad. En concordancia con lo anterior, se evidencia que tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal van en direcciones contrapuestas en relación con el finalismo, puesto que éste se concentra en los resultados derivados del hecho, sin tomar en cuenta en nivel de participación del agente. No obstante, en el Derecho penal se configuran las causas de exclusión de tipicidad, conjuntamente con las causas de justificación, las cuales toman en cuenta el transcurso del hecho punible, así como también lo encara el Derecho procesal penal, para asegurar el derecho a la defensa y al debido proceso por parte del imputado, razón por la cual cabe la preguntarse si la regla del finalismo posee una excepción como son las causas de exclusión de tipicidad, las cuales son eximentes de la responsabilidad penal, y las causas de justificación, las cuales modifican la responsabilidad penal, pudiendo

---

<sup>472</sup> En relación con las causas de exclusión de la tipicidad, MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 160 (texto original publicado en 1957) dejó afirmado: “lo que importa es establecer si la causa particular de exclusión concierne a la valoración objetiva del hecho total o si elimina solamente el reproche personal, pese a existir el injusto”.



incluso llegar a eximirla. En resumen, destacan dos tipos de causas de exclusión de la tipicidad. La primera se caracteriza por no cumplir los extremos requeridos en la ley penal para cumplir con la perpetración del tipo, deviniendo el principio de antijuridicidad, por el cual la conducta es sancionable y sancionada por la ley penal, debido a su previsión en la misma. La segunda se caracteriza ante el despliegue de todos los actos de ejecución del delito previstos en la ley penal, y, sin embargo, la magnitud del daño causado es irrelevante para la sociedad, caso en el cual opera esta figura.

El último supuesto que, brevemente, vamos a analizar es el denominado caso fortuito. Se trata de un concepto básico civilista<sup>473</sup>. En el ámbito penal, lo fortuito se remite a lo casual y, por tanto, impredecible<sup>474</sup>. En el caso que nos ocupa, el delito de quebrantamiento con singular incidencia en la violencia de género; se remite a todas aquellas contravenciones donde la infracción de la prohibición impuesta no es querida ni perseguida por el sujeto, sino que el encuentro responde a un acontecimiento completamente aleatorio. Volvemos a la ausencia de dolo para justificar la atipicidad de aquel comportamiento por el que –a título de ejemplo– el sometido a la pena/medida cautelar de aproximación se encuentra, justo de frente, con su víctima en el momento en el que se dispone a ocupar una mesa del restaurante. Hay que pensar que esto puede ocurrir, porque hay localidades mucho más reducidas donde la

---

<sup>473</sup> Art. 1105 C.C.: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

<sup>474</sup> STRATENWERTH, G., *Derecho penal, Parte general*, editorial Civitas, Madrid, 2005: “lo imprevisible o lo inevitable no puede prohibirse ni exigirse”.

probabilidad de coincidir es alta y porque es factible, incluso, en grandes ciudades. A todos nos ha pasado. Pero se han de establecer prevenciones (y ello nos devuelve a la necesidad de examinar el caso concreto). En efecto, quien ha mantenido una duración más o menos duradera con alguien tiene en su poder mucha información sobre ella: lugar de residencia, hábitos familiares (colegios, parques, actividades extraescolares de sus hijos), establecimientos que frecuenta, segunda residencia, y un largo etcétera. Pues bien, recordemos que el sometido a la medida precautoria debe actuar con la diligencia necesaria para evitar estos encuentros. Por tanto, una reiterada actitud tendente a forzarlos “de manera casual” podrá llevar al tribunal a declarar que no se trata de un caso fortuito sino querido y buscado intencionadamente, por tanto, con el dolo necesario para permitir la apreciación del delito de quebrantamiento. Con arreglo a lo expuesto, el órgano judicial deberá valorar las circunstancias antecedentes: si ya ha ocurrido con anterioridad y con cierta frecuencia, si no existe una justificación clara para que el infractor se encuentre justamente allí o si, por ejemplo, ya había sido visto con anterioridad por terceras personas merodeando el domicilio de la víctima. Pero también habrá de valorar las circunstancias posteriores al casual encuentro. Y, a este respecto, el comportamiento del sujeto debe ser nítido: abandonar el lugar e interrumpir el contacto de inmediato. Este modo de proceder será la mejor salvaguarda para evitar que una denuncia por quebrantamiento pueda prosperar<sup>475</sup>.

---

<sup>475</sup> PÉREZ RIVAS, N., *La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español*, en “Revista on line Ius et Praxis”, Vol. 22, N.º 2, 2016.

## **CAPÍTULO VI**

### **ANTI JURICIDAD**



## **I.- Bien jurídico protegido: problemática de su disponibilidad**

Comenzamos este apartado recogiendo parte de los razonamientos jurídicos de la interesante SAP de Segovia núm. 107/1996, de 10 de diciembre<sup>476</sup>, FD 2: “El elemento de la antijuricidad de un delito no debe valorarse ciertamente en sentido formal como la pura oposición entre el acto y una norma positiva, sino en el sentido de “antijuricidad material”, es decir, entendiendo que la tipicidad no determina la antijuricidad sino en la medida en que la acción, transgrediendo la norma positiva –condición que impone el principio de legalidad– verdaderamente lesiona o pone en peligro, según los casos, el bien jurídico concreto que el tipo penal protege. De ahí que la interpretación del tipo deba guiarse por el sentido que exige la defensa del bien jurídico, y se excluya la tipicidad de la acción cuando aun siendo ésta formal o “aparentemente” típica, no haya afectado y ofendido dicho bien. En el caso del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, la exigencia de antijuricidad material supone que no baste cualquier retraso voluntario en el regreso a la prisión por quien, cumpliendo pena privativa de libertad, obtiene permiso de salida, si ese retraso voluntario aun siendo siempre típico y formalmente antijurídico carece de relevancia o trascendencia desde la perspectiva del bien jurídico protegido que es la efectividad de la resolución judicial de condena”).

La dogmática penal, a partir ya de las formulaciones doctrinales

---

<sup>476</sup> EDJ 1996/8195.

clásicas, y continuando en los respectivos modelos de los distintos sistemas formulados, distingue entre una antijuricidad “formal” y una antijuricidad “material”. Si la primera engloba el comportamiento contrario a la norma jurídica (y, por consiguiente, no es exclusivo de la ley penal); la segunda implica la lesión o, al menos, la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, los cuales, por mor del principio de intervención mínima del Derecho penal, deben ser aquellos de mayor trascendencia para la colectividad. Es decir, la noción de bien jurídico protegido remite, sin ningún género de duda, al campo de los valores<sup>477</sup>. En un segundo paso, por exigencias del principio de fragmentariedad, sólo los ataques más relevantes a esos bienes deben merecer la reforzada protección que la norma penal lleva aparejada.

La idea de la ponderación de valores no resulta ajena en modo alguno a la materia objeto de estudio. Desde un principio, hemos abordado el estudio de la violencia de género como una necesidad introducida por el legislador en una suerte de fórmula de respuesta ante una demanda –o carencia– social que, por diversas circunstancias, se ha decidido que resultara acuciante<sup>478</sup> en

---

<sup>477</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Derecho penal, Parte general*, editorial Colex, Madrid, 1990, pág. 196: “la antijuricidad material exige además de una acción contraria al derecho positivo, la violación de algún orden superior de valoración de conductas o la lesión de algún género de intereses considerados por la sociedad, con lo que reconoce el carácter valorativo al concepto de antijuricidad, así como su aspecto formal y material”.

<sup>478</sup> El propio Informe de la Subcomisión creada para la elaboración de un Pacto de Estado en materia de violencia de género afirma (pág. 208) que la violencia de género es la manifestación más cruel e inhumana de la secular desigualdad existente entre mujeres y hombres en el mundo, y se produce con independencia del nivel social, cultural o económico. Asimismo, reconoce que se trata de una deficiencia histórica, estructural que, en estos momentos, iniciado el siglo XXI, se ha decidido abordar con eficacia inusitada.

nuestros tiempos. Es decir, si confesamos la existencia de violencia en el ámbito doméstico, con carácter general y desde siempre; no tenemos tan claro cuál ha sido el detonante de tan urgente necesidad, que se ha traducido en la llegada de múltiples recursos económicos y, sobre todo, y a los efectos que nos interesan, en sucesivas modificaciones legislativas.

Y no es que critiquemos la llegada de medios materiales y humanos (la plantilla de un Juzgado exclusivo de Violencia sobre la Mujer es superior a la de cualquier otra correspondiente a un órgano unipersonal) a las siempre maltrechas arcas de la Administración de Justicia. Todo lo contrario. Lo que sucede es que echamos en falta cierta reflexión sobre la oportunidad del momento y la necesidad reconocidos cuando son tantas las carencias que, desgraciadamente, contemplamos a nuestro alrededor. En un segundo escalón, desde un punto de vista científico, debemos plantearnos si los medios empleados son correctos y si aceptamos las soluciones empleadas por el poder legislativo para la obtención de estos fines.

A lo largo de todo nuestro trabajo, cruza la idea de la existencia de una contradicción que tanto el legislador como los operadores jurídicos deben cabalgar: la justificación de la especialidad de ciertos subtipos que, en relación con la violencia doméstica y de género, aparecen a lo largo de todo el Código

---

Ahora bien, que nos sorprenda la actuación legislativa, con semejante grado de implicación, no quiere decir que critiquemos la lucha contra la violencia en el ámbito doméstico y el restablecimiento del desequilibrio frente a la desigualdad histórica que ha padecido la mujer por el mero hecho de su sexo. Todo lo contrario: nos parece una meta de lo más loable y, asimismo, necesaria. Otra cuestión es el estudio de los métodos empleados para ese fin y su corrección; o, dicho sea de otro modo, su análisis crítico que, como jurista, nos merece.

penal en torno a criterios subjetivos y, sin embargo, la necesidad de objetivar los mismos en orden a evitar la condición de acreditarlos como condición necesaria para su declaración de culpabilidad.

El art. 468 del CP –tras las redacciones introducidas por LO 1/2004, LO 5/2010 y LO 1/2015– describe el tipo delictivo en los siguientes términos:

*“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 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.*

*3. 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”.*

Los subtipos cualificados –como el que describe el art. 468.2 del CP– sólo pueden justificarse cuando el comportamiento enjuiciado constituya una “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las



relaciones de poder del hombre sobre la mujer” (art. 1.1 LOVG). Pero ello implica tanto como tener que demostrar la actitud anímica del sujeto para poder subsumir el comportamiento en el tipo agravado. Así debería ser. Sin embargo, quien hace la ley, hace la trampa y, puesto que la norma penal no exige el elemento subjetivo del injusto, tampoco lo demandan sus intérpretes. Se cierra, así, un círculo, ciertamente perverso, validado por nuestro Tribunal Constitucional<sup>479</sup>.

La segunda cuestión que debemos abordar este apartado es si el delito de quebrantamiento es o no un delito de carácter pluriofensivo<sup>480</sup>. Y nuestra conclusión es negativa, con la salvedad del número 2 del artículo 468 CP. Son varias las razones que nos llevan a afirmar que no concurre un único bien jurídico protegido para el quebrantamiento de la violencia en el ámbito doméstico: la primera, el incremento punitivo del art. 468.2<sup>481</sup>; la segunda, la equiparación, a todos los efectos legales, del quebrantamiento de medida cautelar al de condena. De hecho, con arreglo al art. 58.4 CP, practicada la

---

<sup>479</sup> STC, Pleno 41/2010, de 22 de julio (EDJ 2010/158755): “el juez o tribunal debe permitir que el acusado pueda probar que la comisión del hecho no concurre elemento intencional alguno constitutivo de la violencia de género, pero sin que entendamos que ello quiera decir que sea preciso probar por las acusaciones que en la acción del sujeto pasivo existió un *animus* propio y específico, sino que, en todo caso, el acusado será el que pueda probar que tal ánimo no existió en supuestos muy concretos, como el conflicto producido entre ex parejas de hace tiempo, o hechos de coacciones por motivos económicos por la ruptura de la pareja, etc.”

<sup>480</sup> En esta línea, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *La última respuesta penal a la violencia de género*, Diario *La Ley*, n.º 6420, 2006, entiende que no hay mejor prueba que el incremento punitivo que recoge el apartado 2, respecto del criterio general del art. 468.1 del CP.

<sup>481</sup> Redactado por el apartado centésimo trigésimo quinto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

liquidación de las penas impuestas al condenado por un delito relacionado con la violencia de género, habrá de descontarse de la duración de las penas impuestas, el tiempo que el mismo haya sido privado de estos derechos cautelarmente, durante la instrucción de la causa y hasta la firmeza de la sentencia condenatoria. Una tercera razón sería la propia existencia del número 2 del art. 468 CP, dado que sólo puede justificarse por la necesidad de otorgar una protección razonada hacia la convivencia y paz familiares, que son intereses que exceden del plano estrictamente individual. Y, por último, también se argumenta sobre la pluralidad de bienes y la propia disponibilidad de los mismos, idea sobre la que nos pronunciaremos a continuación.

Con anterioridad a la LOVG del año 2004, la jurisprudencia<sup>482</sup> ya confesaba que el bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento del art. 468 CP no era otro que el recto funcionamiento de la Administración de Justicia, y especialmente la efectividad y el obligado acatamiento de sus resoluciones (arts. 18 CE y 17.2 LOPJ); pero al que había que sumar otro: la protección de las víctimas de los delitos previstos en el art. 57 CP, en caso de concurrir éste. Así, por todas, la SAP de Cádiz de 21 de enero de 2003 (EDJ 2003/19214). Es decir, los jueces ya nos anticipaban el camino a seguir.

Más recientemente, y salvo alguna postura minoritaria (SAP de Madrid, Secc. 15<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2014, ROJ SAP M 15271/2014), la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, AATS de 16 de octubre de 2014, ROJ ATS 8900/2014; y de 5 de marzo de 2015, ROJ ATS 2744/2015),

---

<sup>482</sup> SAP de Cádiz de 19 de abril de 2004 (EDJ 2004/292924).

así como la de las Audiencias Provinciales (SAP de Jaén, Secc. 3ª, de 15 de junio de 2016, ROJ SAP J 608/2016; SAP de Zaragoza, Sec. 1ª, de 17 de noviembre de 2016, ROJ SAP Z 1941/2016), conceptúan el art. 468.2 CP como un delito pluriofensivo por su estrecha vinculación con la idea de protección de la mujer.

Sin embargo, a mi entender, esta pluriofensividad plantea problemas, porque la misma no casa bien cuando se trata del quebrantamiento de una pena de prisión, de una medida de seguridad o de una pena de localización permanente, por ejemplo. En estos últimos supuestos no parece que podamos plantear siquiera la pluriofensividad<sup>483</sup>, por lo que o bien la rechazamos en todos los casos o la admitimos tan sólo en algunos supuestos del tipo delictivo, concretamente, en aquellos directamente relacionados con la violencia doméstica o de género. Y esto no es sencillo. Romper de esta manera la unidad del tipo penal sólo podría justificarse si calificásemos el párrafo segundo del art. 468 CP como una agravación del tipo base, lo cual nos llevaría de nuevo a la necesidad de demostrar ese ánimo discriminatorio que justificaría la cualificación y, de esta manera, volveríamos al inicio de un círculo vicioso.

Ya advertimos que los Tribunales vienen reconociendo la validez del aumento de pena en el delito de quebrantamiento, al igual que sucede con

---

<sup>483</sup> Es difícil admitir en esos tres casos la idea de protección a la víctima, que justifica la pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, cabe admitir la personación de la víctima en los delitos de quebrantamiento *ex art. 468.2 CP*; sin embargo, no se permite su intervención en el proceso en casos de quebrantamiento de una pena de prisión.

otros tipos penales, donde su comisión sobre víctimas de violencia de género o doméstica<sup>484</sup> justifican la agravación de la pena; en base a la compatibilidad entre el respeto al contenido de las resoluciones judiciales y la protección sobre una categoría especial de víctimas. En definitiva, esta adición en los bienes jurídicos objetos de protección –a los que debemos añadir el respeto a la paz y convivencia familiares– justifica la procedencia del incremento punitivo. Por tanto, gracias a esta acumulación de bienes jurídicos protegidos, el artículo 468.2 del CP contempla válidamente una mayor pena; pero, insistimos, esta agravación es impuesta desde un punto de vista objetivo, por el mero hecho de recaer sobre una determinada categoría de víctimas. El problema es que, frente a esta situación, poca defensa le cabe al responsable de semejante comportamiento.

Además, gracias a la admisión de la categoría del bien jurídico protegido, es posible resolver determinadas situaciones de conflicto que, de otra forma, habría que derivar siempre a las reglas generales del concurso. En

---

<sup>484</sup> Es el caso de los delitos de lesiones, previsto y regulado en el art. 153.3 CP; amenazas (art. 171.5) y maltrato habitual (art. 173.2 CP). En estos casos, también puede hablarse de pluriofensividad cuando tales delitos se cometen por medio o a través del quebrantamiento, como pena o como medida, de una prohibición de aproximación o de comunicación. En dichos supuestos, que no dejan de constituir un supuesto de concurso de normas, “si se formula acusación por cualquiera de las tres modalidades de los arts. 153, 171 y 172 CP y en el desarrollo del juicio el conjunto de la prueba practicada no lleva a la convicción del juez o tribunal de la comisión del delito básico de maltrato, amenaza o coacción leve, pero sí que se ha producido un incumplimiento de la prohibición de aproximación o comunicación respecto de la víctima por parte del acusado, el juez o tribunal podría dictar sentencia condenatoria por el tipo penal del art. 468 CP. Y ello, aunque no hubiere sido objeto de acusación específica y autónoma por el Ministerio Fiscal o la Acusación Particular a la hora de elevar sus conclusiones provisionales a definitivas”: SAP de Castellón, Sección 2ª, núm. 36/2015, de 2 de febrero, Rec. 33/2015.

este sentido la reciente STS núm. 39/2020, de 6 de febrero<sup>485</sup>, parte de la base de que, con arreglo al principio de especialidad, el art. 171.4 CP absorbe el delito de amenazas realizado quebrantando una pena o medida cautelar de comunicación, pongamos por ejemplo. Sin embargo, es posible que el quebrantamiento concorra de manera continuada, a través de la remisión de una pluralidad de mensajes de “Whatsapp”, donde sólo en uno o algunos de ellos se vierta ese contenido amenazante. Pues bien, en este supuesto, nuestro Alto Tribunal afirma que “no puede aplicarse este precepto, ya que hay perfecta separabilidad de hechos y no puede haber una absorción en uno de los tipos que englobe todos los hechos ocurridos, por lo que no hay infracción de la prohibición del *non bis in idem*”.

La STS declara que concurre un supuesto de concurso real de delitos (art. 73 CP) entre un delito de amenazas y un delito continuado de quebrantamiento; precisamente porque, de no adoptarse esta solución, quedarían impunes los múltiples actos de quebrantamiento cometidos por el sujeto. En otros términos, el desvalor de su acción no podría ser englobado bajo el paraguas de una modalidad agravada del delito de amenazas cuando, además, la mayoría de los actos de quebrantamiento carecían de contenido amenazante<sup>486</sup>.

---

<sup>485</sup> Rec. 3014/2018.

<sup>486</sup> En palabras de la resolución judicial: “la absorción que provoca y exige el delito más grave en algunos casos hemos señalado que se lleva a cabo porque el desvalor de la conducta se integra en el delito final que consume, en consecuencia, toda la antijuridicidad de la acción. Y ello, porque no es preciso en una secuencia de progresión de delito penar los diversos pasajes de tal progresión delictiva, si el resultado final, por su gravedad, consume toda la antijuridicidad de la acción. Pero no es este el caso, porque el

El debate en torno a los bienes jurídicos<sup>487</sup> protegidos por el Derecho penal se encuentra muy vivo en nuestros días, como hemos podido comprobar. Para los defensores de una visión político-criminal, la norma penal sólo es legítima en cuanto protege valores que merecen esa protección. Por tanto, el concepto de bien jurídico operaría como un límite material a la función del legislador, que resultaría así permeable a la propia conciencia social. En caso de contravención, deberíamos calificar la norma como ilegítima.

Una segunda concepción es la normativista del sistema funcionalista, para el que la finalidad del Derecho penal no es proteger bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma; aunque, a la postre, si la norma busca que sus destinatarios se abstengan de realizar ciertos comportamientos, hemos de reconocer que se están protegiendo en última instancia esos mismos bienes jurídicos<sup>488</sup> y sin perjuicio que, al mismo tiempo, contribuya a estabilizar la norma<sup>489</sup>.

Una tercera posición es sustentada por la teoría de la imputación

---

quebrantamiento continuado no absorbe la amenaza, ni ésta sola al delito continuado de quebrantamiento de medida o condena”.

<sup>487</sup> Como señala ROXIN, C., *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, Revista *InDret* núm. 4/2012, 2009 (Disponible *on line* [www.indret.com](http://www.indret.com)): “bienes jurídicos son aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas”.

<sup>488</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, editorial jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 224: “el Derecho penal protege bienes jurídicos, para prevenir lesiones de precisamente aquellos bienes jurídicos mediante los cuales confirma la autoridad de la norma en cuanto elemento de la estructura social (...) La norma no pretende (...) protegerse a sí misma, sino los bienes y valores en ella contenidos”.

<sup>489</sup> JAKOBS, G., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal”, vol. 7, n.º 11, Argentina, 2001, págs. 23-42.

objetiva, que reconoce plenamente el carácter la protección subsidiaria de los bienes jurídicos por el derecho penal; la cuestión radica en la prohibición de crear riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico.

Al final, lo que llega a ponerse en cuestión con semejante debate doctrinal es la propia utilidad del estudio del bien jurídico protegido<sup>490</sup>. En esta línea, si queremos evitar un Derecho puramente formal, susceptible de amparar políticas totalitarias y, en general, restrictivas de derechos, creo que el estudio de lo que se pretende proteger, a quién y frente a qué<sup>491</sup> resulta fundamental en nuestros días. Si la Constitución reconoce una serie de derechos y libertades, el análisis del bien jurídico protegido en el sector del ordenamiento más lesivo para el ciudadano, no puede eludir un estudio exhaustivo –y permanente– acerca de la legitimidad de sus mandatos. Los supuestos de violencia en el ámbito doméstico son un buen ejemplo para plantear un debate de legitimidad alrededor de una determinada política criminal orientada hacia la protección de una cierta clase de víctimas,

---

<sup>490</sup> La jurisprudencia así lo reconoce en otros ámbitos, como por ejemplo el de la valoración del daño moral: “Cuando no haya alteraciones objetivamente perceptibles, no requiere más parámetros para la evaluación de su alcance que la gravedad de la acción que lesionó a la persona perjudicada, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima” *ex* STS núm. 440/2020, de 10 de septiembre (ES:TS:2020:2837).

<sup>491</sup> Nos referimos al “esquema en tres escalones de la protección de bienes jurídicos” a que alude Manfred HEINRICH, citado por Claus ROXIN, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología”, núm. 15, Universidad de Granada, 2013, págs. 01-11. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15.html>.

susceptible de erosionar ciertas garantías y derechos básicos, incluyendo la igualdad de trato ante la Ley<sup>492</sup>.

Respecto de la disponibilidad de bienes jurídicos, en principio, y siempre que no perjudique a otros, cabe su admisión, por lo que el comportamiento realizado no tendría relevancia típica. El problema radica respecto de aquellos bienes que tienen una trascendencia más colectiva que individual como, por ejemplo, en el caso del delito de quebrantamiento, donde el bien jurídico protegido no puede ser otro que la protección de la autoridad que emana de la Administración de Justicia. En estos supuestos, no hay derecho de disposición individual por motivos obvios: no puede quedar en manos de los obligados a su cumplimiento –ni de terceros– la observancia de los mandatos judiciales.

Otra cosa es que valoremos ese consentimiento cuando concurra, de suerte que su presencia tenga reflejo penológico, sin llegar a eximir de responsabilidad penal. No puede recibir idéntica respuesta quien vulnera de manera consciente una medida de alejamiento a aquel otro que recibe la autorización libre y expresa de la víctima para vulnerar la prohibición. El sentido común pero, más técnicamente, el principio de proporcionalidad de la pena o la idea de intervención mínima que debe inspirar todo el Derecho penal, son argumentos más que suficientes para defender esa menor represión punitiva. En cualquier caso, nos remitimos a lo ya expuesto acerca de la

---

<sup>492</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 42, estima que los bienes jurídicos penalmente protegidos, en definitiva, son una creación del legislador.



conurrencia del error de prohibición y sus consecuencias penológicas.

Si el bien jurídico protegido es individual, en principio, conforme a lo expuesto, no concurre obstáculo alguno que impida poder disponer del mismo. Los hechos así cometidos serían penalmente atípicos<sup>493</sup>. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español no reconoce esta posibilidad como eximente<sup>494</sup>, aunque sí le concede efectos penológicos favorables al reo, como el caso del art. 155 CP, permitiendo la rebaja de la pena inferior en uno o dos grados.

En materia del delito de quebrantamiento, no cabe hablar por tanto de disponibilidad del bien protegido. En efecto, el cumplimiento de las resoluciones judiciales no puede quedar ni al arbitrio ni a la voluntad de los sometidos (incluimos aquí a la víctima) a su observancia y cumplimiento. Esto no se discute. La segunda vertiente es la protección de la víctima. El planteamiento sería el siguiente: si las medidas cautelares o las penas de aproximación o prohibición de comunicarse se adoptan para la protección de la mujer y ésta consiente –o, directamente, solicita<sup>495</sup>– que el sometido a ellas incumpla la prohibición, podríamos discutir si la mujer puede o no disponer de estas medidas protectoras, dictadas a su favor.

---

<sup>493</sup> En esta línea, el art. 20.10 del Código penal peruano declara exento de responsabilidad criminal al que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición. *Vid.* CHANG KCOMT, R.A., *Consentimiento en Derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2017, pág. 10.

<sup>494</sup> Art. 20 del CP.

<sup>495</sup> Contemplamos un escenario en que víctima y victimario, libremente, y de forma ajena al proceso, puedan reanudar la convivencia o, al menos, el contacto telemático. Lógicamente, como destinataria de las medidas, la víctima siempre puede solicitar al juzgado el alzamiento de las mismas; petición que, tras oír a las demás partes y al Ministerio Fiscal, será objeto de una nueva resolución judicial.

Será ésta una cuestión a abordar en el último apartado de este capítulo; pero ya podemos adelantar que ello no es posible. Y no lo es por cuanto, si bien cabe instar en fase anterior a la existencia de una sentencia firme (nos referimos, por tanto, exclusivamente, a las medidas cautelares) la cancelación de estas medidas; lo que no es dable es permitir a la víctima disponer a su antojo de ellas. Y ello no tanto porque pueda estar influenciada psicológicamente por su agresor o por su entorno<sup>496</sup>, lo cual es discutible; sino, fundamentalmente, porque debe garantizarse la observancia de las resoluciones judiciales. En palabras de nuestro Tribunal Supremo, “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”<sup>497</sup>.

No resulta posible deslegitimar un tipo penal como el regulado en el artículo 468 CP por causa del bien jurídico protegido. La prohibición de la violencia privada y su institucionalización en el poder judicial<sup>498</sup> exige

---

<sup>496</sup> La STS 755/2009, de 13 de julio (Rec. 10288/2008), dirá además: “...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 recursos a sentimientos fingidos o falsas promesas”.

<sup>497</sup> STS núm. 803/2015, de 9 de diciembre, Rec. 513/2015. FD Sexto.

<sup>498</sup> IBARRA BECERRA, V., *La condena de la venganza privada tras la justicia punitiva. Contraste y continuidad entre La Orestíada de Esquilo y el derecho hegeliano*, en Revista “Ideas y Valores”, Vol. 65, Núm. 162, Universidad Nacional de Colombia, 2016, pág. 294: “Se abordan dos formas de justicia en principio antagónicas: la retributiva, propia del mundo de los héroes y de la venganza antigua, y la punitiva, de tradición tanto antigua como moderna, que consiste en la racionalización de la violencia mediante el tribunal”.

irremediablemente la confianza y la garantía que las resoluciones judiciales van a ser objeto de cumplimiento. Sin esta seguridad, se habilitaría la venganza como medio de satisfacción. En contraprestación a esta limitación, el acatamiento de la decisión judicial no es negociable.

Este planteamiento, que es inescindible de cualquier Derecho penal moderno, resulta especialmente predicable del delito de quebrantamiento, cuya razón de ser es, precisamente, la falta de obediencia a la resolución judicial por parte de quien ya ha sido sometido a la maquinaria de la Administración de Justicia. En este contexto, no deberíamos plantearnos jamás la disponibilidad de la orden judicial, ni siquiera en el hipotético supuesto que estemos ante una medida cautelar de protección y que la víctima beneficiaria de la misma –libre y voluntariamente– desee transgredirla omitiendo los mecanismos habilitados para revocar semejante decisión. E, insistimos, semejante afirmación resulta independiente al ámbito de la violencia sobre la mujer. Por encima de esta tipología, la violencia doméstica y de género, por muy preferente que el legislador la haya situado, se encuentra la base misma del Estado social y democrático de derecho, como un límite absoluto. En definitiva, como consecuencia de la indisponibilidad del bien protegido, procede declarar la irrelevancia del consentimiento de la víctima y no al contrario. Por respetar la nueva voluntad de la mujer no podemos poner en entredicho la propia existencia del sistema. Y esta reflexión es sólo predicable respecto del art. 468.2 CP; en los demás supuestos relacionados en el mismo artículo y en los tres preceptos siguientes, que conforman el capítulo completo, la disponibilidad del bien nunca ha sido objeto de debate.

## **II.- Naturaleza del objeto de tutela**

Acabamos de indicar que la categoría del bien jurídico protegido reconduce a dos planos diferentes, pero también íntimamente relacionados. En el primero de ellos, la actividad legislativa se encuentra constitucionalmente limitada por los principios y valores recogidos en nuestra Carta Magna, de suerte que las normas penales –como el resto del ordenamiento jurídico– no pueden contradecirlas; desde una segunda perspectiva, los operadores jurídicos deben identificar los valores necesitados de protección (antijuricidad material) y, a su vista, tomar importantes decisiones prácticas, como la acumulación de penas o la declaración de un concurso de delitos.

El estudio de la antijuricidad es inescindible, pues, del análisis de la categoría conceptual del bien jurídico protegido y sus consecuencias. Semejante planteamiento inicial nos da la idea que estamos en presencia de una materia tan compleja como apasionante y que, en pocas ocasiones, ha recibido el trato preeminente que merece.

Tradicionalmente, se han distinguido las doctrinas dualistas, que admiten la coexistencia de bienes jurídicos individuales y de bienes jurídicos colectivos; y las monistas, que niegan dicha compatibilidad, bien porque la legitimidad de toda norma jurídica debe ir referida a la protección de bienes

jurídicos individuales o, por el contrario, a bienes colectivos<sup>499</sup>, posición –esta última– a la que personalmente me adhiero<sup>500</sup>.

Y es que, en realidad, resulta difícil limitar en cada tipo penal la existencia de un solo bien jurídico protegido, exclusivo del mismo. Siempre, con más o menos presencia, será posible desenterrar una última referencia a un bien colectivo. Por ejemplo, en delitos patrimoniales como el hurto o la estafa, junto al directamente perjudicado por tal ilícito proceder, siempre existirá un interés comunitario en mantener la paz social y evitar la venganza privada<sup>501</sup>. Este fin último de la norma, de prevención general a la par que de restablecimiento de la legalidad conculcada, se halla siempre presente en la aplicación de la pena y, por tanto, justificará su aplicación en todo caso, independientemente que el número de perjudicados sea uno o múltiple. La colectividad, entendida como organización política, estará siempre interesada en conservar la pacífica convivencia.

---

<sup>499</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (Coord.), *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019: Entre los defensores de las teorías colectivistas suele destacarse en primer lugar a BINDING, quien desde su particular teoría de las normas llegó a la conclusión de que el bien jurídico es siempre bien jurídico de la colectividad, aunque pueda parecer individual. Siguiendo su estela, también asoció los bienes jurídicos al Estado, la comunidad o la colectividad HONIG. Por otro lado, autores como MAURACH, JESCHECK o WEIGEND han concedido igualmente un valor esencial a la dimensión comunitaria de los bienes jurídicos, lo cual no quiere sin embargo decir que hayan negado la existencia de bienes individuales ni descuidado la importancia del individuo.

<sup>500</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 204.

<sup>501</sup> BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, editorial Gedisa, Barcelona, 1982, pág. 199: “El Estado, por su propia índole, cualquiera que sea su régimen, es la organización la fuerza monopolizada: su poder se funda sobre el uso exclusivo de la fuerza, o sea de la violencia cambiada de nombre pero no de esencia. El Estado no es la eliminación de la violencia, sino su institucionalización”.

En el supuesto del delito de quebrantamiento, resulta manifiesto que estamos ante un bien de naturaleza colectiva, esto es, existe un interés generalizado en la protección de los intereses que representan esta clase de bienes, lo cual redundará en beneficio de cada uno de nosotros en nuestra condición de ciudadanos. Pero ello no significa que el bien colectivo sea una mera suma de bienes individuales. Por el contrario, es algo más. Por eso se definen como indisponibles a título individual, porque el interés protegido es de tal trascendencia que no puede ser objeto de disposición, en todo o en parte, por los propios miembros de la colectividad<sup>502</sup>.

Evidentemente, la Administración de Justicia es una prestación básica de toda sociedad moderna y democrática. Su protección no puede quedar al arbitrio de las decisiones individuales, por cuanto si –como HOBBS– hemos renunciado a nuestra venganza particular a cambio de una violencia institucionalizada y reglada; el sistema sólo es viable si las decisiones emanadas del poder judicial se cumplen, ya sea de manera voluntaria o forzosamente. Dentro de este marco –Título XX<sup>503</sup> del Código penal– se sitúa el delito de quebrantamiento –Capítulo VIII<sup>504</sup>–, de ahí que neguemos la posibilidad de disponer del mismo a título individual.

---

<sup>502</sup> SOTO NAVARRO, S., *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, vol. LVIII, 2005, pág. 887: “Consiguientemente, los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición. En base a esta nota de indivisibilidad, considero que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales”.

<sup>503</sup> Delitos contra la Administración de Justicia.

<sup>504</sup> Del quebrantamiento de condena.

Es cierto que la colectividad, como tal, no existe. La realidad está representada por un conjunto de personas, más o menos numeroso. Sin embargo, a diferencia de valores individuales como la vida o el patrimonio, sobre los que podemos disponer materialmente si esa es nuestra voluntad (suicidio o donación, por ejemplo); sobre bienes colectivos, de tan alta trascendencia además para la convivencia como la Administración de Justicia, carecemos de dominio alguno. El hecho de no cumplir las resoluciones judiciales impuestas (quebrantamiento) no afecta a la propia integridad del sistema, que ya prevé esta clase de respuestas y reacciona institucionalmente frente a semejante incumplimiento<sup>505</sup>. Por ello, la validez del sistema no se discute, ni siquiera cuando es atacado; básicamente, porque es de general observancia por los miembros de la comunidad, quienes garantizarán su defensa frente a esporádicos ataques.

Pero, al mismo tiempo que afirmamos que todo bien jurídico individual al ser lesionado remite a otro bien colectivo, siquiera sea por el interés comunitario en restablecer el orden transgredido, de igual forma, para que un bien jurídico colectivo sea legítimo, el tipo penal debe proteger los bienes jurídicos aun frente a una mera puesta en peligro concreta, a fin de no aparecer como una simple abstracción.

---

<sup>505</sup> Debo confesar que, al redactar estas líneas, me ha venido a la mente la teoría del sistema social de LUHMAN y su clásica división en subsistemas: “se puede describir una sociedad como funcionalmente diferenciada a partir del momento en el cual forma sus principales subsistemas en la perspectiva de problemas específicos que deberán ser resueltos en el marco de cada sistema funcional”. *Vid.* LUHMAN, N., *Politique et complexité*, editorial Cerf, Collection Humanités, París, 1999, pág. 43.

En cualquier caso, la discusión resulta, en el fondo, superflua. Cualquiera que sea la naturaleza de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, deberán ir siempre dirigidos a respetar la libertad y la dignidad<sup>506</sup> de la persona y su pleno desarrollo en el marco social en el que se integra. La dimensión social o colectiva del ser humano es inherente a su propia personalidad. Como afirmó ARISTÓTELES: “De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre (...) La razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario, es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra”<sup>507</sup>.

La noción de bien jurídico goza de una posición preeminente<sup>508</sup>, no sólo en la Ciencia del Derecho penal, sino además en el plano de la teoría general del Derecho<sup>509</sup>. No todos los bienes socialmente valiosos alcanzan relevancia penal: la protección penal de los bienes y valores tiene un ámbito más

---

<sup>506</sup> OLMEDO CARDENETE, M., *op. cit.*, págs. 42 y 43: “la dignidad de la persona no posee una autonomía conceptual y valorativa que la hagan idónea para erigirse en el bien jurídico protegido por este delito. Se trata, más bien, de un «atributo totalizador» que se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos personalísimos, cuyo ataque repercute siempre, en última instancia, en la dignidad humana”.

<sup>507</sup> ARISTÓTELES (s. IV a.C.), *Política*, editorial Gredos, Madrid, 2004, págs. 50 s.

<sup>508</sup> SANTA-RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2012, pág. 162: “El bien jurídico es el eje sobre el que giran todos los elementos que configuran el tipo penal. Sin la concepción del bien jurídico, simplemente, no puede comprenderse la existencia del Derecho penal como una herramienta útil para la vida social de los sujetos en Derecho”.

<sup>509</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1996, pág. 281.



reducido de dominio de tutela jurídica, que principalmente exige una decisión político-criminal sobre la exigencia y merecimiento de garantía típica<sup>510</sup>, de tal suerte que es inconcebible que pueda existir un tipo penal que no tenga como propósito proteger un bien jurídico determinado<sup>511</sup>.

En el ámbito del delito de quebrantamiento, cuestiones como la relevancia del consentimiento de la víctima en la comisión del delito, a la que nos referiremos a continuación, reconducen a la noción de bien jurídico protegido<sup>512</sup>; al igual que ha sucedido cuando hemos abordado, en este contexto, la disponibilidad del mismo.

Y es que el marco jurídico que proporciona el Estado social y democrático de Derecho consagrado por nuestra Constitución incluye el ejercicio –en exclusiva– del *Ius puniendi* por parte del Estado. Este monopolio de la fuerza debe abarcar la dotación de los medios necesarios para que quienes aparecen como responsables se sometan a un proceso con todas las garantías pero, asimismo, con la misma necesidad, que aparezcan los

---

<sup>510</sup> *Ibid.*, pág. 280.

<sup>511</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, editorial PPU, Barcelona, 1996, pág. 91, estima que “el Derecho penal sólo deba proteger “bienes jurídicos” no significa que todo “bien jurídico” haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de “bien jurídico” es, pues, más amplio que el de “bien jurídico-penal”.

<sup>512</sup> SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal: naturaleza y eficacia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 106-107, considera que no todo puede reconducirse exclusivamente a la teoría del bien jurídico, existen otros argumentos que confluyen en el análisis dogmático de las figuras penales, centrandó la antijuricidad del comportamiento típico en la falta de lesividad.

instrumentos necesarios para que, en caso de recaer una sentencia condenatoria, el culpable cumpla la pena impuesta. Parece, por tanto, lógico que se utilice la más dura de las herramientas de la que dispone el Estado, el Derecho penal, para asegurar el cumplimiento de las penas<sup>513</sup>.

Estas ideas sobre la naturaleza del objeto de la tutela penal nos introducen de lleno en el campo de los valores que, en nuestro Estado social y democrático de derecho, aparecen relacionados en nuestra Constitución<sup>514</sup> y, para valorar la conformidad de la ley penal con la misma, podemos recurrir en última instancia al Tribunal Constitucional<sup>515</sup>. La Constitución recoge una serie de derechos y libertades que están en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>513</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 45, fasc. 1, 1992, págs. 120-121, reconduce la cuestión a la función preventiva que cumplen las penas: si la función del Derecho penal es la prevención al proteger el ejercicio del *Ius puniendi*, lo que realmente se está protegiendo es esa función preventiva, por lo que lo que comporta un contenido de antijuricidad material a los delitos, aquí examinados, es la necesidad de proteger efectivamente las finalidades preventivas de la pena.

<sup>514</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, editorial Iustel, Madrid, 2012, pág. 208: “la finalidad del Derecho penal es tutelar bienes jurídicos, con lo que el bien jurídico pasa a ser un primer principio de legitimación, pero no el único, para la utilización del Derecho penal”.

<sup>515</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 75, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Gobierno de España, 2005, pág. 63: “Se trata de verificar la compatibilidad entre los preceptos de nuestra ley fundamental y determinadas decisiones del legislador ordinario en materia penal. Cualquier pretensión de sacar conclusiones que no tengan apoyo directo en los valores, principios o reglas constitucionales deberá buscar otro referente de legitimidad”. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=597&IDA=26117>.

Económicos, Sociales y Culturales (1966), todos ellos aprobados por Naciones Unidas, y que son directamente aplicables (art. 10.2 CE) en nuestro país. No puede ser de otra manera dado que se entienden que son inherentes a la propia naturaleza humana. De esta forma, se evitan discusiones y se alcanza cierta seguridad jurídica. En el ámbito penal, la protección de derechos fundamentales (art. 10.1 CE) alcanza al acusado durante la tramitación del proceso (art. 24.2 CE), hasta el dictado de la resolución firme y también durante la ejecución de ésta.

La cuestión es cómo interpretar esos valores para que el legislador los introduzca en la legislación. Aquí subyacen unos intereses, donde debe predominar siempre el bien común. Y, pese a la claridad de algunos de ellos (la vida, la integridad moral), pueden surgir dudas, cuya solución pasará por el contexto social de cada época; por ejemplo, en materia de seguridad vial, donde en algunas etapas se ha optado por no criminalizar ciertas conductas frente a otros momentos en los que sí se ha utilizado la reprensión penal. Siempre nos quedará la duda sobre si es el legislador quien atiende las necesidades sociales o, en realidad, es quien las inventa. Se ha indicado que “el interés no consiste, pues, sin más, en lo que la persona considera apto, idóneo o adecuado para la satisfacción de una necesidad humana (ya individual, ya de la sociedad), sino, antes bien, precisamente, en lo que por su caracterizadora cualidad o aptitud objetiva para satisfacer una necesidad tiene que ser garantizado por el legislador”<sup>516</sup>.

---

<sup>516</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la 331

Resulta exigible una mayor intervención a los tribunales constitucionales en el control de las leyes penales y, en especial, respecto de las constantes manifestaciones del modelo penal de seguridad ciudadana<sup>517</sup>; sin embargo, en el ámbito de la violencia de género, como ya hemos visto<sup>518</sup> y analizaremos al final de este capítulo, no existen apenas matizaciones procedentes del control constitucional a las diferentes decisiones legislativas que, paso a paso, han venido configurando un verdadero Derecho penal especial dentro de nuestro Código penal.

Son muchas las críticas a esta falta de rigor o control: se habla por algunos autores de populismo, de la creación de un derecho penal de la seguridad<sup>519</sup> o de un retorno a un derecho penal de autor<sup>520</sup>. Se extiende la doctrina de la “tolerancia cero”<sup>521</sup> hacia la delincuencia. Todo ello es común

---

Universidad Hispalense, serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Editorial Católica Española, S.A., Sevilla, 1974, pág. 35.

<sup>517</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, J.A., *Tribunal Constitucional y Derecho penal: un estudio crítico*, en “Estudios constitucionales”, vol. 12 n.º 2. Univ. de Chile, 2014. Disponible on-line <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200007>.

<sup>518</sup> Cap. VIII, ap. 4.

<sup>519</sup> Aparece para su defensa un movimiento criminológico llamado “realismo de derechas”, que parte del famoso artículo de WILSON, J.Q. y KELLING, G.L., *Broken Windows. The police and neighborhood safety*, revista “The Atlantic”, USA, 1982. Disponible on line <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>

<sup>520</sup> Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Juicio penal y excepción ¿Una involución en el proceso de civilización?*, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial, n.º 128, 2007, p. 18.

<sup>521</sup> La erradicación de la violencia sobre la mujer es, quizás, el mayor exponente de cuanto venimos exponiendo. Así, la campaña de Ministerio de Sanidad del Gobierno de España para el año 2008, trataba de sensibilizar a la ciudadanía bajo el lema “*Ante el maltratador, tolerancia cero*”, cuyo objetivo era el rechazo y el aislamiento social del maltratador.

en nuestros días, fácilmente constatable. Y las legislaciones modernas atienden a ello con cierto abandono progresivo de la idea de resocialización y, en contraprestación, un aumento de la teoría de la retribución y de la prevención general<sup>522</sup>. Todas estas expresiones aluden, en definitiva, a una serie de decisiones legislativas destinadas a proporcionar a sus ciudadanos una falsa –por aparente– sensación de seguridad. Los destinatarios de estas decisiones aceptan inconscientemente restricciones a sus libertades y derechos en pro de tan ansiada protección. Sin embargo, la ecuación “más seguridad = menos derechos” resulta perversa y esconde tintes autoritarios. En definitiva, quien detenta el poder es el más beneficiado al verse libre de muchos de los mecanismos de control establecidos.

Se ha señalado<sup>523</sup> que la “verdad popular” sobre el castigo renuncia a cualquier tipo de límite frente a su imposición. Basta saber que la decisión fue adoptada “democráticamente”, para silenciar y dejar sin valor las pequeñas disidencias. De nuevo, “los buenos somos más”, y como somos más podemos hacer lo que queramos. El valor de la libertad y la vida ajenas son vistos con desdén por quienes claman por la cadena perpetua. Este dispositivo de verdad mayoritario blinda por todos los flancos posibles las decisiones que se adopten en el seno de las mayorías. En realidad, quienes detentan el poder generan primero la necesidad<sup>524</sup> para, a continuación, simular que la satisfacen

---

<sup>522</sup> RADZINOWICZ (1993) habla de retrocesos en la política criminal y la propagación de modelos autoritarios de justicia penal.

<sup>523</sup> MUÑOZ TEJADA, J.A., *Populismo punitivo y una “verdad” construida*, Revista “Nuevo Foro Penal”, n.º 72, Universidad EAFIT, 2009, pág. 37.

<sup>524</sup> Y se trata de una de las necesidades humanas más básicas. MASLOW la sitúa en el segundo de los cinco niveles en los que divide su famosa pirámide. *Vid.* MASLOW, A., *A*

limitando nuestras libertades. Cabe recordar que las sociedades actuales presentan muchos problemas, de corte político, económico y social. La solución de todos ellos rara vez se encuentra en el Derecho penal.

Por ejemplo, los artículos 469 a 471 del CP<sup>525</sup>, sobre evasión o favorecimiento de la evasión de presos, inciden directamente sobre las funciones de vigilancia y cumplimiento asumidas por la Administración penitenciaria a través del Juez de Vigilancia Penitenciaria (arts. 76 y ss. LOGP 1/1979, de 26 de septiembre). La inclusión de estos comportamientos en el CP responden a la previsión constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado prevista en el art. 117.3 CE. Pero no es menos cierto que semejantes transgresiones, si así lo hubiera decidido el legislador, podrían haber

---

*theory of human motivation*, editorial Martino Fine Books, USA, reimpresión 2013.

<sup>525</sup> Art. 469 CP: “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 motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años”.

Art. 470 CP:

“1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluso, bien durante su conducción, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.

3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas”.

Art. 471 CP: “Se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos”.

permanecido exclusivamente en el ámbito administrativo sancionador.

Tras este planteamiento, el siguiente paso es más que evidente: la selección de bienes jurídicos protegidos penalmente. Esto nos conduce a un espacio de política criminal<sup>526</sup>, donde los juristas nos desempeñamos con más dificultad, dada la iniciativa y decisión que se le reconoce al legislador. El Tribunal Constitucional<sup>527</sup> afirma que “nuestro enjuiciamiento debe ceñirse a comprobar el respeto de los límites externos que imponen los principios constitucionales, dadas las amplias facultades del legislador en el diseño de una política criminal cuya adjetivación en cuanto a sus bondades o desaciertos queda fuera de nuestro cometido”.

Ya hemos analizado cómo el bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento se vincula al respeto sobre la autoridad de las resoluciones judiciales. Sin embargo, en el supuesto específico del art. 468.2 CP<sup>528</sup>, junto a la protección sobre la integridad física de la mujer, aparecen otros bienes protegibles, fundamentalmente, la paz y la convivencia familiar. En palabras de nuestro Tribunal Supremo, “puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, el

---

<sup>526</sup> VON HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, editorial Springer, Frankfurt, 1971 (reimpresión fotomecánica de 1925), pág. 534, enfoca la política criminal como “consideración de la eficacia del derecho penal bajo el criterio de la conveniencia”.

<sup>527</sup> STC núm. 160/2012, de 20 de septiembre (B.O.E. núm. 250, de 17 de octubre de 2012).

<sup>528</sup> Por su parte, el art. 468.3 CP podía haberse reconducido como un delito de desobediencia y no de quebrantamiento, dado que se castiga la alteración del dispositivo electrónico instalado para el control de la medida o pena; pero no la vulneración de la prohibición en sí misma considerada, que realmente constituye el tipo del art. 468 CP.

bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación (...). Por ello (...) el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañando el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar”.

Si estamos de acuerdo en que, desde tiempo inmemorial, ha existido subordinación de la mujer hacia el hombre, perpetuando el sistema a través de las futuras generaciones criadas en tan nefasta mentalidad, también ha existido discriminación por razón de raza; sin embargo, respecto de esta última cuestión, ni siquiera se ha planteado la inclusión de tipos especiales en el Código penal, sino que se reconducen siempre hacia los delitos generales y, en su caso, a la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

La dificultad estriba en la propia incoherencia del legislador quien, para los supuestos más graves de violencia cometida en el ámbito doméstico, tales como la violación o el homicidio, no prevé semejantes cualificaciones (por lo que habrá de valorarse en cada caso la concurrencia de la agravante del art. 22.4º CP) y, sin embargo, en los tipos más leves, tales como lesiones, amenazas, coacciones o quebrantamiento; sí se introducen estos tipos específicos de naturaleza subjetiva, pero objetivados en orden a permitir su cumplimiento.

La pregunta que cabe hacerse es: “¿por qué no introducir también reglas especiales en el delito de violación cuando la mujer no consiente en la relación



–vejatoria muchas veces– que le impone su pareja? Y sobre todo, si las peores cifras se refieren a las lesiones graves y muertes de las mujeres a manos de sus agresores, ¿por qué entonces crear esas reglas especiales justo para las conductas menos graves?”<sup>529</sup>.

La respuesta no es sencilla, pero la primera idea que se nos viene a la cabeza es directa: porque, en unos casos (quien legisla), puede y, en otros, en cambio, no. Este planteamiento ya denota que no estamos ante un tratamiento adecuado de la dogmática penal por parte de nuestro legislador. En efecto, en los tipos penales donde se incluyen una agravación objetiva por causa de violencia doméstica, las penas a imponer son muy bajas. En ellos una elevación de la pena “de propina” es asumible porque no hay ingreso en prisión (si estamos ante supuestos de violencia esporádicos). Sin embargo, en tipos con penas ya de por sí muy elevadas –como el homicidio o la violación– cualquier circunstancia agravatoria dispara la cuantía de la pena, de ahí que no puedan presumirse. Imaginemos, simplemente, un tratamiento penal diferenciado en un asesinato cometido por un hombre frente a otro cometido por una mujer. Y esto es lo criticable. En ningún caso, la técnica legislativa puede variar en función de la gravedad de la pena y su trascendencia social.

A mi entender, nuestra exposición no es novedosa ni por primera vez es descubierta en estas líneas. Ocurre que resulta muy difícil argumentar, no ya contra la disminución de la violencia que puedan sufrir las mujeres (y en el

---

<sup>529</sup> GÓMEZ RIVERO, M.C., *El “presunto” injusto de los delitos contra la violencia de género*, en NÚÑEZ CASTAÑO, E. *et al.*, *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 93.

ámbito doméstico, en general), que es un fin de lo más loable, sino frente a los medios que el legislador está utilizando para ello y que después tienen su reflejo en el proceso penal, donde el acusado también tiene una serie de derechos que debemos garantizar para poder dotar de validez al sistema. La presión externa<sup>530</sup> es tan fuerte que hay miedo en alimentar el sano debate académico, imponiendo un manto de silencio que, en vez de buscar la solución idónea para el problema social, lo debilita.

Lo que nunca puede ser asumible son dos tipos de Derecho penal, cada uno con sus reglas y principios. Nadie garantiza que el fin que se persiga sea justo y, sobre todo, que la justicia no pueda ser obtenida con las mismas reglas comunes. El riesgo es evidente y ya tenemos ejemplos en el pasado que, no siendo comparables en modo alguno a la situación actual, conviene no perder de vista.

La inclusión del quebrantamiento como delito contra la Administración de Justicia supone la “obligación penalmente sancionada de cumplir la condena”, es decir, estamos ante una perspectiva formal del castigo, no material. Pero es que, además, no resulta sencillo definir el bien jurídico “Administración de Justicia”. Existen diversos ámbitos de la Administración de Justicia que se pueden proteger<sup>531</sup>; aunque el legislador parece referirse

---

<sup>530</sup> ORWELL, G. (1946), *Politics and the English Language*: “El lenguaje político –y con variaciones esto es cierto para todos los partidos políticos, desde los conservadores hasta los anarquistas– está diseñado para hacer que las mentiras sean veraces y asesinas respetables, y para dar una apariencia de solidez al viento puro”. Disponible en <https://www.orwellfoundation.com/the-orwell-foundation/orwell/essays-and-other-works/politics-and-the-english-language/>

<sup>531</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, tomo II, editorial Revista de 338

exclusivamente al orden jurisdiccional penal.

Estos son los comportamientos (Capítulo VIII) que el legislador ha querido proteger como los más graves ataques a la autoridad judicial; pero, aunque encuentren otra ubicación sistemática, existen otros tipos penales que también se encuentran claramente orientados a velar por el correcto –y justo– funcionamiento de la Administración de Justicia: la acusación y denuncia falsa, el encubrimiento o la simulación de delitos<sup>532</sup>.

Es muy grave quedar impune tras la comisión de un delito; pero igual gravedad presenta no cumplir la pena que ha sido impuesta. Ahí radica la prevención general de la pena, en la mayor certeza del delincuente para imaginar la observancia de mayores y graves sanciones en caso de cometer la infracción. En el caso del quebrantamiento, el culpable debe tener la seguridad que, en caso de ser descubierto, no sólo va a ser obligado a cumplir la pena<sup>533</sup> inicialmente impuesta, sino que va a sufrir un castigo adicional y que así va a suceder en caso de ser aprehendido. Sólo si planteamos el camino lógico de

---

Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 583, afirma que en estos delitos se protege “la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad judicial en materia de ejecución de determinadas penas o medidas”.

<sup>532</sup> Para este último delito, la STS, Sala 2ª, núm. 1193/2010, de 24 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1089), FJ Sexto, declara: “el bien jurídico protegido en este delito es doble: de un lado el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que se perjudica al verse en la precisión de llevar a cabo actuaciones procesales penales basadas en hechos cuya falsedad consta desde el inicio a quien los pone en su conocimiento; y de otro el honor de la persona a la que se imputan los hechos falsos, que se ve afectado negativamente al aparecer como imputado en una causa penal”.

<sup>533</sup> Frustración de la pena equivale al término *Strafvereitelung* utilizado por el legislador alemán en el § 258 StGB, para definir los ataques a la correcta imposición y ejecución de la pena.

tales silogismos, la pena cumplirá su función preventiva<sup>534</sup>, esto es, lograr que el sujeto se abstenga de semejante comportamiento infractor.

El delito de quebrantamiento afecta de modo evidente a la eficacia preventiva de las normas penales porque si la sanción impuesta por la comisión previa del delito no es suficiente para que el sujeto se abstenga de seguir incumplimiento las normas de convivencia; resulta manifiesto que semejante privación de derechos no ha cumplido una parte de su función, cual es evitar la reiteración delictiva<sup>535</sup>. La sociedad no sabe si el sujeto se reconducirá a un comportamiento socialmente aceptable, pero sí le intima seriamente a ello, y le amenaza con nuevas sanciones en caso de quebrantamiento. Y es importante que el sujeto tenga certeza que ello será así, tanto para el agresor, como para la víctima. Surgirá así la conciencia social de protección y respeto, imprescindible muy especialmente en materia de violencia de género.

El legislador, a la hora de fijar las penas para el delito de quebrantamiento, toma en consideración la gravedad del hecho previo, acordando las penas más altas para los casos de privación previa de libertad y violencia de género, y atenuando los comportamientos consistentes en la manipulación de los dispositivos electrónicos de control.

---

<sup>534</sup> En este caso, general; pero perfectamente compatible con la función preventiva especial a que se refiere el art. 25.2 CE.

<sup>535</sup> Conclusiones XV Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, celebrado en Ciudad Real los días 7 y 8 de octubre de 2019, p. 13: “Cuando se quebranta se constata objetivamente la situación de riesgo que en su momento se valoró como potencial al acordarse la medida cautelar quebrantada o, en su caso, la pena impuesta”.

Para los supuestos recogidos en los arts. 469 a 471 CP<sup>536</sup>, el legislador establece diferentes penas según quién sea el autor: el propio preso, un tercero o un funcionario; se prevé asimismo un tipo agravado para los supuestos en los que la evasión se lleve a cabo con violencia, intimidación o por acuerdo con otros presos o funcionarios. Por último, se impone menos pena a familiares y, por el contrario, penas más graves a funcionarios, evidentemente, por el mayor desvalor de su acción.

---

<sup>536</sup> La STS, Sala Segunda, de 24 de mayo de 1967, define los términos “conducción y custodia” como situaciones de guarda del sentenciado o preso en cualquier lugar (en cuanto espacio físico determinado).

### III.- ¿Configuración subjetiva del tipo de injusto?

La teoría de los elementos subjetivos del injusto puso de relieve que el tipo de injusto puede incorporar en determinados supuestos delictivos singulares elementos de carácter subjetivo, que presuponen el dolo pero trascienden de él, y que son imprescindibles para fundamentar el injusto<sup>537</sup>. En este sentido, si con anterioridad la distinción entre antijuricidad formal y antijuricidad material nos ha permitido abordar el estudio del concepto del bien jurídico protegido en el Derecho penal, en general, y en el ámbito del delito de quebrantamiento, en particular, esta perspectiva de la configuración del tipo de injusto nos permite delimitar el carácter subjetivo de determinados elementos del tipo, que no sólo puede ser de índole intencional, de tendencia o especial motivación, sino de especial conocimiento del autor del comportamiento descrito en determinados tipos legales de delito.

No obstante, como cuestión previa, puede argüirse que el actuar doloso exige que quien actúa, lo haga con conocimiento y voluntad de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos en el tipo penal; y, adicionalmente, y sólo en aquellos casos en que el precepto así lo requiere, la configuración del tipo abarca otros elementos adicionales (los elementos subjetivos del injusto) cuya ausencia, no obstante lo anterior, excluirá la

---

<sup>537</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho, Parte general*, 3ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 166.

antijuricidad<sup>538</sup> de la conducta en el caso concreto.

El delito de quebrantamiento puede entenderse como un delito subjetivamente configurado, en la medida en que sólo se concreta el injusto típico si el autor conoce que está sometido a una determinada prohibición y, pese a este singular conocimiento previo, decide contravenir el mandato judicial. Con la realización del acto y la concurrencia de tal elemento subjetivo de índole cognitiva se concreta el tipo, independientemente de la motivación concreta que haya llevado al autor –por ejemplo– acercarse a la víctima. Este interés particular en comunicarse con ella (para intentar una reconciliación, para amenazarla, para discutir alguna cuestión sobre los hijos menores, etc.) ya no nos interesa a los efectos de la realización del tipo<sup>539</sup>. Lo trascendente es que no se traduce en una segunda acción, independientemente de las normas concursales.

A este respecto, siendo muy habitual que el delito de quebrantamiento concorra con otros actos delictivos, tales como amenazas o lesiones; lo cierto

---

<sup>538</sup> LUNA CASTRO, J.N., *La antijuricidad y los elementos subjetivos del injusto, conforme a la doctrina tradicional y su evolución histórica*, “Revista del Instituto de la Judicatura Federal”, n.º 7, México, 2000, pág. 268: “El estudio de estos datos de carácter subjetivo debe hacerse, como su nombre lo sugiere, en el tema de la antijuricidad, aunque, en honor a la verdad, hay que aceptar que también son elementos del tipo”.

<sup>539</sup> Conforme a la SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, núm. 242/2019, de 21 de noviembre (EDJ 2019/825279), para descartar la tipicidad dos supuestos que afectan al elemento subjetivo como son, de un lado, el error de prohibición y, de otro, el carácter fortuito del encuentro, dado que el elemento subjetivo del injusto en el tipo del art. 468 CP se cumple con el mero conocimiento por parte del acusado de la resolución judicial que le imponía, en este caso, una pena de prohibición de aproximarse y la voluntad de hacerlo, sin que sea exigible, además, una especial intencionalidad o dolo específico de dirigirse a la persona protegida con esa prohibición con una finalidad (FJ 3).

y verdad es que no precisa de ninguna ulterior acción, simultánea o posterior, para estimar consumado el delito<sup>540</sup>.

La STS, Sala 2ª, núm. 64/2018, de 17 de diciembre<sup>541</sup>, F.D. Segundo.3, afirma: “La jurisprudencia ha deslindado los conceptos de dolo y móvil del delito. El primero se colma cuando el autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, con independencia de cuales sean las motivaciones que le determinaron a actuar como lo hizo. Los móviles o la intencionalidad de su actuación no conforman aquél (SSTS núm. 735/2013, de 22 de octubre; 260/2016, de 4 de abril; o 376/2017, de 24 de mayo). Recordaba la STS núm. 1010/2012, de 21 de diciembre, con cita de otros precedentes, que el dolo no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador, sin perjuicio de los efectos que produzca a través de las circunstancias modificativas que pudieran operar”.

El quebrantamiento es un delito eminentemente doloso, por lo que el autor ha de abarcar conscientemente los elementos objetivos descritos en el tipo penal, siendo cuestionable la exigencia de la concurrencia también de un adicional de un elemento subjetivo del injusto<sup>542</sup>, básicamente, porque el

---

<sup>540</sup> *Vid.*, sobre la categoría típica de los delitos de especial conocimiento del autor, entre los tipos de delito subjetivamente configurados que son constituidos por singulares formas de manifestación incorporadas en la descripción típica, POLAINO NAVARRETE, M., *ibidem*, 2019, pág. 168.

<sup>541</sup> ECLI:ES:TS:2018:4341.

<sup>542</sup> SAP de La Coruña de 18 de junio de 2014 (EDJ 2014/133802), FD 2: “Como es habitual, y desde un plano general, conocido el mandato el incumplimiento no precisa para



precepto penal no lo expresa explícitamente. Por tanto, a través del delito de quebrantamiento, el legislador sólo pretende incriminar los ataques o puestas en peligro del bien jurídico protegido (o bienes, en plural, si, como hemos visto, nos referimos también al artículo 468.2 CP) de mayor intensidad y gravedad, descartando aquellos otros de escasa relevancia o insignificantes, como pueden ser los encuentros casuales.

Respecto del supuesto previsto en el art. 468.2 CP que introduce una cuestión por razón de género, tampoco consigna de manera expresa la exigencia de concurrencia de un singular elemento subjetivo del injusto porque, a pesar de lo que pudiera imaginarse, la agravación es objetiva, esto es, su aplicación no exige una actividad probatoria orientada a demostrar que el sujeto actuó movido por un ánimo o deseo de dominación o superioridad frente a la mujer<sup>543</sup>. Basta, por consiguiente, acreditar la relación de afectividad para aplicar la agravación y será el acusado quien deba demostrar la nada sencilla cuestión de la ausencia de semejante móvil.

La presencia de informes forenses realizado por los médicos forenses, psicólogos forenses y trabajadores sociales adscritos a la Unidad de

---

su comisión de una finalidad o de que vaya complementado por otra conducta ilícita, aunque la misma tenga lugar habitualmente, siendo un ejemplo más de ello el caso que nos ocupa (SSTS de 24-02-2009, recurso número 10604-2008, de 01-12- 2010, recurso número 10469-2010 , y de 14-12-2011, recurso número 855-2011)”.

<sup>543</sup> ATS núm. 1212/2014, de 30 de enero (Rec. 10815/2013), FD Segundo: “En el mismo (se refiere al informe forense) se establece que el acusado tiene pensamientos de tipo celotípico y que impresiona su concepción machista en cuanto a los roles de género. Presenta un trastorno antisocial de la personalidad; un patrón de desprecio y violación de los derechos de los demás; y se caracteriza por la deshonestidad en busca del beneficio personal o placer, la impulsividad o incapacidad de planificar el futuro, la irritabilidad y la agresividad, la despreocupación y la imprudencia, y la falta de remordimientos”.

Valoración Forense Integral de Violencia de Género (UVIVG) para apoyar la acusación, especialmente, en materia de maltrato habitual, es escasísima. Y, sin embargo, siempre que se aplique la agravación de género la presencia de este informe debería ser preceptivo. Pero lo cierto es que estas unidades no pueden, por sí solas, abarcar todos los casos en que resultaría conveniente su intervención. El legislador es consciente de esta situación de escasez de medios materiales y opta por objetivar semejantes agravaciones.

Para el Tribunal Constitucional (STC de 22 de julio de 2010)<sup>544</sup>, el juez o tribunal debe permitir que el acusado pueda probar que la comisión del hecho no concurre elemento intencional alguno constitutivo de la violencia de género, pero sin que entendamos que ello quiera decir que sea preciso probar por las acusaciones que en la acción del sujeto pasivo existió un animus propio y específico, sino que, en todo caso, el acusado será el que pueda probar que tal ánimo no existió en supuestos muy concretos, como el conflicto producido entre ex parejas de hace tiempo, o hechos de coacciones por motivos económicos por la ruptura de la pareja, etc.

Reiteramos en este punto las dudas de constitucionalidad que semejante regulación nos plantea. Como dejamos indicado, para nuestro Alto Tribunal<sup>545</sup>, no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como violencia de género, sino solo y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de

---

<sup>544</sup> STC Pleno 41/2010, de 22 de julio (EDJ 2010/158755).

<sup>545</sup> STS 1177/2009, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7482).

desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer –y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de la LOVG–: “ahora bien eso no se traduce en un inexigible elemento subjetivo del injusto”; por tanto, es algo objetivo, no subjetivo; y puede encontrarse, por ejemplo, en los actos de violencia realizados en el seno de una convivencia: es decir, habrá de atenderse al caso concreto. Como bien expresa, la STS de 20 de diciembre de 2018<sup>546</sup>, “no existe una presunción de dominación *iuris et de iure*, pero ello no es elemento del tipo penal del art. 153 CP”.

Lo cierto es que semejantes problemas surgen cuando se fuerzan constantemente los principios generales que informan el Derecho penal en orden a complementar una determinada política criminal en materia de violencia sobre la mujer. Y es que la contradicción existe. Para el hombre, al partir de la presunción, difícilmente rebatible, que actúa movido por una conciencia machista que, prácticamente, forma parte de su ADN. Pero también afecta a la mujer, a quien se presupone enajenada por una atmósfera emocional opresiva e inhabilitante, lo que descarta su autonomía en cuanto al quebrantamiento consentido.

La contradicción, por tanto, es doble: tener que ejercer el acusado su derecho de defensa en un plano evidente de desigualdad y, simultáneamente, deber desvirtuar una suerte de idiosincrasia en relación con la cual, en puridad, no es responsable, dado que es heredada, como una suerte de defecto congénito. Por su parte, la víctima recibirá todo tipo de facilidades en orden a

---

<sup>546</sup> ECLI:ES:TS:2018:4353.

sostener su acusación, pero se tenderá a restringir su libertad y su credibilidad si, con su actuación procesal, contradictoria o titubeante, pudiera facilitar una sentencia absolutoria.

Las ideas expuestas inciden en el principio del *in dubio pro reo*<sup>547</sup>. Conforme al mismo, y siempre partiendo de una actividad probatoria válida, las dudas deben caer siempre del lado del acusado, quien recibirá el beneficio no de una actividad probatoria insuficiente, sino de la falta de certeza sobre uno o varios de estos medios de prueba. Pues bien, hay quien defiende la interpretación del mismo con una “perspectiva de género”, sin llegar a concretarse. La primera conclusión que alcanzamos es la de reconocer que, desde esta perspectiva, las normas dejan de ser neutrales, dado que las mismas deberán estar orientadas a, en primer lugar, reconocer la situación de especialidad vulnerabilidad de esta categoría –privilegiada– de víctimas y, en segundo término, como consecuencia necesaria de esa asunción, guiar sus decisiones fundamentándolas en la necesidad de corregir (si no se ha hecho ya) las concepciones socioculturales que han contribuido a crear en nuestra

---

<sup>547</sup> La STS 415/2016, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2216), afirma que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del *in dubio pro reo* es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida consigno incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio *in dubio pro reo* se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que, en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado. *Vid.* STS núm. 45/97, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:1997:122).

sociedad un trato discriminatorio hacia las mujeres. Como se traduzca esta concepción no queda claro pero, si antes hemos concluido que ni víctima ni agresor poseen la misma libertad procesal que cualesquiera otras partes de un proceso penal no relacionado con la violencia sobre la mujer, parece que, con esta perspectiva inclusiva, se persigue cercenar la libertad de los intérpretes, asegurando el dictado de sentencias condenatorias.

Para alcanzar esa certeza que justifique la condena, basta privilegiar ciertos medios de prueba, como la declaración de la víctima o la concurrencia de otros indicios (*in dubio pro victima*), y minusvalorar otros criterios de defensa, tales como sus posibles contradicciones en las diferentes fases procesales. Si a ello le añadimos un contexto de privacidad, silencio y cobertura familiares, en el que suelen cometerse semejante clase de delitos; no resultará difícil obtener el pronunciamiento condenatorio.

En realidad, la pena prevista con carácter general para el delito de quebrantamiento (art. 468.1 CP *in fine*) es la de multa de 12 a 24 meses. A partir de aquí encontramos dos supuestos agravados y otro privilegiado. A diferencia de otros tipos penales, como sucede en el delito de lesiones, donde la pena es la misma y donde el único elemento diferenciador por razón del género es la elevación del límite mínimo de la pena (de tres a seis meses); en el delito de quebrantamiento, cuando concurre la relación de afectividad del art. 173.2 CP, se sustituye una pena menos grave por otra de la misma naturaleza pero, en este caso, privativa de libertad (arts. 32, 33.3 letras *a*) y *j*) y 35 del CP), equiparando este comportamiento al quebrantamiento cometido

por sujetos privados de libertad<sup>548</sup>.

La imposición de una pena más gravosa en el ámbito de la violencia doméstica y de género sólo puede justificarse, desde un punto de vista de política criminal, por el mayor desvalor del comportamiento y la mayor gravedad de la acción desarrollada. Sólo en base a este planteamiento puede justificarse la elevación de la pena. Ahora bien, volvamos a la protección del principio de autoridad del Estado como bien jurídico principalmente protegido y añadamos, en este punto (art. 468.2 CP) la indemnidad de la víctima y de la propia convivencia familiar. En este caso, podría defenderse pacíficamente la redacción del precepto. El problema estriba en que esta elevación punitiva sólo se reconoce a la mujer y cuando quien quebranta es un hombre, por remisión del art. 173.2 del CP. Y lo cierto es –como hemos señalado– que la

---

<sup>548</sup> Continúa en vigor la Instrucción FGE 3/1999, de 7 de diciembre, por la que los señores Fiscales acomodarán en lo sucesivo sus calificaciones al último inciso del art. 468 del Código Penal en todos aquellos casos en que, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad. Por tanto, no se consideran privados de libertad a estos efectos quienes, por ejemplo, se encuentren disfrutando de permisos penitenciarios o cumpliendo una pena de localización permanente.

La SAP de Madrid, Sección 23ª, núm. 1095/2005, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APM:2005:12835), que resumimos brevemente, destaca que la imposición de una pena notablemente superior sólo se justifica conforme a una lectura e interpretación literal del precepto porque el precepto hace referencia a una situación fáctica (si estuvieran privados de libertad) y no a una situación jurídica, que hubiera exigido una redacción más precisa y sencilla (quebrantaren penas privativas de libertad). Conforme a esta doctrina, el legislador pretende enfatizar la entidad en sí de la conducta del quebrantamiento de la condena o de la medida cautelar, independientemente de cuál fuera la pena impuesta al penado. Y ello porque el legislador considera que supone una mayor resolución y energía criminal el escapar cuando se está privado de libertad que el no reintegrarse a un centro penitenciario o dejar de cumplir una condena que no comprende la privación de libertad. Lo contrario sería admitir una interpretación analógica *in malam partem*.

protección de bienes jurídicos ínsitos en la norma no provoca, en ningún caso, con carácter necesario, semejante distinción por razón de sexo.

Por tanto, debemos ir más allá de la teoría del bien protegido para salvar la constitucionalidad de la norma. En el fondo subyace la mayor vulnerabilidad de la mujer en el ámbito de una situación –conyugal o no– de convivencia con un hombre; o, desde el ángulo del varón, la mayor lesividad de su comportamiento. Pero surgen muchas dudas si estos argumentos resultan suficientes para permitir una diferencia de trato penal sólo por razón de sexo, puesto que si es la esposa quien quebranta una medida cautelar de alejamiento, ésta será merecedora de la pena de multa del art. 468.1 CP y no de la pena privativa de libertad prevista en el siguiente número.

La STC 59/2008, de 14 de mayo<sup>549</sup>, declara que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción<sup>550</sup>.

---

<sup>549</sup> B.O.E. núm. 135/2008, de 4 de junio, Fundamento Jurídico 11 letra b) *in fine*.

<sup>550</sup> A mayor abundamiento, la STC núm. 150/1991, de 4 de julio (BOE núm.

Ahora bien, ese elemento intencional no ha sido incorporado al texto legal<sup>551</sup> y el legislador lo ha evitado conscientemente, si atendemos a los trabajos preparatorios y, en general, a todos los debates que esta materia ha suscitado en sede parlamentaria y fuera de ella. Lo que el artículo pretende con este reforzamiento punitivo, más que garantizar el respeto a las resoluciones judiciales y, simultáneamente, la indemnidad de la víctima; es combatir frente a una determinada mentalidad social identificada como machismo. Ahora bien, en este punto, merece la pena cuestionarnos, más allá de la legitimidad del fin, la idoneidad (y ¿por qué no? la eficacia) de los medios empleados para ello.

Si la STC n.º 59/2008 sienta el silogismo de que mayor desvalor del comportamiento merece mayor sanción penal; cabe denunciar que este argumento presenta una grave dificultad: la necesidad de acreditar ese desvalor, que sólo puede consistir en que la agresión represente –en efecto– una manifestación de violencia machista. De ahí las dudas que presenta la

---

180/1991, de 29 de julio, FJ 4 letra a), afirma lo siguiente: “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”.

<sup>551</sup> Como tampoco se defiende su presencia por ningún sector doctrinal. Aunque el quebrantamiento pueda responder al deseo de atentar contra la integridad física de la víctima o intimidarla de alguna forma, semejantes comportamientos tendrán relevancia en orden a apreciar el correspondiente concurso delictivo o, en su caso, la apreciación de supuestos gravados contenidos en el propio Código penal; pero, en ningún caso, se requiera de una cierta actitud psíquica en el agresor para apreciar la concurrencia del delito de quebrantamiento. *Vid.*, especialmente, POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho, núm. 13, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Escuela Gráfica Salesiana, Sevilla, 1972, pág. 251.



Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional<sup>552</sup>, porque la misma viene referida al art. 153 CP, que recoge un maltrato ocasional y que, por consiguiente, puede ser puntual, anecdótico y, en todo caso, ajeno a un espíritu de dominación machista. La STC afirma que no concurre presunción<sup>553</sup>, pero ello no es cierto, porque no hace referencia a la posibilidad de la prueba en contrario (para no negar la defensa, claro está, ante una presunción *iuris et de iure*), lo que resulta contradictorio en sus propios términos. Pero, precisamente, este razonamiento *–a contrario sensu–* nos permitiría descartar dudas similares en supuestos como el que nos ocupa.

En efecto, si el maltrato es habitual (art. 173.2 CP), esta permanencia en el tiempo *–debidamente demostrada–* ya resultaría suficiente para acreditar el ejercicio de una dominación por parte del hombre sobre la mujer. Y en el caso del delito de quebrantamiento, relacionado con la violencia de género, ya sea por infracción de medida cautelar o *–con mayor motivo–* de una pena, lo cierto es que lleva aparejado de forma inherente una mayor puesta en peligro de los bienes protegidos, especialmente orientados a proteger a la víctima.

Cuando se colocan unas barreras de protección y éstas son despreciadas, parece evidente que concurre un mayor grado de peligrosidad y que,

---

<sup>552</sup> STC 59/2008: “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente” y que “no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita” (FJ 11.a).

<sup>553</sup> FJ 12 *in fine*. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

paralelamente, semejante comportamiento (recordemos, siempre doloso) merece un mayor reproche penal.

Por tanto, defendemos la validez de la agravación contenida en el artículo 468.2 CP. Y utilizamos para ello argumentos estrictamente dogmáticos<sup>554</sup> y no de política criminal. Así, pese a la objetivación de las conductas enjuiciadas, y la simultánea ausencia de elementos subjetivos en un tipo de injusto eminentemente doloso; concurre, sin lugar a dudas, un mayor desvalor en la acción de quien, pese a las prohibiciones que le han sido impuestas, con las mayores formalidades posibles, conscientemente, vulnera la orden judicial, desatendiendo el mandato pero también (y aquí radica el aumento del nivel de antijuricidad del delito) incrementando el peligro<sup>555</sup> sobre el bien jurídico adicionalmente protegido, que no es otro que la indemnidad de la víctima y la paz familiar.

Siguiendo este razonamiento, hay un mayor desvalor en la conducta tipificada en el 468.2 que en el número anterior, cuando el culpable no se haya privado de libertad. La equiparación de penas con el supuesto más grave nos parece adecuada y competencia exclusiva del legislador, quien a nuestro

---

<sup>554</sup> Para ROXIN, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, editorial Civitas, Madrid, 2014, pág. 192, la política criminal y la dogmática penal van por caminos diferentes, y su unitaria vinculación es imposible dado los caracteres distintivos de uno y otra. Ya Franz VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, traducción de la 20ª edición alemana por Luís JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano SALDAÑA, 3ª edición, 4ª reimpresión, editorial Reus, Madrid, 1999, pág. 3, señalaba en 1914: “La Política criminal nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir”.

<sup>555</sup> Siendo muy frecuente –recordemos– que el delito de quebrantamiento aparezca anudado a otro delito cometido sobre la misma víctima.

entender respeta el principio de proporcionalidad penal.

En resumen, es más grave la conducta de quien se presenta en casa de su ex-pareja y le amenaza o le insulta desde la calle que aquel que incumple una pena de localización permanente que debe observar en su propio domicilio.

#### **IV.- Causas de justificación: especial referencia al consentimiento de la víctima**

Las causas de justificación determinan que un hecho aparentemente típico sea, sin embargo, lícito<sup>556</sup>. Concorre tipicidad en el comportamiento, pero no antijuricidad. Entre las eximentes reguladas en el art. 20 del Código penal, pueden ser consideradas como causas de justificación las contenidas en el número 4º (legítima defensa), 5º (estado de necesidad) y 7º (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho). El consentimiento, como causa de justificación, requiere de un especial análisis, como se desprende de la propia rúbrica de este apartado.

En el ámbito de la violencia doméstica y contra la mujer, sí ha tenido alguna relevancia la aparición del estado de necesidad como eximente. La SAP de Jaén, Sección 2ª, núm. 47/2014, de 11 de marzo (ECLI:ES:APJ: 2014: 65), absuelve al condenado en primera instancia por un delito de

---

<sup>556</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 372 ss., critica la imprecisión del art. 118 CP, que parece caer en una aparente contradicción, al declarar la existencia de responsabilidad civil por comportamientos exentos de responsabilidad criminal: “La obligación de reparar o indemnizar que allí se dispone en favor del que debe soportar el estado de necesidad de otro, debe regir sólo para el estado de necesidad agresivo, pero no para el defensivo. La diferencia se justifica en la medida en la que en el estado de necesidad defensivo el peligro de daño es consecuencia de cosas pertenecientes al que tiene que soportar la acción defensiva y ello justifica un tratamiento diverso en la ley penal, dado que la civil guarda silencio al respecto”. Recoge la distinción entre estado de necesidad defensivo, que se justifica por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro; y un estado de necesidad agresivo, que responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos.

quebrantamiento de medida cautelar aplicando la eximente de estado de necesidad. La resolución aludida resulta polémica, porque aprecia la irresponsabilidad de un varón de 78 años que, con un importante deterioro físico y psíquico (que no se explicita en la resolución) y careciendo de medios propios, obtiene el consentimiento de su ex-pareja para volver al hogar que compartían, situación en la que se mantuvieron más de siete meses.

El art. 20.5º del CP parte de una situación de “estado de necesidad” que la doctrina<sup>557</sup> estima como una causa de justificación cuando se produce un conflicto entre dos intereses legítimos, admitiéndose el sacrificio del menos valioso o, en caso de supuestos iguales, de cualquiera de ellos. Así, cabe interpretar como más amplia la expresión “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”, introducida en la reforma del Código penal de 1944 en sustitución de la anterior “que el mal causado sea menor”. Pero cuando hablamos de “necesidad” parece que orientamos la conducta hacia la única exigible o, dicho sea en otros términos, a la ausencia de alternativas menos lesivas. No puede apreciarse la necesidad cuando quien quebrantó disponía de otros medios. Por eso resulta tan polémica y discutible la SAP de Jaén, porque convalidó una situación que permaneció siete meses en el tiempo y resulta obvio que, en tan gran espacio, debió haber lugar a poder acudir a otras vías (como los servicios sociales municipales) para solventar la angustiosa situación del necesitado y no permanecer en el quebrantamiento.

Es cierto que resulta difícil e infrecuente encontrar resoluciones

---

<sup>557</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2019, págs. 179-180.

judiciales que aprecien la concurrencia de estado de necesidad, pero no son desconocidas. Por ejemplo, la reciente SAP de Guipúzcoa núm. 149/2020, de 26 de junio, aprecia la eximente de quien, sujeto a la prohibición de acercamiento, se traslada al hospital donde se encuentra ingresada su ex-pareja. El tribunal declaró que la situación de zozobra al conocer el ingreso hospitalario es compatible con un estado de necesidad putativo o con un error de prohibición e invencible, dado que el sujeto no conocía el riesgo al que se enfrentaba la mujer. De hecho, consta en autos que abandonó el hospital tan pronto pudo conocer que no estaba en riesgo vital.

No obstante, ya advertimos que no es lo habitual. La STS, Sala 2ª, núm. 664/2018, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4341), no aprecia la eximente, porque niega que el ejercicio de la patria potestad pueda justificar la remisión de correos electrónicos y otros mensajes relacionados con el disfrute de períodos vacacionales con el hijo menor, comunicaciones que no trataban de enervar un riesgo grave ni para el menor ni para los derechos del acusado en relación a la patria potestad sobre el mismos, en consecuencias innecesarias, y que podían haber sido suplidas por medios lícitos alternativos.

El consentimiento de la víctima no aparece recogido en el Código penal como causa de justificación. Tampoco cabe su admisión como atenuante analógica, dado que tan amplio espectro de la atenuante de análoga significación no alcanza al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma. Pero tampoco

puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, “pues ello supondría hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que habla la jurisprudencia de esta Sala” y dejaría sin efecto la analogía<sup>558</sup>.

Recordemos que, frente al carácter potestativo que la pena accesoria de alejamiento revestía en la redacción originaria del art. 57.2 CP (Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio), la actualmente vigente establece de manera taxativa<sup>559</sup> la obligatoriedad de su imposición. Conforme al art. 48.2 del CP, esta medida “impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de 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”.

Sea cual sea la gravedad del delito cometido, los Jueces y Tribunales han perdido la facultad que contemplaba la legislación anterior de imponer la pena sólo si el caso lo aconsejaba. La medida así expuesta no plantea problema alguno en su aplicación en todos aquellos casos en que el acto de violencia de género pone fin a la relación de pareja.

Sin embargo, existen otros casos en los que, a pesar de haberse producido un acto de violencia, posteriormente, incluso antes de que se dicte la

---

<sup>558</sup> STS núm. 667/2019, de 14 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:64).

<sup>559</sup> “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”.

sentencia, los miembros de la pareja vuelven a convivir. Es aquí donde se produce el conflicto entre la voluntad de la víctima, que quiere reanudar su relación con el agresor, y el cumplimiento de la medida impuesta a éste; entre la respuesta social a la violencia sobre la mujer, que quiere protegerla de una posible reiteración de la agresión, y la libertad de la víctima para reanudar su relación familiar al margen de la tutela de los poderes del Estado.

Ante semejante conflicto, sólo caben dos opciones: u optar por reconocer la libertad de disposición de la víctima o negarla. Ciertamente, quien solicita una medida de protección no está renunciando ni al libre desarrollo de su personalidad ni a su derecho a la autodeterminación. Por tanto, la mujer podría acordar reanudar la convivencia con su agresor cuando quisiera. Así se defendió en múltiples resoluciones judiciales. Sin embargo, no ha resultado ser ésta la opción ganadora.

Algunos Juzgados y Audiencias Provinciales presentaron cuestiones de inconstitucionalidad por la vinculación planteada en el art. 57.2 CP. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Arenys de Mar, planteó cuestión de inconstitucionalidad núm. 640-2005 en relación con los artículos 57 y 48.2 del Código penal, redactados por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que fue inadmitida por cuestiones formales.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 60/2010, de 7 de octubre<sup>560</sup>, ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad número 8821-2005 procedente de la Sección 2ª de la AP de Las Palmas, de forma que ha servido

---

<sup>560</sup> B.O.E. núm. 262/2010, de 29 de octubre.



para desestimar otras acumuladas procedentes de la Sección 4ª de la AP de Valladolid (STC núm. 115/2010, de 24 de noviembre)<sup>561</sup>.

Los Tribunales cuestionantes consideran que no ofrece duda alguna la legitimidad y constitucionalidad de la aplicación de la medida que nos ocupa en aquellos supuestos en que la víctima se postula favorablemente a la misma o bien no se opone a su imposición, pues en ellos nunca se puede afirmar que su libertad personal se vea coartada o limitada en modo alguno, toda vez que su voluntad resulta ser conforme a la medida legalmente prevista, y el órgano jurisdiccional la aplicará en correcta consonancia, en cumplimiento de aquellos preceptos del Código Penal.

También excluyen de la duda de constitucionalidad los supuestos en los que el delito cometido tenga la consideración de grave o menos grave, pero haya afectado a bienes jurídicos especialmente relevantes de la víctima, o a otros, pero a través de un ataque de especial gravedad, bien por el procedimiento empleado, bien por el resultado producido. En este tipo de casos la tutela de los bienes jurídicos protegidos, de los que es titular la propia víctima, ha de prevalecer incluso sobre su voluntad, aunque esté libre y claramente expresada.

Consecuentemente, la duda de constitucionalidad se ciñe a casos en los que el ilícito cometido por el cónyuge, pariente o cualquier otra de las personas enumeradas en el primero de los mencionados preceptos, no reviste especial gravedad o significación.

---

<sup>561</sup> B.O.E. núm. 312/2010, de 24 de diciembre.

Seguidamente se afirma que la pena accesoria contemplada en el art. 48.2 CP sanciona al autor de los hechos, pero también a la víctima, pues a la misma se le restringe su derecho fundamental a la libertad personal, entendida ésta ahora como la facultad para adoptar libremente decisiones que afecten a sus relaciones personales. Concretamente se le impide mantener una relación, sentimental o de otro tipo, con o sin convivencia, con el autor de la infracción<sup>562</sup>.

Hasta el punto de que, de ser la víctima quien inicie o propicie un nuevo acercamiento físico, puede llegarse al extremo de considerarla autora de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, sea a título de cooperadora necesaria o de inductora (arts. 27 y 28 CP) o, alternativamente, calificarse como una simulación de delito.

Con ello se quiere decir que la duda de constitucionalidad no lo es en referencia al autor del ilícito, pues el mismo ha cometido una infracción, legalmente prevista, con todas las garantías del principio de legalidad penal, y resulta, ab initio, merecedor de la sanción, sino que se plantea con relación a la víctima de la misma, pues sin haber verificado infracción legal alguna, ve coartada o limitada su libertad personal en el sentido antes expuesto.

Consideran los órganos judiciales que, con la imposición automática y obligatoria de la pena accesoria de alejamiento contra la voluntad de la propia víctima de la infracción (siempre en el restringido grupo de supuestos a

---

<sup>562</sup> GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., *Violencia de género: justicia y práctica*, Diario *La Ley*, número 7073, 2008.

que el órgano promotor se refiere), ésta ve enteramente restringida y limitada su libertad personal, su libertad de decisión en cuanto a sus relaciones personales y particulares, sin haber cometido infracción previa de tipo alguno. Esto es, a la víctima se le impone una sanción puesto que se recorta su ámbito de decisión personal en contra de su expresa voluntad y sin haber incurrido en ninguna infracción legal.

Frente a estos razonables argumentos, el Tribunal Constitucional, partiendo del amplio margen de libertad de configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático a la hora de la plasmación normativa de la política criminal, desestima la cuestión y rechaza, una por una, la inconstitucionalidad contenida en las alegaciones planteadas.

En primer lugar, descarta que exista una infracción del principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE), puesto que el alejamiento impuesto no recae sobre la víctima, sino directamente sobre el penado, sin perjuicio que ello produzca efectos no deseados a la mujer. Tampoco admite una indefensión (art. 24.1 CE) de la víctima, habida consideración que ésta puede constituirse en parte en el proceso y alegar lo que estime conveniente, sin que ello suponga la exigencia de que sus tesis sean asumidas necesariamente por el órgano judicial.

Por último, también se descarta que la pena de alejamiento obligatoria sea desproporcionada, afecte a la personalidad (art. 10.1 CE) o a la vida familiar de la víctima o a su libertad de circulación y establecimiento (art. 19.1 CE). Aunque, en realidad, sí reconoce el perjuicio que la medida conlleva, lo

que ocurre es que resulta justificado por la –legítima– finalidad perseguida, que no es otra que la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado.

Ciertamente, la postura del TC es la más sencilla y la más fácil de defender porque, en puridad, el supremo intérprete de la Constitución parece adoptar una postura de defensa del criterio legislativo más que la abordar la elaboración de un discurso razonado que concluya en la desestimación de los argumentos expuestos. Y es que el automatismo del art. 57.2 CP no es sólo contrario a la mayor libertad del órgano enjuiciador, sino que es contrario también a la tendencia legislativa más reciente, por ejemplo, representada en la LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>563</sup>, donde se reconoce un aumento de la arbitrariedad judicial.

El propio TC reconoce que el alejamiento impuesto no es inocuo (“ha de señalarse que la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía”) y no entra a valorar la cuestión de fondo: la necesidad para el legislador de restringir la libertad del poder judicial en orden a valorar las circunstancias del caso. Es decir, los propios órganos cuestionantes no plantean dudas sobre el artículo 57.1, donde el alejamiento

---

<sup>563</sup> En su Preámbulo, sobre la modificación de tipos penales, manifiesta: “se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto”, y también sobre el nuevo régimen de suspensión de penas “se introducen algunas modificaciones que intentan hacer más efectivo el sistema y que ofrecen a los jueces y tribunales una mayor flexibilidad para la resolución justa de las diversas situaciones que puedan plantearse”.

adicional es potestativo para el tribunal. Las dudas surgen en el número 2, cuando se impone ¿por qué motivo? ¿por qué suprimir el arbitrio judicial sólo en el ámbito de la violencia de género? Ésta es la clave de bóveda que se repite constantemente en el estudio de los tipos relacionados con la violencia sobre la mujer, la necesidad de excepcionar las reglas generales, y sobre la que tampoco nuestro Tribunal Constitucional quiere pronunciarse.

Olvida el legislador que la experiencia, el conocimiento y la valoración de las circunstancias del caso concreto son herramientas valiosísimas para el juzgador. Éste es quien mejor puede valorar si estamos condenando a las partes a un futuro delito de quebrantamiento al imponerles un alejamiento al que no se quieren someter. La experiencia nos demuestra que no son pocas las ocasiones en que tales decisiones legislativas, restrictivas de libertad, inducen la comisión de ciertos delitos, como el quebrantamiento. Son, en definitiva, los peligros a los que debemos enfrentarnos cuando negamos la capacidad de decisión a la mujer víctima de VG y que siguen sin tener una respuesta adecuada en nuestros días.

A lo largo de nuestra exposición, hemos recogido múltiples muestras que demuestran que el legislador introduce limitaciones a la libertad de decisión de la víctima. Esta perspectiva, sobre la que siempre resulta polémico discrepar, considera que la pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancia 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<sup>564</sup>.

A nuestro entender, es en este punto cuando el estudio de los bienes jurídicos protegidos adquiere todo su significado. Ya hemos comprobado que, junto a la efectividad de las resoluciones judiciales, el artículo 468.2 del CP introduce un segundo bien protegido; en palabras de la STS 846/2017, de 21 de diciembre<sup>565</sup>, la agravación “se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales”. Pues bien, ni en el caso del tipo general del delito de quebrantamiento (art. 468.1 CP) ni el supuesto cualificado, puede considerarse que los bienes objeto de protección sean disponibles<sup>566</sup>. Ya hemos visto que sólo respecto de tipos penales que protegen bienes jurídicos de carácter personal como la vida, la libertad o la integridad física (arts. 138, 143, 155 CP), cabe reconocer alguna eficacia a la voluntad de la víctima. Sin embargo, ello no es predicable del delito de quebrantamiento: el cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no

---

<sup>564</sup> TARDÓN OLMOS, M., *Delitos de impacto en materia de violencia de género*, en SÁNCHEZ MELGAR, J.A. (Dir.), *Curso de formación continua con perspectiva de género*, 2ª ed., CGPJ, 2020, pág. 18: “los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento”.

<sup>565</sup> ECLI:ES:TS:2017.

<sup>566</sup> CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, editorial Dykinson, 2018, pág. 64.

puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquella (STS, Sala 2ª, núm. 748/2018, de 14 de febrero de 2019)<sup>567</sup>.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 25 de enero de 2008, acordó que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del Código penal”, tesis que ha sido acogida por las sucesivas sentencias. Por tanto, se reconoce un interés colectivo, indisponible para las partes, incluida aquella a quien está orientada a proteger. Con esta decisión, se pone fin a una importante polémica doctrinal, que también tuvo su traducción en una jurisprudencia titubeante y contradictoria<sup>568</sup>.

Ahora bien, que no excluya la punibilidad no es sinónimo de irrelevancia penal. Esta voluntad de reanudar la convivencia o de, al menos, obviar la prohibición puede y debe tener consecuencias en orden a la determinación de la pena. Por ejemplo, la SAP de Soria núm. 41/2011, de 10

---

<sup>567</sup> EDJ 2019/508722.

<sup>568</sup> Podemos sintetizar las siguientes posturas doctrinales:

a) Considerar a la víctima cooperadora necesaria, negando al consentimiento de la perjudicada relevancia alguna en orden a evitar la eficacia de la medida.

b) No estimar viable condenar a la víctima, sino sólo al hombre, atendiendo más a criterios político criminales que positivos.

c) Estimar que la existencia de consentimiento de la víctima produce error de prohibición en el imputado o condenado.

d) Distinguir entre quebrantamiento de una medida cautelar y quebrantamiento de pena. Sólo habría delito de quebrantamiento en el caso de la pena, no así en el de la medida cautelar. Así lo recoge la STS de 26 de septiembre de 2005, que absolvía a un acusado del delito de quebrantamiento de la medida de seguridad de alejamiento por el hecho de que fue la propia víctima la que consintió la aproximación; aunque resulte cierto igualmente el hecho de que *obiter dicta* se hiciera referencia en la misma resolución también a la pena de similar contenido (STS 775/07, de 28 de septiembre).

de junio<sup>569</sup>, afirma que “en supuestos de un delito de quebrantamiento de condena, habiendo existido consentimiento de la persona beneficiada por la orden de alejamiento, viene determinado en la reducción de la pena impuesta en la sentencia recurrida cuando se aprecia en el condenado la concurrencia en la comisión del delito de quebrantamiento de condena un error de prohibición vencible tipificado en el art. 14.3 CP”. Ahora bien, también deben adoptarse las precauciones mínimas para evitar que éste sea un argumento esgrimido recurrentemente por la defensa para lograr una rebaja de la pena; en este sentido, la Sala Segunda del TS, en su Sentencia de 24 de febrero de 2009 (EDJ 2009/19083), defiende que “no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso”.

En resumen, puesto que el bien jurídico protegido no es ni en exclusiva ni siquiera de forma predominante la tutela de la víctima, sino la efectividad de las resoluciones judiciales, el respeto y vigencia de las decisiones jurisdiccionales. Su cumplimiento no queda a merced de la víctima; no pueden ser privatizadas o desoficializadas. Eso no significa que no podamos encontrar algún supuesto en que ante una clara iniciativa de la persona tutelada por la prohibición no fácilmente eludible por el condenado o encausado que se limita a una actitud pasiva, podamos entender que no surge responsabilidad penal por no existir acción u omisión atribuible a él directa y causalmente<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup> EDJ 2011/135288.

<sup>570</sup> STS núm. 803/2015, de 9 de diciembre, Rec. 513/2015, FD Sexto. Nótese que el Alto Tribunal deja las puertas totalmente abiertas a reconocer la relevancia de ese



Conviene aclarar que esta irrelevancia del consentimiento de la víctima se extiende tanto a los supuestos de cumplimiento de penas como de medidas cautelares<sup>571</sup>. Y es que si, respecto de las primeras, no había dudas desde el principio, en un primer momento, existió una corriente muy extendida –y ya, afortunadamente, decaída– que defendía la validez del consentimiento de la víctima como causa de atipicidad (*volenti non fit iniuria*<sup>572</sup>) del quebrantamiento cometido. Al respecto resulta esclarecedora la SAP de Barcelona, Sección 20ª, de 31 de octubre de 2007, que en su Fundamento de Derecho Primero declara que “es atípica la conducta infractora de una medida cautelar de prohibición de aproximación y/o comunicación cuando se ha reanudado voluntariamente la relación o convivencia entre el obligado por la medida cautelar la persona protegida por la misma, puesto que en este caso desaparece la necesidad de esta medida (...); sin embargo, estos argumentos no pueden aplicarse al supuesto de incumplimiento de una pena de prohibición de aproximación y de comunicación, en la que el tiempo de duración queda

---

consentimiento que afirma –en principio– irrelevante. Y esta valoración puede llevarse a cabo no sólo por la vía del error de prohibición (descartando la atenuante analógica) sino también por vía de eximente. En este último caso, aunque no se aclara en la resolución, habrá que derivarlo hacia el ejercicio legítimo de los derechos ex art. 20.7º CP a fin de encontrar la oportuna cobertura legal.

Todo ello, con las precauciones debidas. *Vid.* la STS núm. 1065/2010, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:7295), que expresa: “la pérdida de autoestima por parte de la mujer, 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”.

<sup>571</sup> Debe ser interpretado extensivamente a cualquier medida de seguridad o protección de la víctima que recogen exhaustivamente los artículos 61 a 69 de la LO 1/2004.

<sup>572</sup> Digesto.

fijado por la sentencia firme y debe agotarse totalmente hasta su extinción, sin que la voluntad de la persona protegida pueda tener ninguna incidencia ni en la duración ni en la extinción de la condena” (SAP de Madrid, Sección 3ª, de 26 de septiembre de 2008, mismo criterio).

Se ha resaltado<sup>573</sup> que hay una sentencia que recoge la solución mayoritaria de los Tribunales ante esta situación, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª, de 21 de febrero de 2007, en la que se indica: “el único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la solicitud del indulto<sup>574</sup> parcial del Gobierno de dicha pena y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que éste acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja”.

En cualquier caso, ya advertimos que, por encima de la voluntad de las partes, se sitúa el interés del Estado en amparar a la víctima y también en velar por el cumplimiento de sus resoluciones judiciales. En palabras de la STS núm.

---

<sup>573</sup> VALRIBERAS ACEVEDO, I., *Quebrantamiento de condena y medida cautelar. Especial referencia a la actuación en contra de la voluntad de las víctimas*, III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, 2009, pág. 11.

<sup>574</sup> JAÉN VALLEJO, M., *El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género (alcance de la reforma otorgada por la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en materia de suspensión y sustitución de penas, y quebrantamiento de condena)*, en VV.AA., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 74.

755/2009, de 13 de julio<sup>575</sup>: “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 o falsas promesas (...), 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”.

Cuestión distinta es que la víctima, con carácter previo a reanudar la convivencia, ponga estos hechos en conocimiento de la Autoridad Judicial que hubiera dictado la medida cautelar, interesando su revocación, en cuyo caso corresponderá al Juez –con intervención del Ministerio Fiscal– valorar si existe peligro para la vida o integridad física de las misma a los efectos de mantener o dejar sin efecto dicha medida. No obstante, la práctica de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer es acordar, con carácter más o menos automático, la cancelación de las medidas acordadas.

En conclusión, se debe ser muy prudente –y restrictivo– a la hora de valorar el consentimiento de la víctima en los supuestos de reconciliaciones, por cuanto hay ocasiones que la reanudación de la convivencia no es voluntaria, sino que viene impuesta por las circunstancias. Así, en numerosas ocasiones, la falta de medios económicos de la víctima le lleva a reanudar la convivencia, sobre todo cuando hay hijos menores de edad de la pareja. En otros casos, algunas víctimas reanudan la convivencia por presiones ejercidas por el

---

<sup>575</sup> (ECLI:ES:TS:2009:4716).

propio agresor, o por el entorno familiar de la misma.

No obstante, no podemos negar que a veces hay una verdadera voluntad de la víctima de reconciliarse con su pareja, y de reanudar la relación. En todo caso, si hay que dar valor al consentimiento de la víctima a los efectos de determinar la realización o no del tipo penal de quebrantamiento de condena, ha de tratarse siempre de otorgamiento de consentimiento libre<sup>576</sup> y voluntariamente prestado, sin que pueda ser tenido en cuenta el que esté viciado por error, intimidación, violencia o dolo, a que se refiere el artículo 1.214 del Código Civil.

---

<sup>576</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima*, en CARBONELL MATEU, J.C. *et. alt.* (Coords), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 2014-2016.

## **CAPÍTULO VII**

### **CULPABILIDAD**



## I.- Imputación dolosa

El artículo 5 del CP dispone: “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Y el artículo 10 CP define los delitos como “acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. No obstante, el legislador español, siguiendo una inveterada tradición, no llega en ningún caso a definir los títulos de imputación de la responsabilidad criminal.

Si la antijuricidad se predica del comportamiento que lesiona o pone en peligro el bien jurídicamente protegido, la culpabilidad implica atribución de responsabilidad a los sujetos del injusto típico<sup>577</sup>. La culpabilidad puede ser más intensa, porque el sujeto quiere y busca el resultado prohibido; o de menor intensidad, ya sea porque no se molesta en calcular el peligro que conlleva su comportamiento (culpa inconsciente), ya porque aun imaginando la concurrencia del peligro ni quiere ni acepta como inevitable esta comisión<sup>578</sup>. Ambas formas de imputación son alternativas y excluyentes, de suerte que no pueden concurrir simultáneamente<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo II, 3ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 183.

<sup>578</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 39, fasc. 2, 1986, pág. 396.

<sup>579</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo II, 3ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 117, considera que el dolo y culpa constituyen algo más que meros elementos integrantes del concepto de delito: son una forma de

El delito de quebrantamiento es un delito eminentemente doloso; de hecho, no admite su comisión imprudente. Tampoco precisa de otros elementos subjetivos<sup>580</sup>; por tanto, el único dolo exigible al autor y que ha de ser objeto de apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial, es el consistente en si el sujeto quería cometer el quebrantamiento y era conocedor de su ilegal proceder. Apreciada esta intención, por la existencia de datos o indicios suficientes para ello, la finalidad ulterior de este comportamiento criminal resulta indiferente para fundamentar la culpabilidad del agente.

En relación con el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del Código penal, la jurisprudencia exige la presencia de los siguientes elementos para apreciar su concurrencia<sup>581</sup>:

- Un elemento normativo, que se identifica con la preexistencia de un mandato, terminante y claro, que haya sido adoptado por un juez, en forma de pena o medida cautelar.
- Un elemento objetivo o material, que se identifica con la acción natural

---

individualización o de personalización de la responsabilidad penal. Por ello lo designamos como títulos de imputación (subjetiva), más que como elementos del delito, aunque también lo sea en cuanto en él se integran.

<sup>580</sup> Así ocurre en otros tipos penales, como en el delito de hurto, que exige para su concurrencia el ánimo de lucro (art. 234.1 CP). *Vid.*, sobre la presencia de otros elementos subjetivos, distintos del dolo, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 315: “En el delito doloso el elemento subjetivo más importante es el dolo. Pero el tipo subjetivo no se agota necesariamente en él, pues hay tipos penales que requieren además del dolo alguna finalidad trascendente de la realización de la acción”.

<sup>581</sup> SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, núm. 242/2019, de 21 de noviembre, rec. 3107/2019 (ECLI:ES:APSS:2019:1212); SAP de Madrid, Sección 16ª, núm. 4/2016, de 5 de enero, rec. 1951/2015 (ECLI:APM:2016:57).



inherente al verbo quebrantar, esto es, incumplir, infringir o desobedecer la prohibición judicial; durante el tiempo –y este factor temporal es muy importante, especialmente, cuando se trata de medidas cautelares de protección– en que dicha orden se encuentra en vigor.

- Por último, un elemento subjetivo, el dolo, consistente en, por un lado, el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre él y, por otro lado, de forma simultánea, su voluntad resuelta y decidida en querer incumplir la orden recibida. Este último aspecto es lo que la doctrina<sup>582</sup> denomina como dolo típico y no es necesario valorar cualquier otro ánimo o intención adicional en el sujeto, puesto que estamos ante un delito de mera actividad que no precisa para su consumación de resultado alguno.

Por lo expuesto, el dolo del autor (el elemento subjetivo, en la terminología forense) abarca asimismo el elemento normativo y el objetivo, de suerte que el sujeto delinque *sabiendo* lo que hace<sup>583</sup> y asumiendo sus consecuencias. Por el contrario, no habrá responsabilidad penal si el sujeto cree sinceramente estar obrando lícitamente. Se trataría de un supuesto de error de prohibición y, por tanto, excluyente de la culpabilidad. En cualquier

---

<sup>582</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 120: “El conocimiento propio del dolo debe abarcar en lo general los elementos esenciales; no así los accidentales, que serán objeto de valoración judicial”. Así se entiende mejor –añadimos nosotros– el sentido del art. 14.2 CP al disponer: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

<sup>583</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *ibidem*.

caso, la prueba del error incumbe a quien lo alega<sup>584</sup>.

En conclusión, para ser declarado culpable de un delito de quebrantamiento, el sujeto ha de querer acercarse o comunicarse con la víctima, a sabiendas que le está prohibido. Y sólo cabe su comisión dolosa y, en ningún caso, imprudente. No cabe otra conclusión a la vista de la propia dinámica comisiva. Distinta valoración merece los supuestos de hallazgo casual o fortuito, donde no hay responsabilidad penal por ausencia del elemento subjetivo de injusto; y de comisión a título de dolo eventual<sup>585</sup>, referido a casos donde el sujeto trata de disfrazar como encuentros casuales incidentes perseguidos y provocados por él mismo.

Existe una clara tendencia, tanto jurisprudencial como doctrinal, hacia la objetivización del dolo. En efecto, la mayor dificultad en probar los elementos subjetivos del dolo, consistentes en un conocimiento previo de la ilicitud de su conducta y, a continuación, una voluntad libremente formada tendente a la comisión del delito y a la asunción de todas sus consecuencias,

---

<sup>584</sup> La STS, Sala 2ª, núm. 755/03, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3622) afirma que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor del informarse sobre el derecho, de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia.

<sup>585</sup> El ATS de 24 de febrero de 2011, con base en la doctrina del asentamiento, descarta el encuentro casual y declara la existencia de dolo eventual, por cuanto el agente, si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en el que se encuentra involucrado, lo asume en la medida que acepta todas las consecuencias de ese ilícito actuar, es decir, conociendo la orden de prohibición y hallándose en las cercanías de ambos lugares, trabajo y domicilio, se mantiene en el mismo y accede al radio de prohibición, por lo que debe confirmarse la sentencia.

ha dado paso a un “deber conocer normativo”<sup>586</sup>. Con arreglo a esta nueva tendencia, que se ha denominado como *normativización* del dolo<sup>587</sup>, basta apreciar la concurrencia de circunstancias exteriores para acreditar la intención del sujeto, lo que debilita tanto su derecho de defensa como facilita un pronunciamiento fundado de culpabilidad. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 468.2 CP.

En palabras de nuestro Tribunal Supremo<sup>588</sup>, para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP, a falta de otra explícita mención en el tipo, bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación<sup>589</sup> con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne. Fuera de tales supuestos tal posibilidad queda descartada.

Como analizaremos más pausadamente en el siguiente apartado de este mismo capítulo, la levedad de las penas que el legislador ha fijado para el delito de quebrantamiento, en sus diferentes modalidades, no debe conducirnos a creer que estamos ante un delito banal o de escasa importancia.

---

<sup>586</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 122.

<sup>587</sup> *Ibidem*.

<sup>588</sup> TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, núm. 664/2018, de 17 de diciembre, Rec. 504/2017 (ECLI:ES:TS:2018:4341).

<sup>589</sup> En los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y ésta no la atiende, el delito quedará consumado si ha sido efectiva la comunicación de la existencia de esa misma llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación (STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 650/2019, de 20 de diciembre, Rec. 1369/2018).

El hecho que no se admita su comisión culposa denota que no estamos ante un supuesto de menor gravedad porque, quien no asume la sanción impuesta ante una infracción criminal, denota una mayor peligrosidad y un elevado desprecio por el orden establecido.

El dolo no se define en el CP, pero aparece implícitamente delimitado en su artículo 14 al abordar el estudio del error. Conforme al apartado 1 de dicho artículo, el error puede recaer sobre un hecho constitutivo de la infracción penal y, de apreciarse éste, deberá declararse la irresponsabilidad penal por cuanto, dado que el delito de quebrantamiento no admite la comisión imprudente, las consecuencias penológicas de la vencibilidad o no del error serán las mismas. Por el contrario, el apartado 3 contempla la posibilidad del error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal y, en caso de vencibilidad (sólo en dicho supuesto), semejante comportamiento será merecedor de una punición, si bien atenuada. Por consiguiente, el dolo del delito de quebrantamiento requiere conocer la tipicidad de la conducta, puesto que cualquier error sobre la existencia de una condena o prohibición que le obliga y a cuya observancia debe atenerse, le eximirá de responsabilidad penal al excluir el dolo directo. Sin embargo, por este mismo razonamiento, no es preciso que el dolo abarque la antijuricidad<sup>590</sup> de su comportamiento, dado que el artículo 14.3 del CP<sup>591</sup> admite la punición

---

<sup>590</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, p. 327: consecuentemente, “ilicitud”, en el sentido del art. 14.3 del nuevo Cód. Penal, se debe entender como sinónimo de antijuricidad, pues de lo contrario no sería posible distinguir dos especies de error con distintas consecuencias jurídicas, como ha pretendido el legislador.

<sup>591</sup> La STS núm. 163/2005, de 10 de febrero (EDJ 2005/71467) enseña que el error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría

–reducida en uno o dos grados– en el supuesto de error vencible. Lo que ocurre es que el acusado por delito de quebrantamiento tendrá muy difícil argumentar que desconocía la ilicitud de su comportamiento tras haber sido sometido a un acto formal de requerimiento, ya para el cumplimiento de la medida cautelar, ya sea tras la liquidación de la condena correspondiente. De ahí la importancia de este elemento formal, que es objeto de análisis en varias partes de este trabajo y, en concreto, en su último capítulo, apartado quinto.

Hemos hecho mención al dolo directo, pero cabe también hablar de un “dolo eventual”<sup>592</sup> cuando el delito no es querido o buscado directamente, pero el sujeto imagina o calcula como probable o –cuanto menos– posible su comisión y persigue que semejante suceso tenga lugar. En el delito de quebrantamiento, el caso arquetípico sería el de quien, sujeto a una prohibición de aproximación, acude a un evento o a cualquier otro lugar diferente al vetado (domicilio, lugar de trabajo) en la esperanza de poder coincidir “casualmente” con la víctima; y aunque no pueda estar seguro que aquélla acudirá a ese espacio o establecimiento. Tratándose de un delito de mera actividad, para distinguir el dolo eventual de la mera imprudencia resulta más conveniente la denominada teoría de la voluntad, conforme a la cual si el sujeto se representa como segura la producción del daño y, sin embargo, no se abstiene de su ejecución, deberá apreciarse el dolo, en este caso, eventual.

---

de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo.

<sup>592</sup> *Vid.*, sobre los diferentes enfoques, DÍAZ PITA, M<sup>a</sup>.M., *El dolo eventual*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

En relación con el tipo cualificado del art. 468.2 CP, el dolo debe abarcar el conocimiento de la relación de afectividad o parentesco que existe o ha existido con las víctimas enumeradas en el art. 173.2 CP o, en su caso, el contenido de las obligaciones impuestas con arreglo al art. 106 CP. Una vez acreditado, la aplicación de la mayor pena es automática. Sin embargo, ocurre que, de nuevo, la existencia de requerimientos y las propias circunstancias personales del encausado, hacen muy difícil o prácticamente imposible que pueda defender este desconocimiento. La propia esencia del tipo de injusto que plantea el art. 468.2 CP determina que sólo exista responsabilidad penal si el sujeto es conocedor –en el momento de la comisión del delito– de la obligación que se le ha impuesto y, pese a conocer sus consecuencias, decide contravenirla. En este contexto, resulta imposible poder alegar ignorancia del vínculo familiar o, en general, de cualquiera de las circunstancias del número 2 del art. 468 CP.

A parecidas conclusiones podríamos llegar al analizar el supuesto del art. 468.3 CP. La redacción del precepto es mucho más amplia y, por tanto, imprecisa, dado que la intención del legislador es abarcar el mayor número posible de comportamientos (más frecuentemente, descarga de baterías, no atención a las llamadas procedentes del Centro COMETA o falta de la cobertura necesaria)<sup>593</sup> que el sujeto pudiera realizar, siempre en la intención de inutilizar el sistema de control electrónico. Esta finalidad es la que nos

---

<sup>593</sup> Es un delito de mera actividad, por cuanto la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y, por tanto, no se produce un resultado separable de ella. *Vid.* ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 328.

indica claramente el comportamiento doloso del tipo<sup>594</sup>, que incluye una modalidad omisiva, como es la inacción ante la natural descarga de energía propia del dispositivo. Como cualquier aparato electrónico, la pulsera de control debe ser objeto de recarga periódicamente, a fin de evitar su apagado. Pues bien, por un elemental sentido práctico, el sujeto a la misma ha de proceder a la recarga de la misma mediante un sencillo proceso de enchufado; con lo que el legislador convierte al sujeto en garante del correcto funcionamiento del sistema, apercibido expresamente (recordemos que la pulsera se instala en sede judicial y con asistencia letrada) de las consecuencias penales de un mal proceder.

Hay que recordar que para la comisión del delito del art. 468.3 CP no se requiere que el sujeto se aproxime a la víctima o se acerque a la localización que le hubiere sido vetada (y, si así lo hiciera, cometería un segundo delito, el previsto en el art. 468.2 CP); lo verdaderamente relevante es la alteración del dispositivo en cuanto a manipulación y, por ende, a la ausencia de control que el mismo lleva aparejado. Es cierto que tanto en el número 2 como en el número 3 del art. 468 CP, junto a la protección sobre la obediencia debida a las resoluciones judiciales (“Administración de Justicia”) existe un componente claro de protección hacia las víctimas. De hecho, por protocolo,

---

<sup>594</sup> La SAP de Pontevedra de 30 de abril de 2019 (EDJ 2019/601221 / ECLI:ES:APPO: 2019:907), en su FJ Segundo, declara: “el elemento subjetivo de este ilícito penal consiste en que la persona afectada conozca que, mediante alguna conducta de las anteriormente descritas, inutiliza o perturba el referido dispositivo, o realice alguna de las omisiones allí contempladas, infiriéndose la voluntad o elemento volitivo, precisamente de la ejecución de la conducta o de la omisión, a falta de alguna otra circunstancia o razón que desvirtúe tal inferencia, y sin que sea preciso la concurrencia de ninguna otra intención o propósito específico”.

cada incidente que surge por causa de un mal funcionamiento del dispositivo debe ser objeto de comunicación inmediata a la víctima, con la molestia e inquietud que ello pudiera generarle<sup>595</sup>.

## II.- Fundamento del reproche normativo de responsabilidad

La “función del Derecho penal y el fin de la pena a imponer no son lo mismo, puesto que el Derecho penal se dirige con sus preceptos interpelando y ofreciendo protección a todos los ciudadanos. La pena concreta, por el contrario, afecta primariamente solo al delincuente y frente a la comunidad únicamente tiene efectos mediatos”<sup>596</sup>.

La pena debe ser calificada como un carácter esencial del delito y es, precisamente, el elemento que distingue el ilícito penal, dejando aparte el hecho de su tipificación, de cualquier otro<sup>597</sup>. Tradicionalmente, la pena ha cumplido diversas funciones entre las que figuran la retribución del delito, la prevención general y especial; a éstas podemos añadir, más específicamente,

---

<sup>595</sup> Pensemos que tales alarmas se produzcan en horas intempestivas, nocturnas principalmente. La posibilidad de ser avisada en cualquier momento del día o de la noche y, de producirse, la reiteración de los avisos generará, a buen seguro, un estado de terror, alarma y desasosiego en la víctima que, ya de por sí, justifican la sanción penal.

<sup>596</sup> ROXIN, C., *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, Revista electrónica “InDret. Revista para el análisis del Derecho”, pág. 4, 2012. Disponible *on line* [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>597</sup> DÍAZ ROCA, R., *op. cit.*, p. 266.



la rehabilitación y resocialización del delincuente (art. 25.2 CE)<sup>598</sup>.

La pena constituye, en esencia, un castigo<sup>599</sup>, una consecuencia directa de la lesión o puesta en peligro de intereses especialmente valiosos. Pero, como advertimos, también se imponen castigos en el ámbito administrativo por infracciones de tráfico o tributarias, por ejemplo. Lo que realmente caracteriza la sanción penal es, primero, su gravedad, dado que puede comportar hasta la pérdida de un derecho tan esencial como la libertad ambulatoria (art. 33 CP); y, en su segundo lugar, su inclusión en el catálogo de normas penales que supone el Código penal<sup>600</sup>.

Por encima del castigo –que damos ya por descontado– en nuestros días, por mor del mandato constitucional, se prima la función intimidatoria y restaurativa de la pena. Queremos decir que la amenaza de un mal (porque, no nos engañemos, la pena es un mal) persigue intimidar a los ciudadanos a

---

<sup>598</sup> Finalidad que tiene su reflejo en el propio Código penal (p.ej. arts. 78 y 91) y en la propia legislación penitenciaria.

<sup>599</sup> Por este motivo, no constituyen pena las reparaciones *in natura*, la indemnización de daños y perjuicios, de los artículos 1101 y siguientes del CC, y todas las instituciones de similar naturaleza actuantes en el ámbito de la responsabilidad civil por hecho punible regulada en los arts. 109 y siguientes del CP. *Vid.* DÍAZ ROCA, R., *op. cit.*, pág. 269.

<sup>600</sup> Una vez relacionadas las penas en el artículo anterior, el art. 35 CP excluye de esta consideración:

1. *La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.*

2. *Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.*

3. *Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.*

DÍAZ ROCA, R., *ibidem*, señala que no pueden considerarse penas las consecuencias accesorias previstas en los arts. 127 a 129 CP.

cumplir las normas de convivencia y, en caso de contravención<sup>601</sup>, la pena debe permitir restablecer la paz social y, al mismo tiempo, favorecer la reintegración del delincuente porque –como vimos al analizar la doctrina del derecho penal del enemigo– partimos de la creencia que el delito es puntual o, al menos, el delincuente sabe que obra mal y ello no pone en peligro la propia existencia del sistema.

El injusto expresa una acción que por su sentido y su significado no puede ser generalizada, ni puede constituir la base de la convivencia en sociedad ya que lesiona la relación constitutiva de dicha convivencia. Por ello, tras el quebrantamiento de una norma penal, el derecho es restituido en su vigencia, a través de su contradicción mediante la imposición de una pena<sup>602</sup>.

Por ello, se prima el aspecto positivo de la pena, representado por la idea de prevención. Superando la visión simplista de la pena como mera retribución<sup>603</sup>, ya el ilustrado BECCARIA<sup>604</sup> declaró que es evidente que el fin

---

<sup>601</sup> CUTIÑO RAYA, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 77: dentro de la prevención especial también aparece un aspecto negativo, como es la inocuidad del criminal, esto es, la incapacitación que produce la ejecución de la pena para la comisión de nuevos delitos (evidentemente, mientras el sujeto se encuentra interno en un establecimiento penitenciario, apenas puede suponer un peligro para la convivencia social y mucho menos puede repetir el delito).

<sup>602</sup> GONZÁLEZ RIVERO, P., *Imputación jurídico-penal en situaciones de defecto*, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al prof. Günter Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 296.

<sup>603</sup> ROXIN, C., *op. cit.*, pág. 9: “el fin de la pena solo puede ser preventivo, esto es, la pena solo puede estar dirigida a la evitación de futuros hechos delictivos. Dado que el Derecho penal es un instrumento de ordenación y control social, éste puede únicamente perseguir fines sociales. Una teoría retributiva, en la que la imposición y la medida de la pena fueran independientes de las necesidades sociales no encontraría legitimación alguna.”

de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible ni deshacer un delito ya cometido (...) El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

Como afirma JAKOBS, la pena no evita el delito y éste, por la propia naturaleza humana, es inevitable. Lo realmente importante no es que se produzcan transgresiones a las normas, sino que éstas se cumplan de ordinario y que se apliquen los mecanismos que aseguren la vigencia de las mismas. En definitiva, si los delitos son puntuales, lo que nunca debe ponerse en cuestión es la propia existencia del sistema. Pues el significado de la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad<sup>605</sup>. Tal vez echemos en falta en la formulación de esta teoría escorada en un unilateral planteamiento normativo alguna referencia a la protección de bienes jurídicos, noción que consideramos inescindible de la dogmática penal, por cuanto la misma enlaza directamente con la noción de culpabilidad, sin la cual no hay responsabilidad penal, y con otra idea, a nuestro entender, asimismo, fundamental: las limitaciones al poder punitivo del Estado.

Se ha indicado<sup>606</sup> que JAKOBS defiende la prevención general positiva de la pena: “la finalidad de la pena es mantener la vigencia de la norma como modelo del contacto social. Con su comportamiento, el infractor quebranta

---

<sup>604</sup> BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Capítulo 12, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pág. 34.

<sup>605</sup> CUTIÑO RAYA, S., *op. cit.*, pág. 68.

<sup>606</sup> MONTEALEGRE LYNETT, E., *Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs*, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 24.

unas expectativas normativas y la pena tiene como función demostrar que la sociedad, a pesar de la desautorización de la norma, puede seguir confiando en la vigencia de las mismas”. Es decir, la finalidad de la pena sería la autoconfirmación normativa<sup>607</sup>.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí<sup>608</sup>: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal, el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica tradicional se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.

El quebrantamiento de condena confiesa un mayor grado de desprecio hacia el Derecho porque demuestra que el sujeto no acepta la sanción que le ha sido impuesta como consecuencia directa de su transgresión. Y, con su actitud, aumenta el grado de desconfianza de la comunidad, no sólo hacia ese ciudadano delincuente, sino incluso en relación a la propia eficacia del sistema que no es capaz de restaurar el orden perturbado<sup>609</sup>. Por tanto, también

---

<sup>607</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, editorial Dykinson, Madrid, 2003, págs. 119.

<sup>608</sup> ROXIN, C., *op. cit.*, págs. 91-92

<sup>609</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, RECPC 06-03, 2004, pág. 9: “Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de

aumenta la intranquilidad de todos y el temor a ser perturbados en su (falsa) sensación de seguridad. Finalmente si, presos de terror, llegamos a la conclusión que semejante sujeto es incorregible, se justifica su tratamiento como no ciudadano, como enemigo, si queremos usar una terminología bélica. De ahí a la creación de un nuevo modelo de Derecho, excepcional y orientado por principios y fines diferentes, sólo habría un paso.

A través de la sanción penal, la comunidad organizada políticamente en forma de Estado, pone de manifiesto que a pesar del incumplimiento de la norma, la misma sigue siendo válida como medida orientadora de las conductas de los ciudadanos. Precisamente, la preexistencia del reproche penal, es la mejor prueba que el propio sistema prevé su contravención por parte de los destinatarios de las normas y, frente a la transgresión, su reacción es la imposición de la pena. Gracias a la pena es posible sostener la vigencia de la norma.

Dos ideas fundamentales se deducen de cuanto venimos arguyendo: la pena es indisoluble de su finalidad preventiva y, al mismo tiempo, se fundamenta en la culpabilidad del autor. De esta manera, la norma penal será percibida por sus destinatarios como justa y legítima<sup>610</sup> y, por tanto, será

---

programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia”. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

<sup>610</sup> ACHENBACH, H., *Imputación individual, responsabilidad y culpabilidad*, en SCHÜNEMANN, B. y SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>. (Coords.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 140: “Únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad jurídica como reacción adecuada y, en suma,

objeto de general observancia. Su incumplimiento, así percibido por los ciudadanos, resultará excepcional y permitirá reingresar o excluir al infractor, manteniendo la vigencia del sistema.

En numerosas ocasiones centramos nuestros esfuerzos en examinar los criterios de aplicación del Derecho penal cuando, realmente, es en su creación donde debemos enfocarnos con más énfasis. En mi opinión<sup>611</sup>, bajo el pretexto de atender unas necesidades sociales ampliamente demandadas, el legislador viene adoptando una serie de decisiones que no responden a una exigencia real, sino a una simple y pura decisión política. Este modo de proceder no resulta legítimo porque suele aparecer acompañada de una campaña de difusión informativa a través de los diferentes medios de comunicación, que se caracterizan por la falta de pluralidad informativa, de suerte que desembocamos en una especie de pensamiento único, donde el discrepante queda aislado y se suprime el debate crítico. No hay una creación del derecho de abajo a arriba sino más bien en sentido inverso. Es el legislador quien crea la necesidad y, desde semejante punto de partida, la difunde orientada hacia su prevista solución.

---

desencadenar el proceso de motivación que se desea”.

<sup>611</sup> Por contra, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Política criminal y Derecho penal –Estudios–*, 3ª edición ampliada, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 51, entiende que la dinámica legislativa consiste en plasmar en la norma legal, del modo más fiel y contundente posible, el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva (...) Resulta urgente profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de la legislación penales que sienten con claridad los presupuestos materiales, y no sólo formales, de cualquier decisión legislativa penal; y que están lejos de satisfacerse con la identificación del bien jurídico a proteger en cada caso o con reflexiones ingenuas sobre el principio de intervención mínima vigente en Derecho penal”.

En el ámbito del delito de quebrantamiento, no aparecen grandes discusiones dogmáticas acerca del contenido de tipos que han sido objeto de regulación en nuestro Código penal desde hace mucho tiempo y que tienen su correspondencia en los países de nuestro entorno. ¿Dónde aparece la mano del legislador? Podemos responder que en los apartados números 2 y 3 del artículo 468, evidentemente.

En el primero de ellos, la decisión de crear un subtipo agravado con arreglo a un criterio completamente subjetivo, como es la condición de la víctima, es una decisión exclusivamente de política criminal, no una exigencia social. La introducción de este número en lugar de su reconducción a las circunstancias modificativas de la responsabilidad (señaladamente, la agravante por discriminación de sexo o género prevista en el art. 22.4 CP) es una decisión exclusivamente del legislador, justificada por la mayor protección que en nuestros días pretende dispensarse a la víctima de violencia sobre la mujer y, con este fin, se asegura la imposición de una mayor pena y de mayor gravedad, como es la de prisión, que si se aplicaran las reglas generales del artículo 66 CP. Al mismo tiempo, y esto es lo más grave, trata de limitarse al máximo las posibilidades de defensa del acusado, dada la configuración objetiva del tipo.

Por otro lado, el carácter abierto con que se configura el tipo del art. 468.3 CP representa un esfuerzo buscado por el legislador para solucionar las deficiencias advertidas por la Circular FGE 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la

violencia sobre la mujer, cuya Conclusión 17ª afirma que semejantes comportamientos, ante la falta de tipificación expresa, deberían ser reconducidos al delito de desobediencia y al delito de daños. Es cierto que tal afirmación respondía a la ausencia expresa de tipificación legal de la conducta por aquel entonces, pero no es menos cierto que no se pronunciaba por su inclusión *de lege ferenda* dentro del tipo del art. 468 CP.

Tras la LO 1/2015 el legislador ha optado por su inclusión dentro del delito de quebrantamiento, olvidando que el control telemático también está previsto en el ámbito penitenciario y no es exclusivo de la violencia sobre la mujer. Lo cierto y verdad es que, dogmáticamente, cabe admitir la solución normativa en la medida en que se cumplen todos los parámetros exigidos conforme al art. 11 CP: se produce un resultado, el omitente es capaz, desde un punto de vista abstracto, de realizar la acción; la causalidad hipotética de la acción omitida respecto de la producción del resultado y, por último, la posición de garante del omitente. Sin embargo, ¿realmente presentan estos comportamientos el mismo desvalor que dejar de cumplir una pena o evadirse de un centro penitenciario?

Con tales argumentos, podemos llegar a la conclusión que no se está respetando el principio de intervención mínima del Derecho penal. Éste es ahora un instrumento más de política legislativa que permite a los políticos crear la apariencia de una mayor eficacia en las medidas, paralelamente, con la mayor gravedad de las mismas. Por otro lado, el art. 468.2 CP es un claro ejemplo que el fácil recurso por parte del poder político a la pena, en su doble



vertiente retributiva e intimidatoria.

Todos los discursos sociales que enlazan la mejora del nivel de vida con la disminución de las cifras de delincuencia desaparecen cuando se trata de “vender” a la ciudadanía eficacia y contundencia. Frente a una delincuencia de baja intensidad (porque, recordemos, los supuestos más graves como los delitos de homicidio o violación se reconducen a las reglas generales) se ofrecen las soluciones más drásticas: maquinaria policial y judicial. Probablemente, la solución más sencilla –y barata– para el gestor político<sup>612</sup>.

Esta tendencia legislativa tiene su origen en EEUU a finales de 1960<sup>613</sup>, en plena guerra de Vietnam y de tensión (“guerra fría”) con la entonces URSS, en línea con la necesaria justificación por la represión policial frente a los movimientos pacifistas de la época. Sin embargo, lejos de ser coyuntural, semejantes proclamas en relación a la mayor dureza frente a la delincuencia común han devenido instrumento político para apaciguar a las masas hasta

---

<sup>612</sup> MUÑOZ LORENTE, J., *Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico*, en “Revista de Derecho y Proceso Penal” (RDPP) núm. 6, 2001, pág. 123: “El Estado obtiene un alto beneficio o prestigio político (...) a bajo coste económico, aunque ello suponga un alto coste social, tanto en términos de libertad para los ciudadanos como en términos de exoneración del Estado para acometer otros programas sociales (...) más caros y costosos”.

Cfr. BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, editorial Dykinson, Madrid, 2014, pág. 101: “En este marco de creciente afirmación política y electoral de la lucha contra la delincuencia lo más preocupante es que la inflación de la severidad punitiva tiende cada vez más a aparecer como la única alternativa político-criminal (...) habría que tener en cuenta que otras soluciones diferentes del incremento constante de la severidad penal tal vez no comportan una gran dificultad en su puesta en práctica, pero se entienden de menor utilidad comunicativa”.

<sup>613</sup> *Omnibus Crime Control and Safe Street Act* (1968).

nuestros días.

Más recientemente (1993) el candidato a Primer Ministro Británico, Tony Blair, utilizó como eslogan de su campaña la expresión *Tough on crime tough on the causes of crime* (“duro con el crimen duro con las causas del crimen”). En su entrevista<sup>614</sup> para la cadena BBC-2, de fecha 4 de julio, explica de este modo su idea resumen para su campaña: “What I'm saying is if you want a hard headed approach to law and order in the modern world, you require a thought through strategy that deals with the underlying causes of crime as well as those that are committing crimes and should be brought to justice within the criminal justice system”.

Como se ha señalado<sup>615</sup>, en el nuevo milenio, “la seguridad” se ha convertido realmente en una cuestión política de primer orden (...) La seguridad se define cada vez más en términos negativos. Ya no está conectada con ideales positivos como la justicia social, la igualdad de oportunidades o la lucha contra las privaciones y la exclusión social. Desde ahora se interpreta principalmente como la forma de librar a las calles de la presencia de todos aquellos que amenazan la sensación pública general de seguridad.

Aunque esta orientación legislativa presenta altibajos en diferentes momentos, conforme al propio interés de los gobernantes, sí que podemos apreciar en la etapa actual la culminación de una evolución que parte desde un

---

<sup>614</sup> Accesible en <http://www.bbc.co.uk/otr/intext92-93/Blair4.7.93.html>

<sup>615</sup> VAN SWAANINGEN, R., *La política de seguridad ciudadana en Holanda: Traficando con el miedo*, en “Revista Española de Investigación Criminológica” (REIC), núm. 03, 2005, pág. 5.

concepto de prevención del delito hacia otra concepción de la seguridad pública basada en la tolerancia cero<sup>616</sup>. Además, curiosamente, esta tendencia se asimila a políticas progresistas, frente al tradicional carácter conservador de las políticas represivas. Se invocan razones de prevención general, pero realmente se está llevando a cabo una intervención proactiva sobre la idea de controles del riesgo. En este contexto, la protección de la violencia de género se plantea como una evolución o necesidad de índole cultural<sup>617</sup>. De hecho, más que como una lucha por controlar la delincuencia, se plantea como una cuestión sistémica, de ahí la necesidad de la intervención institucional<sup>618</sup>.

Pero en todo este planteamiento falta un elemento esencial: los medios de comunicación. Éstos representan la correa de transmisión necesaria para comunicar e, inclusive, crear la necesidad social. Así, el poder político no crea el problema. El problema existe y antecede a la solución política. Sin

---

<sup>616</sup> *Vid.*, sobre concepción autoritaria del Derecho penal, BARATTA, A., *La Politica criminale e il Diritto penale della Costituzione, Nuove riflessioni sul modello integrato delle Scienze penali. Dei delitti e delle pene*, III, editorial Giapichelli, Torino, 1998, pág. 37. Cfr., respecto de las normas de Derecho penal del enemigo, en que los destinatarios no son considerados ciudadanos sino tratados como enemigos, JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*. 2ª ed., editorial Civitas, Madrid, 2006.

<sup>617</sup> Recogemos parcialmente las reflexiones de la Vicepresidenta primera del Gobierno de España, Carmen Calvo, en su artículo para el periódico El País, de fecha 20 de junio de 2019: “La lucha contra la violencia género no sólo es penal, policial o asistencial. Es ante todo una lucha ética y, por tanto, cultural. Esta lucha contra la violencia de género y el cambio en las reglas del juego para lograr una cultura de la igualdad es una responsabilidad que debe ser compartida por el conjunto de la sociedad: por las instituciones y administraciones, la sociedad civil y el sector privado. En este sentido, el papel de los medios de comunicación y la educación en igualdad son determinantes...”. Disponible en [https://elpais.com/sociedad/2019/06/19/actualidad/1560939191\\_047130.html](https://elpais.com/sociedad/2019/06/19/actualidad/1560939191_047130.html)

<sup>618</sup> En España, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, aprobado en el año 2017 y con un ámbito de aplicación para el quinquenio 2017-2022.

embargo, es el legislador quien, por motivos de oportunidad, decide poner fin al mismo en un momento determinado y, tanto para omitir su inacción anterior como para destacar su buen hacer actual, requiere del auxilio de los *mass media* para difundir su doctrina. Antes bien, interesa la ausencia de discrepancia, la falta de crítica, no sea que alguien dude sobre la bonanza de su intención y sobre la falta de medios con los que realmente se aborda un problema tan grave como olvidado. Al menos, permítasenos al respecto el desarrollo del debate intelectual.

Existe una paradoja entre la alarma manifestada por los responsables políticos en relación a la VG y las percepciones subjetivas de los ciudadanos. Si los ciudadanos no aprecian la relevancia del problema ¿acaso es porque están desinformados? ¿o son los medios de comunicación<sup>619</sup> los que, con su sobreinformación, crean la inquietud y justifican la demanda? Con esa campaña de información mediática se infunde a las mujeres la percepción del riesgo a que están sometidas, por el mero hecho de su condición sexual; y a los hombres, la percepción de poder cometer semejantes delitos. Con lo cual, además de la información, se traslada una sensación de recelo o amenaza.

Paralelamente, la focalización ha permitido sacar a flote un problema subyacente en nuestra sociedad (muy real, en definitiva) que, tal vez —o no— hubiera ido desapareciendo con el tiempo. Las mujeres ya no necesitan el

---

<sup>619</sup> BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., *op. cit.*, pág. 94: “En consecuencia, la particular posición de los medios de comunicación consiste en contribuir a institucionalizar, otorgándole una notable resonancia, una determinada representación sobre estas materias, que logra afirmarse en la medida en que resulta consonante con una cierta percepción social, asentada de algún modo en la realidad de la criminalidad”.

permiso paterno o conyugal para firmar un contrato de trabajo, ni para abrir una cuenta bancaria y pueden acceder, en condiciones de igualdad, a cualquier puesto de trabajo, público o privado. La igualdad entre ambos sexos está reconocida en todo el ordenamiento jurídico, pero es innegable que el ámbito doméstico acoge importantes manifestaciones de violencia y no sólo hacia la mujer, sino sobre cualquiera de los miembros de una unidad familiar.

No discutimos la existencia del fenómeno, si siquiera la tradicional concepción masculina de la sociedad, lo que solicitamos es poder analizar y concluir en libertad si, pese a la bondad de los fines, los medios empleados han sido adecuados para el contexto actual y eficaces con los fines perseguidos; y si, con este proceder, hemos sido justos como sociedad con el resto de víctimas de la violencia doméstica.

### **III.- El delito de quebrantamiento como infracción de deber y delito de desobediencia**

Para apreciar la concurrencia del delito de quebrantamiento, la jurisprudencia –mayor y menor– suele hacer un fuerte hincapié en el acto formal del requerimiento, lo que motiva que abordemos esta cuestión en distintos momentos de nuestro trabajo y, específicamente, en su último capítulo. arbitrariedad judicial.

La importancia de semejante apercibimiento formal es la acreditación, sin género de duda, de la conciencia de la prohibición que le afecta, dado el carácter eminentemente doloso del delito de quebrantamiento. Se preconstituye<sup>620</sup> de esta forma la prueba por la desobediencia a la resolución judicial como elemento objetivo del tipo, la cual debe existir obviamente y encontrarse vigente en el momento en que se incumple la pena impuesta. La diferencia entre prueba anticipada y prueba preconstituida es muy sutil<sup>621</sup>, máxime cuando los efectos procesales resultan idénticos: excepcionar la regla

---

<sup>620</sup> La SAP de Murcia, Sección Tercera, núm. 528/2018, de 27 de diciembre (ECLI:ES: APMU:2018:2827) califica como prueba anticipada la liquidación y requerimiento de cumplimiento de la pena de alejamiento y prohibición de comunicación practicada al condenado. De ahí –añadimos nosotros– la conveniencia (y necesidad *ex art.* 448 LECrim.) que se realice con asistencia letrada y que se incorpore digitalmente al expediente electrónico, bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia.

<sup>621</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, M.V., *Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada*, en “Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, año LXIX, núm. 2180, 2015, pág. 18.

general que sólo la practicada en el juicio oral, bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con la observancia de los principios de contradicción y publicidad (STS, Sala Segunda, núm. 374/2019, de 23 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2679), puede entenderse como prueba. Su validez está reconocida tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 446, 448, 449, 657 y 730 LECrim.) como por la mejor doctrina<sup>622</sup> y jurisprudencia, siempre que se garantice el derecho de defensa y contradicción.

Afirma la AP de Tarragona de 29 de marzo de 2017 (EDJ 2017/81230): “la omisión del trámite judicial de requerimiento hace que el delito no resulte imputable pues el investigado no tuvo conciencia de que la prohibición de aproximación y comunicación estuviera vigente, desapareciendo así el elemento subjetivo del injusto típico en cuestión”. La redacción judicial no es la más afortunada, dado que parece vincular el acto formal con la acreditación de la intención dolosa del delincuente y, por el contrario, la concurrencia de ésta es susceptible de ser demostrada por cualquier medio probatorio, no obstante la omisión del trámite.

Lo fundamental no es el requerimiento. Éste sólo es un medio para un fin. En palabras de la SAP de Granada de 18 de mayo de 2015 (EDJ 2015/160766): “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

---

<sup>622</sup> PESQUEIRA ZAMORA, M.J., *La suspensión de los juicios orales. Especial atención a sus causas y tratamiento procesal*, editorial Bosch, Barcelona, 2015, pág. 54. También GUZMÁN FLUJA, V.C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 185.

autos y que el acusado conocía perfectamente esta circunstancia y el significado de esa pena y sus consecuencias (cual resulta de la anotación de aquella condena en el registro del SIRAJ<sup>623</sup> y de las propias manifestaciones del acusado refrendada por los agentes de Policía que testificaron en juicio)”.

Cuando analizamos el delito de quebrantamiento, la primera idea que acude a nuestra mente es la transgresión de una prohibición. Ya aparezca como condena, como medida cautelar o como pena adicional, lo cierto es que quebranta aquel que no respeta la orden emanada de la autoridad judicial, por la cual se le ha conminado al cumplimiento de ciertas obligaciones. Ya sabemos que, en general, existe la obligación de no causar daño (*alterum non laedere*); pero en el tipo penal que nos ocupa este principio no es suficiente y hay un elemento adicional: una previa resolución judicial que impone un deber específico a una persona individualmente considerada. En otras palabras, una orden *ad hoc*. De ahí que realizar el tipo implique un aumento del contenido del desvalor de la conducta.

---

<sup>623</sup> No estamos de acuerdo en reconocer eficacia probatoria a la anotación realizada por el LAJ en SIRAJ. No deja de ser un mero registro, muy útil para coordinar la Administración de Justicia con el Ministerio del Interior; pero sin que podamos reconocerle mayor virtualidad. En este sentido, con mejor criterio, la SAP Murcia de 14 de febrero de 2012 (EDJ 2012/18012) señala que la copia del Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ) (es) absolutamente insuficiente para cumplir con los requisitos de acreditación del elemento normativo, en general, en cuanto no permite asegurar la actualización de los datos. Pero es que, además, parece una exigencia elemental, en un delito cuyo presupuesto es el incumplimiento de una resolución judicial, la debida constancia documental de esta resolución, sin limitarse a su extracto en un Registro público. Sobre todo, porque este Registro no especifica las condiciones temporales de adopción de la medida supuestamente quebrantada, siempre temporal y que admite, obviamente, fórmulas muy diversas de imposición.



La categoría doctrinal de los llamados delitos de infracción de deber, en la formulación del escrito de habilitación de ROXIN de 1963<sup>624</sup>, se define por la inobservancia de un comportamiento positivo<sup>625</sup> que le ha sido impuesto. Este mandato puede ser genérico, como los deberes que un progenitor asume con sus descendientes por el mero hecho de serlo; pero también, como ocurre en el caso del delito de quebrantamiento, la exigencia puede ser individualizada a una sola persona. En ambos casos, lo verdaderamente importante es la transgresión producida y no la finalidad pretendida.

Esta objetivación de la protección normativa aparece justificada por la importancia y trascendencia del bien jurídico protegido. Así, en el ejemplo de los delitos cometidos frente a los deberes familiares, resulta evidente que los menores de edad dependen de sus padres para todos los aspectos de la vida, cuanto más en las etapas más tempranas. No debe extrañarnos, por tanto, que la comunidad política refuerce tales obligaciones con la amenaza de imposición de sanciones penales. Tampoco puede sorprendernos, siguiendo esta misma línea, la represión penal de aquellos comportamientos que desobedecen la orden judicial de la que son destinatarios individualmente.

---

<sup>624</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber*, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al prof. Günter Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 276.

<sup>625</sup> NAVAS MONDACA, I., *Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal*, en “Política criminal, Revista electrónica semestral de políticas públicas en materiales penales”, vol. 10, núm. 20, Universidad de Talca, Chile, 2015, págs. 679-680: en puridad, en su estructura el delito puede ser visto en todo caso como la infracción de un deber, ya sea porque el obligado infringe el “deber hacer” impuesto por la norma de conducta al no cumplir con el comportamiento que ella fija o porque vulnera, por un lado, un deber de no dañar a otro (deber negativo) o, por otro, uno de no colaborar en la mejora un ámbito de organización ajeno (deber positivo).

Los diferentes tipos penales aparecen definidos como una relación de prohibiciones a las que todos estamos sometidos, con la amenaza de sufrir un grave castigo, en forma de restricción de derechos y libertades, en caso de contravención. No obstante, este catálogo es compatible con delitos como el de quebrantamiento, donde el sujeto es castigado por no acatar una orden, es decir, por no cumplir con aquello que le había sido ordenado, no por violentar lo que le había sido prohibido.

El delito de quebrantamiento se sitúa en la propia base del ordenamiento punitivo porque de nada sirve el dictado de una sentencia condenatoria, tras un proceso público y con todas las garantías, si después ésta queda al arbitrio del obligado a su cumplimiento. Por tanto, no sólo se obliga al condenado a cumplir su condena, sino que resulta merecedor de un castigo adicional por un quebranto que pone en entredicho todo el sistema<sup>626</sup>. Y es que el sometido a esta obligación –que es personalísima– debe cumplirla por sí mismo, y sólo de esta manera podrá liberarse de ella.

Atinadamente se ha destacado<sup>627</sup> que, para que la sociedad no sólo exista de modo imaginario sino realmente, sus normas han de tener vigencia (...) por el contrario, una norma puede tener vigencia cuando es infringida;

---

<sup>626</sup> GONZÁLEZ RIVERO, P., *Imputación jurídico-penal en situaciones de defecto*, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.) *op. cit.*, pág. 304: “La exclusión de la responsabilidad debe suponer una excepción pues si no dicho quebrantamiento en el sistema normativo supondría un retroceso de nuestra sociedad al estado natural”.

<sup>627</sup> JAKOBS, G., *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *op. cit.*, pág. 54, ha sentado las bases de una propuesta de la responsabilidad penal bajo la distinción entre infracción de deberes negativos e infracción de deberes positivos con extraordinarias consecuencias para la dogmática penal. *Vid.* NAVAS MONDACA, I., *op.cit.*, pág. 680.

más aún, que el quebrantamiento de la norma sea entendido como quebrantamiento de la norma y no como algo indiferente demuestra a su vez ya la vigencia de la norma: una norma rige mientras a grandes rasgos pueda seguirse como válida y el quebrantamiento de la norma no; dicho de otro modo, mientras ella, y no el quebrantamiento de la norma, configure la estructura de la sociedad.

Estamos, pues, ante un deber<sup>628</sup> específico, donde lo verdaderamente relevante es la obligación en sí y la protección del bien jurídico “Administración de Justicia”, no su forma de comisión. Como hemos analizado anteriormente, lo habitual serán las formas de comisión positivas (aproximándose a la víctima, enviándole mensajes de texto, evadiéndose del establecimiento penitenciario); pero el art. 468.3 CP también recoge un supuesto exclusivamente omisivo (“no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento”<sup>629</sup>). No importa tanto el medio comisivo u omisivo, sino la trascendencia que el bien protegido tiene en el delito de quebrantamiento.

---

<sup>628</sup> PERDOMO TORRES, J.F., *Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad*, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *op. cit.*, págs. 256-257: “La posición que aquí se sostiene es aquella que define la vinculación en derecho penal a través de deberes, y por consiguiente a la persona como su portador; estos deberes, y este es uno de los grandes aportes del profesor JAKOBS, deben surgir directamente de las necesidades de la sociedad y, por ende, corresponder con aquellos valores que precisamente ella establece”.

<sup>629</sup> En el supuesto más frecuente, el del sujeto que inutiliza el control mediante la no recarga del dispositivo telemático de control, se trataría más propiamente de un supuesto de comisión por omisión, dado que la persona sujeta a localización se ha convertido, por orden judicial, en garante de su correcto funcionamiento (salvo causas extraordinarias o imprevisibles).

En el caso del art. 468.3 CP se presentan una serie de matices que nos lleva a plantearnos, incluso, si es correcta su ubicación sistemática dentro del delito de quebrantamiento. En su conducta típica no hay una omisión pura, sino una comisión por omisión, ya que el sujeto a control electrónico está a cargo (*garante*) del correcto funcionamiento del sistema, para lo cual tan sólo debe realizar unas sencillas operaciones de mantenimiento sobre el dispositivo, que hoy en día se consideran cotidianas y al alcance de cualquiera. Estos delitos consisten en “la no evitación de una lesión de un bien jurídico cuya vulneración está solo protegida frente a acciones positivas”<sup>630</sup>. En otras palabras, quien no impide que el aparato quede inútil por no recargar su energía, está causando directamente su no funcionamiento y, por lo tanto, su inacción se valora exactamente igual que si golpeará el dispositivo con un objeto contundente hasta romperlo.

La manipulación del dispositivo electrónico tiene como efecto directo que el sujeto deje de estar sometido a control y, por tanto, su paradero pasa a ser ignorado. De esta forma, puede alejarse del lugar en el que ha sido confinado o, aún más grave, puede intentar acercarse a la víctima protegida con semejante medida. Pero el desperfecto del aparato no es, en sí, ningún ataque a la víctima, si no entra en la *zona de exclusión*, más allá de la perturbación que le puede producir los diferentes avisos comunicados desde el centro COMETA. Por tanto, por encima de la decisión del legislador, semejante modo de proceder ¿es realmente un quebrantamiento o es una

---

<sup>630</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E. , *op. cit.*, pág. 534.

desobediencia?<sup>631</sup>.

La introducción del nuevo art. 468.3 CP aparece motivada –según la Exposición de Motivos XXII de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo<sup>632</sup>– por los 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.

Sin embargo, la Circular FGE 6/2011 no aporta soluciones *de lege ferenda* y apuesta por calificar estos comportamientos como delito de desobediencia, siempre y cuando se haya practicado el acto formal de requerimiento y se haya apercibido expresamente al sujeto de las consecuencias legales de su incumplimiento. Ésta ha sido, por lo demás, la doctrina jurisprudencial<sup>633</sup> asentada para entender cometido el delito de

---

<sup>631</sup> GALDEANO SANTAMARÍA, A., *Medidas cautelares en violencia de género: servicio de guardia*, Ponencia, 2013, pág. 17. La Fiscal Decana en materia de violencia de género de Madrid afirma que “hasta que entre en vigor la reforma, el delito a imputar es el de desobediencia, así se ha estado calificando durante muchos años en Madrid y así se ha acordado en las conclusiones del año 2012 de los Delegados Fiscales de Violencia de Género”. Disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/277968/Ponencia+Ana+Galdeano+Santamar%C3%ADa.pdf/70f8dc86-c5e0-89b3-44b0-49565352e06d?version=1.0>

<sup>632</sup> B.O.E. núm. 77/2015, de 31 de marzo

<sup>633</sup> STS, Sala Segunda, núm. 459/2019, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:2997),

desobediencia por parte de particulares. Ya hemos analizado que semejante requisito formal no es exigible para apreciar la concurrencia del delito de quebrantamiento.

Aunque el legislador no justifica su decisión de política criminal, lo cierto es que la misma puede fundamentarse en que partimos de la base que la instalación del dispositivo electrónico de control no precisa el consentimiento del sometido a tal instrumento, a diferencia de la víctima, que sí debe admitirlo<sup>634</sup>. En el delito de desobediencia no hay referencia alguna a una víctima distinta de la propia autoridad (a quien no puede calificarse como tal), puesto que no existe un vínculo con la violencia doméstica como el que justifica el art. 468.2 CP. Podría argüirse que los dispositivos electrónicos también existen en el ámbito penitenciario; sin embargo, en éste, las consecuencias de la manipulación de estos mecanismos de control no es la deducción de un testimonio para la investigación de la comisión de un delito de quebrantamiento, sino la pérdida de beneficios penitenciarios.

---

pág. 126: “En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento”.

<sup>634</sup> Conclusiones del XIV Seminario de los Delegados Fiscales de Violencia de Género, celebrado en Segovia, los días 13 y 14 de octubre de 2018, pág. 28.

Por otro lado, los Fiscales se están refiriendo a los supuestos de instalación de los arts. 48.4, 37.4 y 106.1 a) CP y 64.3 LIVG. Queda excluido el supuesto penitenciario, previsto en el art. 86.4 del Reglamento, que sí es voluntario para el interno, aunque supedita su paso al régimen abierto lo que, sin entrar en grandes disquisiciones, es sustancialmente más favorable para el penado.

Por su parte, la ubicación de ambas figuras delictivas obedece a los distintos bienes jurídicos protegidos<sup>635</sup> por cada una de ellas, lo que nos proporciona una pista definitiva sobre su correcta ubicación sistemática. En el Título XX, como ya sabemos, se protege la autoridad judicial ínsita en la obediencia de sus resoluciones; en el Capítulo II del Título XXII (“delitos contra el orden público”), se protege la autoridad de aquellos que garantizan el correcto funcionamiento de los servicios y funciones públicas.<sup>636</sup>

Por tanto, la diferencia fundamental radica que el delito de quebrantamiento preexiste un mandato dictado por una autoridad judicial y dirigido *ex profeso* a una determinada persona. Y, en cambio, en el delito del art. 556 CP, la orden no procede de un juez, aunque también sea individualizada. Esto provoca que ambos delitos protejan intereses distintos donde, a nuestro entender, se produce una identificación del comportamiento descrito en el apartado 3 del art. 468 CP con el delito de quebrantamiento. La decisión legislativa sería pues correcta, desde un punto de vista sistemático,

---

<sup>635</sup> STS, Sala Segunda, núm. 108/2015, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:5088) FD Cuarto: para el delito de desobediencia, “el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas”.

<sup>636</sup> Más extensamente, QUINTERO OLIVARES, G., *De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. II., 7.<sup>a</sup> ed., editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 1767-1789: “necesidad de respetar el funcionamiento pleno de la Administración pública representada por sus agentes, a través de los cuales esa Administración presta un continuado servicio a la comunidad, cuya viabilidad depende, entre otras cosas, de que su acción sea respetada por la ciudadanía, que es la que resulta colectivamente perjudicada cuando se ataca, impide o perturba la actuación de los representantes de la función pública”.

dado el ámbito judicial en el que tiene lugar la adopción de la medida de control telemático y las consecuencias también jurisdiccionales que se anudan a su vigilancia y cumplimiento.

#### **IV.- Causas de exclusión de la culpabilidad**

Para que pueda ser declarado culpable quien ha cometido un hecho típico y antijurídico, también deben concurrir una serie de factores que afecten a su personalidad y que justifiquen la imposición de una pena. Con este argumento, es posible cometer un hecho típico y antijurídico (un delito, en definitiva) y, sin embargo, no ser responsable penalmente. Surge, de esta manera, la noción de culpabilidad la cual se configura, junto a la tipicidad y a la antijuricidad, como un tercer concepto cuya concurrencia es necesaria para que proceda la imposición de una sanción penal. De hecho, la culpabilidad es el enlace entre el injusto y la pena porque no es justo sancionar penalmente de igual manera a quien, por ejemplo, tiene sus facultades mentales alteradas o a quien ha producido un daño intencionadamente o por mera negligencia.

Si en este trabajo hemos rechazado en varias ocasiones la posibilidad de legitimar un derecho penal de autor<sup>637</sup>; de igual manera, sin la presencia de

---

<sup>637</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 4ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 189: “Es objeto del reproche normativo de culpabilidad la realización del injusto típico: la culpabilidad no puede ser referida a la personalidad, al carácter o al modo de ser del autor, sino exclusivamente a las conductas típicas por él realizadas”.



culpabilidad, podríamos asistir a un derecho penal del acto o del hecho<sup>638</sup>, esto es, un derecho penal que no valorara las circunstancias personales individuales de cada autor, como si todas las personas fuésemos iguales. Y no nos referimos exclusivamente a las circunstancias físicas e intelectivas de cada uno, sino inclusive a su formación, a su situación socioeconómica y familiar y, en general, a todas aquellas circunstancias que el Código penal no<sup>639</sup> puede reflejar cuando relaciona –en condiciones de perfecta igualdad– los diferentes tipos penales.

Así, “en el análisis del hecho concreto la intervención del autor no puede quedar reducida a su vinculación personal con el hecho, ni siquiera tan sólo a su imputabilidad ni a su conciencia del injusto ni a la exigibilidad concreta de si le era al momento de actuar otra conducta. (...) es necesaria una categoría para el análisis de todo lo subjetivo vinculado con la persona misma. A la constatación del injusto personal, debe seguir un momento para contestar a la pregunta de por qué se ha de hacer responsable por el injusto que ha cometido a la persona que se ha sindicado como autor o partícipe de ella”<sup>640</sup>.

---

<sup>638</sup> CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, editorial Bosch, Barcelona, 1977, págs. 18 y ss.: “Debe señalarse que la culpabilidad por el hecho suele no presentarse en forma pura. Las legislaciones suelen contemplar conceptos que la distorsionan como habitualidad o reincidencia que son propias de una culpabilidad de autor vinculada a un positivismo de defensa social”.

En cualquier caso, debemos partir del hecho cometido y, posteriormente, examinar las circunstancias personales del infractor. Para POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, pág. 192, “la culpabilidad es responsabilidad por comisión de acto típico y antijurídico”.

<sup>639</sup> Art. 4.3 CP: “rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley”.

<sup>640</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad*, en “Revista de Derecho (Valdivia)”, vol. 18., n.º 2, Universidad Austral de Chile, 2005, págs. 167-185. Recuperado de <https://www.revistaderechovaldivia.cl/>

Bajo el manto de la noción de culpabilidad, subyace el principio de proporcionalidad de la pena, toda vez que aquélla es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en caso de operar esa vinculación, proyectarse desde la teoría del delito como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede filtrarse sobre éste<sup>641</sup>; en tal sentido, un concepto que no puede ser desconocido.

Quien comete un delito de quebrantamiento es culpable porque, pudiendo actuar de otro modo, es decir, pudiendo acomodarse a lo que le había sido ordenado, no lo hizo (pese al efecto llamada de las normas, a que alude ROXIN), defraudando las expectativas del resto de los miembros de la comunidad que sí cumplen con las normas. No es capaz de autodeterminarse (motivarse, en expresión de JAKOBS) conforme a la norma. Estas teorías olvidan, sin embargo, que existen muchos supuestos de delincuencia en los cuales los sujetos son plenamente conscientes de las normas y se guían con arreglo a las mismas; sin embargo, por una cuestión de coste/beneficio, prefieren asumir el riesgo de la sanción.

La culpabilidad se sitúa fuera de la acción o, en mejores términos, del injusto típico. De ahí que podamos cometer un delito y, al mismo tiempo, no ser culpables. Ésta es la mejor prueba que estamos ante un concepto independiente y con un contenido propio, por más que aparezca siempre

---

[index.php/revde/article/view/747](http://index.php/revde/article/view/747).

<sup>641</sup> ZAFFARONI, E.R., *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., editorial EDIAR, Buenos Aires, 2002, pág. 654.

referido a un “hecho concreto, típico y antijurídico”<sup>642</sup>. Asistimos, pues, a una suerte de proceso donde de la antijuricidad y la tipicidad pasamos a la culpabilidad, de suerte que si no hay injusto típico ni siquiera entramos a valorar si el sujeto es responsable penalmente y, de igual manera, la culpabilidad deberá referirse a ese hecho concreto, típicamente injusto, objeto de análisis.

Esta culpabilidad revistirá la forma de dolo o culpa (art. 5 CP); en lógica consecuencia, se excluye la responsabilidad objetiva. Ahora bien, el dolo y la culpa no derivan del principio de culpabilidad, sino que deben reconducirse a la noción de riesgo protegido o, en otras palabras, a la exclusiva protección de bienes jurídicos. En este punto, ¿cuál es el contenido del principio de culpabilidad? Pues todas aquellas cuestiones que no se refieren al hecho, sino a la persona misma, y que fundamentan la imposición de la pena y la cuantía de ésta. De lo contrario, constatado el acaecimiento prohibido y siendo éste susceptible de ser imputado a un sujeto individualizado, poco más habría que demostrar desde el punto de vista causal.

Presupuesto esencial de la culpabilidad, sin el que no puede formularse el juicio de atribución de responsabilidad personal, es la imputabilidad que determina la capacidad de culpabilidad: es imputable quien tiene idoneidad para responder de la realización del injusto típico, en la medida en que puede comprender el sentido de la norma y autodeterminarse conforme al mismo<sup>643</sup>.

---

<sup>642</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La culpabilidad*, editorial Indepac, México D.F., 2002, pág. 29.

<sup>643</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 183, señala que la imputabilidad

La imputabilidad comprende la capacidad intelectual o de poder conocer la trascendencia de los actos comprendidos en la norma; y también la volitiva, que no es sino la capacidad de adoptar libremente sus decisiones, de autodeterminarse, en definitiva. Ambas capacidades se presumen una vez alcanzada la mayoría de edad<sup>644</sup>, completándose el normal desarrollo de la personalidad humana.

De hecho, existen causas excluyentes de la imputabilidad, es decir, aquellas que “niegan la capacidad de culpabilidad por las condiciones psicológicas del sujeto en el momento de la realización de la conducta que quebranta la norma”<sup>645</sup>. Aparecen relacionadas en el artículo 20 CP, en sus tres primeros números: anomalía psíquica (art. 20.1º CP, párrafo primero), en sus modalidades tanto patológica como no patológica; trastorno mental transitorio<sup>646</sup> (art. 20.1º CP, párrafo segundo); la intoxicación plena y el

---

constituye presupuesto de culpabilidad y su esencia es constituida por la capacidad del sujeto de motivar su conducta en la ley penal: en definitiva, sólo el imputable podrá ser declarado culpable de la comisión del injusto típico y sancionado con una pena; el inimputable no puede ser sancionado con una pena, sino con una medida de seguridad en función de su peligrosidad criminal (pp. 184-185).

<sup>644</sup> Art. 19 CP: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

<sup>645</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 195: “El sistema legal vigente sigue el criterio de las teorías mixtas bio-psico-normativas en la determinación de las causas de inimputabilidad. Estas formulas bio-psico-normativas valoran la relevancia que el déficit de estructura psíquica de base gnoseológica tiene en el sujeto a nivel de comprender el sentido de la norma y de actuar conforme a tal comprensión”.

<sup>646</sup> STS 869/2008, de 3 de diciembre: “la perturbación fugaz que constituye una de las características del trastorno mental transitorio puede manifestarse en una reacción vivencial anormal que puede ser tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto que le prive de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus

síndrome de abstinencia (art. 20.2º CP); la alteración de conciencia de la realidad por déficit sensorial (art. 20.3º CP); y, por último, la ya referida minoría de edad, la cual no deja de ser una anomalía<sup>647</sup> (nótese que no se incluye en la relación del art. 20 CP), porque un menor de 18 años y mayor de 14 puede ser perfectamente capaz psíquicamente para comprender la ilicitud de su comportamiento y dirigir su acción a la comisión del delito, al igual que un mayor de edad puede carecer de dicha capacidad; sin embargo, por una mera decisión de política criminal, los comprendidos en estas edades sólo pueden ser sometidos, en su caso, a la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>648</sup>; y ello por el único motivo que el legislador ha decidido que, en todos los casos (*iuris et de iure*), estos menores no tienen personalidad o madurez suficiente para poder valorar la trascendencia de una conducta criminal.

Como hemos anotado en otras ocasiones, resulta técnicamente complejo defender la concurrencia de algunas de las causas de inimputabilidad en las causas instruidas por delito de quebrantamiento, básicamente, porque partimos de una condena previa o de un requerimiento para el cumplimiento de una

---

libres determinaciones volitivas, despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier quehacer humano responsable”.

<sup>647</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>.J., *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores*, en “RECPC” 17-19, Universidad de Granada, 2015, pág. 25, afirma: “tal precepto no contiene ninguna causa eximente o, al menos, no en su sentido más propio, pues aunque ciertamente establece el mandato de que los menores de 18 años no respondan criminalmente con arreglo al CP, ello no supone una exención genérica y absoluta de responsabilidad penal (como sucede en todos y cada uno de los supuestos recogidos en el artículo 20), sino tan solo una remisión a otra Ley (que finalmente fue la LORPM) a la que tales menores quedan vinculados para responder penalmente de sus actos ilícitos”.

<sup>648</sup> B.O.E. núm. 11/2000, de 13 de enero.

medida cautelar que, de por sí, ya implican necesariamente la capacidad para comprender la ilicitud del hecho delictivo<sup>649</sup>. Por este motivo, preferimos centrar nuestro análisis en los actos *libera in causa*<sup>650</sup>, que sí pueden concurrir en la práctica forense de este tipo delictivo como, por ejemplo, cuando el sujeto se encuentra en estado de embriaguez o de intoxicación por consumo de sustancias estupefacientes, afectando a sus facultades mentales.

En efecto, si en el momento de la comisión del delito, el sujeto tiene sus facultades mentales por el consumo excesivo de alcohol o la injerencia de sustancias tóxicas, no actúa dolosamente si quebranta, dado que no es consciente del acto que realiza. O, en los términos antes empleados, el sujeto es inimputable, total<sup>651</sup> o parcialmente (art. 21.1º CP). El problema radica cuando el sujeto, intencionadamente (dolosamente), pretende situarse en dicho estado de involuntariedad absoluta para, aprovechándose de la eximente,

---

<sup>649</sup> PADILLA ALBA, H.R., *Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el Derecho penal español*, en “RECPC”, 03-04, 2001, señala: “el incapaz de culpabilidad no puede, desde la sistemática neoclásica, actuar dolosamente”.

<sup>650</sup> Tiene cabida gracias al art. 20.1º párrafo 2 : “El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”. La propia redacción del precepto (“propósito”) excluye la eximente en los casos de dolo eventual o imprudencia.

<sup>651</sup> STS 113/98 de 29 septiembre: “será completa cuando la intensidad de la reacción anómala produzca un estado semejante a la enajenación para lo que es preciso que la reacción psíquica venga acompañada de un trastorno de la conciencia que prive al sujeto de toda capacidad de valorar el contenido y las consecuencias de sus actos. Por ello se comprenden no solo ciertas personalidades que no tienen alterada su conciencia de modo estable, como los epilépticos y que reaccionan a estímulos exógenos de cierta importancia, sino también los estados emocionales o pasionales, derivados de un arrebato o una obcecación tan supertrofiados y de tal entidad y magnitud que determinan la supresión de las facultades intelectivas y volitivas”.

cometer el delito de quebrantamiento sin responsabilidad penal<sup>652</sup>. En este sentido, la STS, Sala Segunda, núm. 284/1995, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:1995:284), FD tercero, letra c), afirma que la doctrina de esta Sala ha venido exigiendo de manera constante para la aplicación de la completa exención no sólo el carácter pleno de la embriaguez, sino que su origen sea fortuito.

Una objeción que podemos oponer es que difícilmente resulta compatible quebrantar la pena con unas condiciones de incapacidad absoluta, partiendo desde un punto de vista físico, de ahí su escasa apreciación forense, al menos, como eximente (STS, Sala Segunda, núm. 539/2014, de 2 de julio, Rec. 11055/2013; SAP de Vizcaya, Sección 6ª, núm. 78/2011, de 9 de noviembre, Rec. 89/2010). Queremos decir que si alguien se encuentra tan afectado por el alcohol o la droga que no puede discernir, difícilmente podrá ejecutar lo necesario para poder quebrantar sin cometer delito. No olvidemos que no sólo es necesario la existencia de la clínica para poder apreciar la eximente, sino que debe poder apreciarse una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo (STS, Sala Segunda, núm. 856/2014, de

---

<sup>652</sup> HIRSCH, H.J., *Zur actio libera in causa*, en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, editorial Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 88 y ss., señala que en estos casos, el propio autor se utiliza a sí mismo como instrumento.

JAKOBS, G., *Die sogenannte actio libera in causa*. en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, editorial Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 106-107, advierte que “la denominación *actio libera in causa* sólo representa una metáfora porque la causa libre debe ser al mismo tiempo ya la acción, y todo lo que sigue sólo puede imputarse como consecuencia de dicha acción libre”.

ROXIN, C., *Observaciones sobre la “actio libera in causa”*, en “ADPCP”, tomo 41, nº 1, 1988, pág. 22, al respecto afirma: «El que se embriaga es, en cierto modo, un autor mediato, que utiliza su propia persona, en situación de incapacidad de culpabilidad, como mediador del hecho, no diferenciándose, en principio, del que se sirve de otra persona incapaz de culpabilidad para la ejecución del delito».

26 de diciembre, Rec. 10569/2014, FD Séptimo).

El juicio de reproche de la culpabilidad requiere el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido. Si el sujeto ignora que su proceder está prohibido, no obstante ser típica y antijurídica, no puede autodeterminarse con arreglo a dicha prohibición y, por tanto, será un comportamiento no culpable<sup>653</sup>. En palabras de la STS núm. 696/2008, de 29 de octubre (EDJ 2008/217204), “es un error sobre la culpabilidad o capacidad de reproche. El sujeto concernido ignora que está ejecutando la acción antijurídica”.

Se ha señalado<sup>654</sup> que “tanto las causas de inimputabilidad como de exculpación son causas de inexigibilidad, es decir, supuestos expresamente reconocidos en la ley en los que el Estado no está legitimado para exigir responsabilidad al individuo en concreto. De esta manera, los supuestos de inexigibilidad, pueden ser agrupados dentro de tres categorías: una primera categoría de inexigibilidad en la que se contemplarían los supuestos en que la distribución de recursos naturales ha sido desigual, es decir, supuestos de inexigibilidad por falta de salud psíquica y física y de madurez mental; una segunda en que la causa de inexigibilidad vendría planteada al individuo en concreto por no haber interiorizado los valores del sistema social, y una tercera en que la inexigibilidad vendría dada por las circunstancias fácticas

---

<sup>653</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 200: “La posibilidad-de-actuar-de-otro-modo a como el sujeto lo hizo presupone la existencia de la capacidad de motivación de la conducta en la norma y decae cuando falta la exigibilidad jurídica de dicha motivación normativa del acto por causas que excluyen la responsabilidad personal del autor a título de culpabilidad penal, entre ellas: estado de necesidad exculpante, la ausencia de dolo y culpa, el miedo insuperable y la no adecuación social de la conducta”.

<sup>654</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *op. cit.*, pág. 183.



concretas del individuo en el momento de la comisión del hecho”.

El estado de necesidad (art. 20.5º CP)<sup>655</sup> puede ser objetivo, cuando el conflicto se produce entre bienes jurídicos distintos, de suerte que el de menor valor cede en favor del bien superior; mientras que el estado de necesidad subjetivo afronta la alternativa de acciones lesivas de bienes jurídicos de igual valor<sup>656</sup>.

Cuando se trata de bienes jurídicos de desigual valor, lo decisivo será, sin embargo, no la relación jerárquica de bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social<sup>657</sup>. La comparación de bienes o intereses (que debe ofrecer una marcada diferencia) no autoriza, sin embargo, la realización de acciones que afecten bienes individuales. Por ello, en estos supuestos, no estaríamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de justificación (y, por tanto, excluyente de la antijuricidad). Conforme a esta tesis, si el bien sacrificado y

---

<sup>655</sup> El art. 20.5ª del Código penal establece que está exento de responsabilidad criminal “el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

<sup>656</sup> *Ibidem*.

<sup>657</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, pág. 379. Y añade el requisito de la adecuación social: “La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en el estado de necesidad, debe constituir un medio adecuado socialmente para la resolución del conflicto. En otras palabras: la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses”.

el que es salvado tiene igual valor y relevancia social, la norma carece de efectos motivadores y, por consiguiente, el sujeto no tiene capacidad para actuar de otro modo. Si estamos ante la inexigibilidad de otra conducta, se trata de una causa de inculpabilidad.

En cuanto al miedo insuperable (art. 20.6° CP), éste, en esencia, nos permite asumir las consecuencias expuestas para el estado de necesidad exculpante (el Código penal de 1995 introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10° del Código Penal derogado) porque concurre la misma comparativa entre el mal causado y el que se trata de evitar<sup>658</sup>. Lo que varía es el origen de su iniciativa –el miedo, entendido como una amenaza real, seria e inminente–, pero el análisis posterior es idéntico. Por otro lado, partimos de la base que el miedo no es de tal naturaleza que no afecta a la propia imputabilidad del sujeto, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa, sino un temor a que ocurra algo no deseado, desde la perspectiva del hombre medio<sup>659</sup>. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable<sup>660</sup>. De no concurrir este elemento (insuperable) no se podría apreciar la eximente completa, sin perjuicio de su apreciación como incompleta (art. 21.1° CP) si, existiendo cierta presión, podría haber tenido

---

<sup>658</sup> De hecho, suelen analizarse conjuntamente. Por todas, STS, Sala Segunda, núm. 505/2001, de 30 de marzo, Rec. 2321/1999

<sup>659</sup> SAP de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 69/2020, de 30 de junio, Rec. 398/2019

<sup>660</sup> STS, Sala Segunda, núm. 211/2018, de 3 de mayo, Rec. 1576/2017, FD Primero.2.

lugar un distinto comportamiento.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, núm. 8/2020, de 9 enero, Rec. 2823/2019, referida al estado de necesidad, pero extensible igualmente al miedo insuperable, aborda los presupuestos procesales que deben concurrir para poder apreciar la eximente o la atenuante en cuestión. Al respecto la Jurisprudencia es clara.

Como señala la STS 38/2019, de 30 de enero de 2019, con cita de la STS 467/2015, de 20 de julio de 2015: “Deberá recordarse que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SSTS 138/2002 de 8.2, 716/2002 de 22.4, 1527/2003 de 17.11, 1348/2004 de 29.11, 369/2006 de 23.3). En efecto, las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS 1477/2003, de 29.12). En definitiva, para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio “in dubio pro reo”. La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos

constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal (SSTS 701/2008, de 29.10, y 708/2014, de 6.11)”.

Por último, debemos abordar el estudio del error de prohibición y su relevancia en el marco del delito de quebrantamiento, que es elevada, siquiera sea como argumento habitual esgrimido por las defensas.

Lo primero que se advierte en la presente materia es que la mayor parte de la jurisprudencia<sup>661</sup> excluye el error de prohibición, si bien con matices. Los tribunales niegan que el consentimiento de la víctima o la falta de oposición de ésta a que el sometido a una pena o medida de aproximación se acerque a ella pueda excluir la punibilidad del art. 468.2 CP; sin embargo, ello no es óbice para valorar en cada caso si ese consentimiento pudo crear en el sujeto la creencia errónea –e invencible, al no estar prevista la comisión imprudente– sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

Y la respuesta, en la mayoría de los casos, suele ser negativa<sup>662</sup>, por varias razones: la primera, y más importante, es que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por la misma autoridad que las dictó u otra superior; pero, evidentemente, nunca por las partes afectadas

---

<sup>661</sup> Por todas, STS, Sala 2ª, núm. 748/2018, de 14 de febrero de 2019 (EDJ 2019/508722).

<sup>662</sup> La STS núm. 539/2014, de 2 de julio (EDJ 2014/106323), recuerda que el error en derecho penal viene a ser la foto en “negativo” del dolo. Si el dolo supone el conocimiento de los elementos que dan lugar al tipo penal y el consentimiento en la actuación del agente, es decir, el actor sabe y quiere lo que hace, el error supone una falta de conocimiento que resulta relevante a la hora de efectuar el juicio de reproche porque el agente no sabía lo que hacía o ignoraba la naturaleza penal de lo que hacía. Por ello, el error puede afectar bien al conocimiento o bien al consentimiento y ello da lugar a dos tipos de error: error de tipo y error de prohibición.

por sus disposiciones. Esto es un hecho notorio y no puede ser objeto de discusión. Los enjuiciados no pueden alegar desconocimiento en relación a la misma. En segundo lugar, porque los órganos judiciales adoptan toda una serie de prevenciones para evitar esta alegación, señaladamente, el requerimiento expreso y la notificación de la resolución con su correspondiente apercibimiento. Y, en último término, la inexistencia de una resolución posterior que deje sin efecto o modifique la prohibición. Todo ello unido al asesoramiento que el condenado o investigado tiene a su alcance.

El error de prohibición<sup>663</sup> consiste en el conocimiento equivocado sobre la ilicitud de la conducta; por tanto, no excluye el dolo, sino la exigencia de conocimiento de la significación antijurídica de la conducta. Esta es la diferencia con el llamado error de tipo –aps. 1 y 2 del art. 14 CP– que, al recaer sobre la falta de conocimiento o conocimiento equivocado sobre los elementos del tipo, sí excluye el dolo. El error de prohibición afecta a la conciencia de la ilicitud y, con ella, a la culpabilidad.

La jurisprudencia del TS es constante y reiterada<sup>664</sup>: el error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuricidad<sup>665</sup> como

---

<sup>663</sup> Art. 14.3 CP: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

<sup>664</sup> SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre (EDJ 1997/8539); 601/2005, de 10 de mayo (EDJ 2005/83558); 865/2005, de 24 de junio (EDJ 2005/119226); 181/2007, de 7 de marzo (EDJ 2007/16962); 753/2007, de 2 de octubre (EDJ 2007/175238); 353/2013, de 19 de abril (EDJ 2013/55885); 816/2014, de 24 de noviembre (EDJ 2014/216381); 813/2016, de 28 de octubre (EDJ 2016/196199).

<sup>665</sup> La conciencia de antijuricidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni

elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho. Si falta esta conciencia porque el autor actuó creyendo que su conducta no estaba prohibida o porque concurría alguna causa de justificación que permitía su modo de proceder; no merece la sanción penal si el error era invencible o una atenuación de la pena, si se considera vencible. En cualquier caso, tanto para apreciar el error como para valorar la vencibilidad del mismo, la autoridad judicial deberá valorar las circunstancias objetivas del hecho y las subjetivas del autor.

En ningún caso cabe confundir el error de prohibición con el simple encuentro casual o fortuito, en todo caso, no buscado ni perseguido, pues en este tipo de incidentes se descarta la responsabilidad penal por ausencia del elemento subjetivo de injusto<sup>666</sup>. No puede haber sanción cuando el sujeto carece de conciencia y voluntad de quebrantar la prohibición impuesta, ni siquiera a título de dolo eventual, en tanto que sí puede imputársele el delito cuando –por ejemplo– frecuenta<sup>667</sup> espacios tales como mercados, locales de restauración o tiendas habitualmente visitados por la víctima con la esperanza

---

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 prohíben el comportamiento que se realiza. STS, Sala 2ª, núm. 670/2015, de 30 de octubre (EDJ 2015/209866).

<sup>666</sup> En cualquier caso, será el sometido a la medida precautoria quien deba abandonar inmediatamente la estancia, como mejor prueba de su ausencia de voluntad en quebrantar.

<sup>667</sup> Por ello, en la parte dispositiva de los autos de alejamiento suele aparecer la siguiente redacción: “se prohíbe a XXX acercarse a menos de XXX metros de XXXX, de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella”. La redacción no es casual y es una nueva muestra de las prevenciones que, en materia de violencia de género y familiar, se han adoptado por las autoridades judiciales en el ánimo de limitar las posibles excusas de los enjuiciados.

de tener un encuentro “casual” con ella.

Esta última cuestión nos conduce a un tercer aspecto: la exigibilidad de un comportamiento distinto. Dado que el heroísmo no es exigible, habrá que estar al caso concreto: circunstancias personales del autor y objetivas que rodean el comportamiento para valorar si era posible otro modo de proceder, siquiera incómodo, en evitación del juicio de culpabilidad.





## **CAPÍTULO VIII**

### **LA PUNIBILIDAD**



## I.- Penas y medidas cautelares

El propio texto del artículo 468 CP exige un examen de esta materia, orientado no tanto a analizar las consecuencias penológicas derivadas de la comisión del delito cuanto a determinar los presupuestos necesarios para apreciar la concurrencia del mismo. Nuestro propio enunciado ya apunta que la singularidad del precepto recae en la equiparación de una serie de prohibiciones que, en esencia, presentan una naturaleza diversa. Así, no debería resultar indiferente quebrantar una pena impuesta por una sentencia condenatoria firme, tras un proceso desarrollado con todas sus garantías procesales y la posibilidad de impugnación ante una autoridad superior; que transgredir una medida cautelar de naturaleza penal, adoptada en una fase inicial, de instrucción, con unos medios probatorios todavía –por definición– indiciarios<sup>668</sup>.

De hecho, podría defenderse que la asimilación del quebrantamiento de una medida cautelar al delito de quebrantamiento de condena, desvirtúan el propio sentido y finalidad de la misma. Desde el punto de vista del mayor desvalor que el quebrantamiento implica sobre la mera desobediencia, podría

---

<sup>668</sup> 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 castigo. Citado por CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, editorial Dykinson, Madrid, 2018, pág. 65.

argüirse que esta figura penal, bastante arraigada en nuestro ordenamiento punitivo, resulta suficiente para abarcar tales comportamientos que, en definitiva, no son más que una falta de acatamiento a la autoridad judicial. Sin embargo, una vez más, el legislador habría querido reforzar la posición de la víctima de violencia de género y doméstica y, paralelamente, incriminar con la mayor gravedad posible al sujeto infractor.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esta posibilidad: ni las penas impuestas son más graves (la desobediencia también contempla la prisión de hasta un año) ni el delito del art. 556 CP abarca todo el desvalor de la conducta enjuiciada relativa a quien, apercibido expresamente, infringe una prohibición judicial y –cuanto menos– pone en peligro el bien jurídico protegido: la integridad moral y física de la víctima.

Y, si atendemos a los antecedentes del tipo delictivo, observamos cómo en su redacción originaria del año 1995, el precepto contenía un solo párrafo cuyo contenido coincide con el apartado primero actual. Por su parte, el número 2 del artículo 468 fue redactado por el artículo 40 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 diciembre) y, más tarde, ampliado por el apartado centésimo trigésimo quinto del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE de 23 junio) a fin de introducir el quebrantamiento de la libertad vigilada<sup>669</sup>.

---

<sup>669</sup> Señala su Preámbulo IV que “la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo

Por último, el número 3 del artículo 468 ha sido introducido recientemente por el número doscientos treinta y tres del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Pese a que se trata de una reforma de Código bastante amplia, y que el párrafo en sí no alude ni se circunscribe exclusivamente a la violencia familiar y sobre la mujer, a nadie escapa que el legislador está orientando su actuación hacia esta materia y así lo confiesa en su Preámbulo XXII cuando afirma que, “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”.

De esta suerte podemos cerrar un círculo que justifica la propia denominación de nuestro trabajo de tesis porque, si puede argüirse que en el texto de 1995 el legislador contemplaba el delito de quebrantamiento de

---

se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa”. Esta exigencia de expresa tipicidad es la que justifica la modificación del apartado segundo del art. 468 CP.

condena *per se*, tras las reformas apuntadas, no cabe la posibilidad de negar que el tipo ha ido evolucionando (algunos dirían que distorsionando) para adaptarlo a las nuevas necesidades sociales que, en definitiva, pasan irremediablemente por la nueva preocupación –prioritaria– de la violencia sobre la mujer y el resto de integrantes de la unidad familiar, hasta el punto que, veinte años después de su inicial redacción, y por mor de sucesivas ampliaciones en su contenido, el artículo 468 ha pasado de ser uno de los delitos que, con mayor frecuencia son objeto de instrucción y enjuiciamiento, especialmente, en el ámbito de la violencia sobre la mujer.

Del tenor literal del artículo 468 CP (*condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*), incluidos los medios telemáticos del art. 468.3 CP, vamos a centrarnos en las medidas cautelares, dado que el resto se abordan en otras partes del trabajo.

Según la teoría general, las medidas cautelares pueden ser definidas como los actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso penal. A diferencia de las previstas en el código procesal civil<sup>670</sup>, en el orden jurisdiccional penal resulte indiscutible la existencia de una enumeración taxativa<sup>671</sup>. Sus características son:

---

<sup>670</sup> Que recogen un supuesto de *numerus apertus*. Art. 727.11<sup>a</sup> LEC: “Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”.

<sup>671</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Notas sobre las líneas de reforma de las medidas cautelares personales y de evitación de delitos en el proceso penal*, en “Justicia: Revista de derecho procesal”, editorial J.M<sup>a</sup>. Bosch, n.º 1, 2015, págs. 143-196.

a) Su existencia sólo se concibe durante la pendencia de un proceso penal<sup>672</sup>.

b) Pueden ser decretadas de oficio –salvo la prisión provisional– o a instancia de parte, en cualquier momento durante la tramitación del proceso.

c) Tienen un carácter provisional, es decir, pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, siempre y cuando varíen los presupuestos que justificaron su adopción<sup>673</sup>.

A lo que podríamos añadir la necesidad de que respeten el principio de proporcionalidad o, en otras palabras, no procede adoptar estas medidas cuando se puedan sustituir por otras que, siendo igualmente eficaces, resulten menos perjudiciales para el encausado<sup>674</sup>. Para su adopción, son necesarios tres presupuestos:

1. *Fumus boni iuris*: existencia de un hecho que revista las características de infracción penal del que además exista una persona que aparezca como presuntamente responsable. El Proyecto de Código procesal

---

<sup>672</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, editorial Civitas, Madrid, 2012, pág. 559.

<sup>673</sup> La STC núm. 16/2012, de 13 de febrero (B.O.E. núm. 61/2012, de 12 de marzo), declara la necesidad de alzar las medidas cautelares adoptadas una vez dictada la sentencia absolutoria, no obstante ser la misma susceptible de recurso. FD 5: “Y es incuestionable que el momento en que se procede por el Juez al pronunciamiento de una Sentencia absolutoria representa un acontecimiento relevante en el proceso, al desaparecer en principio los indicios inculpativos contra el acusado, por lo que la consecuencia lógica ha de ser el levantamiento de la expresada medida de protección, máxime cuando dicha medida afecta a derechos y libertades del imputado también constitucionalmente protegidos”.

<sup>674</sup> MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 270-271.

Penal de 2015, en su art. 148.1.II señala que “La apariencia de buen derecho de las medidas de aseguramiento de los pronunciamientos penales se derivará de la consistencia de los indicios contra el encausado y, en su caso, del fundamento jurídico del nexo entre la imputación y la consecuencia cuyo aseguramientos se solicita”.

2. *Periculum in mora*: que se pueda temer que con la conducta del imputado se obstaculizará o impedirá el desarrollo normal del proceso.

3. Resolución judicial: la función cautelar forma parte de la función jurisdiccional. Con ella “no se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto, pero instrumental a ambos, cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto, como las actuaciones materiales, podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada, y las otras realizadas, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno”<sup>675</sup>.

Es decir, las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la buena marcha del procedimiento y la eficacia de la resolución final que se dicte. No obstante, en el ámbito de la violencia de género y doméstica su finalidad va más allá del mero aseguramiento del proceso y de la sentencia. Dichas medidas en este ámbito van dirigidas fundamentalmente a proteger a la víctima que pueda hallarse en una situación de riesgo (el riesgo de eventuales reiteraciones es especialmente significativo precisamente por provenir de

---

<sup>675</sup> VECINA CIFUENTES, J., *La potestad cautelar: contenido y límites*, CEJ, Madrid, 2004, pág. 78.



sujetos muy cercanos a la víctima que pertenecen o han pertenecido a su ámbito familiar o afectivo).

Pues bien, tratándose de violencia de sobre la mujer esa función de protección de la víctima se concreta en:

*a)* La regulación que de las medidas cautelares realiza la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- \* Medidas del art. 13 L.E.Cr.
- \* Orden de detención del art. 487 L.E.Cr.
- \* Medida de alejamiento del art. 544.bis L.E.Cr.
- \* Orden de protección del art. 544.ter L.E.Cr.
- \* Prisión preventiva (arts. 502 y ss. L.E.Cr.)

*b)* Las medidas del art. 158 del Código Civil

*c)* Finalmente, en las medidas previstas en el Capítulo IV de la L.O. 1/2004 (arts. 61 a 69), bajo la rúbrica de “Medidas judiciales de protección y seguridad de la víctima”.

\* La salida obligatoria del inculcado del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar (art. 64.1).

\* Prohibición de que el inculcado pueda volver a dicho domicilio (art. 64.1).

\* Autorización de la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar (art. 64.2).

\* El alejamiento o prohibición de aproximación a la persona protegida (art. 64.3).

- \* La suspensión de las comunicaciones (art. 64.5)
- \* La suspensión de la patria potestad o de la custodia de los menores (art. 65).
- \* La suspensión del régimen de visitas a favor del inculpado (art. 66).
- \* La suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas (art. 67).

Esta dispersión ha sido criticada desde el punto de vista de la técnica legislativa. Tras la entrada en vigor de la L.O. 1/2004, nuestro ordenamiento jurídico contempla tres niveles de protección de las víctimas:

- a)* Uno general, al amparo de los arts. 13 (para cualquier tipo de delitos) y 544.bis L.E.Cr. (en relación con las víctimas en general de determinados delitos);
- b)* Un segundo nivel de protección reforzada para las víctimas de violencia doméstica conforme art. 544.ter L.E.Cr.; y
- c)* Un tercer nivel de máxima tutela que añade a las anteriores la L.O. 1/2004 (aplicable únicamente a las víctimas de violencia de género y no a otras víctimas de la violencia doméstica).

De entre todas ellas, la medida estrella es la prohibición de aproximación, la cual resulta prácticamente inevitable en caso que la autoridad judicial adopte algún tipo de medida de protección.

El alejamiento entre victimario y víctima está configurado en nuestro ordenamiento penal no sólo como medida cautelar, sino también como pena

accesoria impropia (art. 57 CP), como medida de seguridad (art. 105.g CP); como condición para la suspensión de la pena impuesta en sentencia condenatoria (art. 83.1, 1.º y 1º bis CP); como condición para llevar a cabo la sustitución de la pena privativa de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88 CP) y como una de las reglas de conducta para el mantenimiento del beneficio de la libertad condicional (90.2 CP).

Su fundamento como medida cautelar encuentra su explicación en la Exposición de Motivos de la Ley 14/1999, señalándose que “persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima” por medio del “distanciamiento físico entre agresor y víctima”<sup>676</sup>. Por ello, resulta imprescindible que la resolución que adopte dicha medida contenga expresamente la distancia (en metros) que debe respetar como mínimo el victimario, y así se exige como campo de obligatorio cumplimiento en SIRAJ. Esta distancia resulta fundamental para que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del estado puedan velar por el correcto cumplimiento de la prohibición.

Por otro lado, la prohibición de acercamiento es eminentemente personal, pero debe entenderse asimismo asimilable<sup>677</sup> a la residencia habitual

---

<sup>676</sup> No en vano, las medidas de alejamiento han sido definidas como “medidas cautelares que persiguen el distanciamiento físico del agresor y la víctima con la finalidad de reducir el riesgo de reiteración delictiva”: MONTALBÁN HUERTAS, I., *Órdenes de alejamiento*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada”, nº 4, 2001, pág. 487.

<sup>677</sup> SAP de Barcelona, de 23 de octubre de 2014 (EDJ 2014/256786), estima el recurso de apelación en cuanto no procede la imposición de la pena de prohibición de comunicación “la única pena accesoria preceptiva es la prohibición de aproximación (art.

o aquellos lugares y establecimientos que suele frecuentar la víctima. Precisamente, esa misma familiaridad a la que hemos hecho referencia, determina que el agresor conozca sobradamente los hábitos de vida de la víctima y que, por tanto, le sea exigible la mayor diligencia para que evite estos lugares que, evidentemente, no pueden ser enumerados en la resolución judicial.

Ya advertimos que, prácticamente, resulta imposible el establecimiento de una medida de alejamiento u orden de protección que no contenga la prohibición de aproximación; pero también integra el delito de quebrantamiento el resto de medidas cautelares salvo, a mi entender, las de naturaleza exclusivamente civil, como el impago de pensión de alimentos o el incumplimiento de régimen de visitas, que pueden tener repercusión penal, pero no ya dentro del tipo del art. 468 CP.

Cabe destacar que, en numerosas ocasiones, las medidas cautelares pueden tener una duración excesiva en el tiempo, ya que, mientras no sean expresamente dejadas sin efecto, continúan en vigor. La práctica de numerosos juzgados, singularmente, aquellos que no son Juzgados de Violencia sobre la Mujer y que, habitualmente, no cuentan con los importantes medios que tales órganos pueden disfrutar; es el mantenimiento de las medidas hasta la celebración del juicio, lo cual puede tener lugar muchos meses –e, inclusive, algún año– después de su adopción. Si tenemos en cuenta que la pena de aproximación puede ser grave (art. 33.2 letra i), si es superior a

---

57.2 CP) por lo que para imponer, además, la prohibición de comunicación se precisa una específica motivación”, FD 2 *in fine*.

cinco años; menos grave (art. 33.3 letra h), si el período de la privación de derechos abarca de seis meses hasta cinco años; y, por último, leve (art. 33.4 letra e), de uno a seis meses); no resulta difícil imaginar supuestos en que, por una excesivamente lenta tramitación judicial, la pena de alejamiento impuesta ya haya sido cumplida por el reo con anterioridad a su declaración de firmeza.

Una última cuestión, ya apuntada con la STC 16/2012, de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:2012:16), es la necesidad de adaptar estas medidas de protección a las necesidades de la víctima y a las circunstancias del caso concreto. En efecto, no existen obstáculos para que, de forma motivada, tales medidas se adopten, modifiquen o queden sin efecto, en atención a los intereses en juego<sup>678</sup>. La idea es que, siempre que resulte necesario, la víctima no se encuentre nunca falta de protección<sup>679</sup>, lo cual resulta perfectamente compatible con que el sometido a tales medidas lo sea por tiempo imprescindible, por ser una decisión restrictiva de sus derechos.

---

<sup>678</sup> Dentro de los cuales se hallan, asimismo, los derechos de los investigados. En palabras del TC, pese a que tales prohibiciones puedan tener consecuencias adversas sobre la víctima o sobre terceros, no podemos perder la perspectiva de que la pena de prohibición de aproximación no se impone a la víctima sino exclusivamente al autor del hecho punible, siendo meridiana en este sentido la dicción del art. 48.2 CP (“La prohibición de aproximarse...impide al penado...”). STC núm. 60/2010, de 7 de octubre (BOE núm. 262/2010, de 29 de octubre), FD 4.

<sup>679</sup> En caso de sentencia condenatoria en primera instancia –no firme– debe exigirse un pronunciamiento expreso de la misma en relación con la vigencia de las medidas cautelares. Así lo prevé, con buen criterio, el art. 69 LO 1/2004: “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”. Una omisión de esta naturaleza podrá ser subsanada de oficio o a instancia de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, en los términos del art. 267 LOPJ, en relación con el art. 161 LECrim.

La falta de pronunciamiento o claridad en la resolución judicial puede provocar consecuencias no queridas, básicamente, la indebida imputación de un delito de quebrantamiento cuando tales medidas no se encontraban realmente en vigor. Mientras que, en caso de duda, habrá que optar por la atipicidad del comportamiento o, en palabras del Tribunal Constitucional: “la concurrencia de la situación típica de la que dimana la prohibición judicial de aproximación constituye el elemento específico de este delito, del que surge la prohibición de la conducta de acercamiento. La inexistencia del presupuesto típico hace decaer la relevancia penal del comportamiento”<sup>680</sup>.

Siendo un defecto atribuible directamente a la autoridad judicial aunque, insistimos, en este punto, las partes y la Fiscalía pueden realizar una labor de vigilancia y atención exigibles con arreglo a su capacidad profesional. Cabe aplicar el principio *in dubio pro reo* porque es evidente que “la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar en la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal (hecho aceptado por las propias resoluciones ahora impugnadas) conlleva la finalización de la vigencia de dicha medida en el momento en que tal Sentencia fue dictada”<sup>681</sup>.

Pero, más sencillo aun, una sentencia absolutoria hace decaer la presunción de gravedad del comportamiento y la necesidad de protección que la víctima que fundamenta la adopción de medidas de protección en favor de la misma, lo que conlleva necesariamente el alzamiento de las adoptadas y sin perjuicio que nuevos acontecimientos como, por ejemplo, una estimación del

---

<sup>680</sup> STC 16/2013, de 13 de febrero, FD 4.

<sup>681</sup> *Ibidem*.

recurso de apelación que declare culpable al enjuiciado, provoquen el establecimiento de nuevo de las mismas, en esta ocasión, ya como penas objeto de cumplimiento.

## II.- Medidas de seguridad: de la medida de libertad vigilada

La medida de libertad vigilada se encuentra regulada sustancialmente en el art. 106 CP, si bien también habría que analizar el Título IV (“De las medidas de seguridad”) del Libro I del Código penal en su integridad (arts. 95 a 108 CP) para averiguar todas aquellas circunstancias relevantes para esta figura y, en particular, las que podamos considerar íntimamente relacionadas con el delito de quebrantamiento.

La LO 5/2010 permite, por primera vez<sup>682</sup>, extender la condena al cumplimiento de una pena y también, de manera sucesiva, a la observancia de una medida de seguridad a los sujetos declarados imputables. El fundamento de esta novedad es, sin embargo, tan antiguo, prácticamente, como la propia ciencia penal: la peligrosidad criminal del delincuente, generalmente, por la valoración que la autoridad judicial pueda realizar de la naturaleza del hecho cometido; aunque lo idóneo sería apoyarse en un específico perfil sobre la personalidad del delincuente.

Y es que no podemos perder la perspectiva que, en estos momentos, se admite la imposición de medidas de seguridad –que, tradicionalmente, eran

---

<sup>682</sup> Hasta el momento, el derecho penal español partía de la base de que los delincuentes imputables únicamente debían responder de acuerdo con su responsabilidad en el ilícito penal cometido a través de la imposición de una pena, sin que fuera posible imponer una nueva sanción o incrementar la sanción impuesta, con alguna excepción (como la reincidencia): SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, editorial Aranzadi, Navarra, Introducción, 2015.



objeto de aplicación sólo a no imputables o semiimputables– a personas que no ofrecen duda alguna en cuanto a su imputabilidad. Entonces, ¿por qué ahora resulta procedente esta doble imposición?

La respuesta no puede limitarse a una simple enumeración de factores pero, a nuestro entender, encaja bastante bien en lo que se ha venido en denominar derecho penal de la seguridad<sup>683</sup> y que, en definitiva, no es más que una evolución de la política criminal hacia una restricción más acusada de derechos y libertades a cambio de ofrecer una –imposible, por lo demás– sensación de seguridad a la ciudadanía.

En efecto, ya hemos referenciado suficientemente a lo largo de nuestro trabajo<sup>684</sup> la evolución actual hacia un derecho penal del enemigo, sus riesgos e inconvenientes, y las dudas que suscita el hecho que, más allá del afán propagandístico, tales sacrificios sobre las garantías pueden desembocar en beneficios reales para las víctimas.

En nuestros días, y en otros órdenes jurisdiccionales (básicamente, en el civil-mercantil) estamos asistiendo a una suerte de creación jurisprudencial del Derecho muy alejada a la tradición romanista de nuestro ordenamiento. Cuestiones como la abusividad de las cláusulas contractuales presentes en los

---

<sup>683</sup> Vid. Díez Ripollés, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, RECPC 06-03, 2004, pág. 17: “En el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito”. Disponible en internet <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

<sup>684</sup> Singularmente, en los Capítulos II y III.

contratos de préstamo bancarios, la nulidad y sustitución de los tipos de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios o la ineficacia de productos financieros como las tarjetas de compra *revolving*; son ejemplos más que evidentes de que algo nuevo está pasando. Ahora, en nuestro tiempo, son los jueces quienes suspenden la vigencia de contratos y deciden establecer consecuencias tan radicales como la nulidad contractual sin esperar el pronunciamiento de las altas instancias<sup>685</sup>. De esta forma, fuerzan al legislativo a modificar la legislación, so pena de quedar retratados ante la opinión pública.

Sin embargo, este planteamiento no es posible en el ordenamiento penal. Los jueces no llevan a cabo interpretaciones extensivas de las normas sancionadoras, lo cual no significa que quien tiene en su poder diseñar la política criminal no esté sometido a presiones de ciertos grupos, potenciados por unos medios de comunicación y unas redes sociales más ideologizadas que en otros momentos.

Estamos hablando, en definitiva, de la interrelación entre Derecho penal y Política Criminal a que aludía VON LISZT, entendida ésta última como “el contenido sistemático de principios –garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena–, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas

---

<sup>685</sup> La STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo, Recurso 485/2012, declara la nulidad de las cláusulas suelo introducidas en una gran mayoría de los préstamos hipotecarios suscritos por las entidades bancarias, lo que produjo unas consecuencias económicas tremendas para el sector.

de ejecución<sup>686</sup>”. O, si se prefiere, desde otro punto de vista, de un Derecho penal orientado hacia un fin<sup>687</sup>, determinado por el legislador. Ahora bien, ¿quién vigila al legislador? Pues en este contexto debemos situar la reforma del año 2010.

Las medidas de seguridad –advertimos– se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto y están orientadas a prevenir futuros delitos, lo que recuerda a la finalidad preventivo-especial de VON LISZT. En nuestros días, preferimos hablar de resocialización<sup>688</sup>, como principio reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 25.2 CE y 1 LOGP).

Penas y medidas comparten finalidades, pero parece que la dicotomía tenía más sentido cuando se refería a la noción de imputabilidad<sup>689</sup>, reservando éstas para quienes incurrían en supuestos de eximentes, completas o incompletas. En nuestros días, con la aplicación de medidas a sujetos que no adolecen de déficit psicológico alguno que le impida comprender el sentido de

---

<sup>686</sup> VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., editorial Reus, Madrid, 1999, pág. 62.

<sup>687</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, editorial Colex, Madrid, 2001, págs. 87-88: “La Política criminal está vinculada a la Política social de cada Estado, pues al ser misión del Estado social contener la delincuencia (prevención/fin), tiene que comprometerse en realizar políticas sociales que hagan disminuir los factores desencadenantes del delito”.

<sup>688</sup> También se habla de “crisis de la resocialización”: BERGALLI, R., *La crisis de la resocialización*, editorial Edersa, Madrid, 1979.

<sup>689</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal*, tomo II, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2019, pág. 183: la imputabilidad expresa la capacidad subjetiva de culpabilidad en función de las facultades psíquicas del autor de conocer y comprender la norma por él quebrantada; es imputable quien tiene idoneidad para responder de la realización del injusto típico, en la medida en que puede comprender el sentido de la norma y autodeterminarse conforme al mismo.

la norma o de determinarse conforme a esa comprensión<sup>690</sup>.

La idea es simple: reforzar el plan de reinserción del condenado, a través del cumplimiento de una serie de obligaciones, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma<sup>691</sup>.

La libertad vigilada es una medida de seguridad no privativa de libertad (artículo 96.3.3.<sup>a</sup> CP) que puede imponerse tanto a sujetos inimputables o semi-imputables como a sujetos imputables que hayan cometido determinados delitos. La medida consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones y prohibiciones que se contemplan en el artículo 106.1 CP por un periodo de tiempo que no podrá ser superior a 5 años [artículo 105.1.a) CP], aunque excepcionalmente frente a sujetos imputables su duración podrá llegar hasta los 10 años (artículos 192.1 y 579.3 CP).

Estas medidas<sup>692</sup> son:

---

<sup>690</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 184.

<sup>691</sup> Exposición de Motivos L.O. 5/2010, de 22 de junio (B.O.E. núm. 152/2010, de 23 de junio), ap. IV, que añade: “la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1)”.

<sup>692</sup> *Vid.*, para un pormenorizado análisis de estas medidas, SIERRA LÓPEZ, M<sup>a</sup>.V., *La medida de libertad vigilada*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 122 a 143.

*a)* La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

*b)* La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

*c)* La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

*d)* La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

*e)* La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

*f)* La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

*g)* La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

*h)* La prohibición de residir en determinados lugares.

*i)* La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

*j)* La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Si examinamos el contenido de estas limitaciones, en puridad, sólo las dos últimas ofrecen un contenido rehabilitador, acorde con la naturaleza de la medida de seguridad; no obstante, el art. 100.3 CP establece que “no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido”.

El nuevo artículo 106 en su segundo párrafo establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el juez o tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código<sup>693</sup>”. En materia de violencia de género/doméstica, sólo los arts. 156 *ter* (para las lesiones) y 173.2 (para el maltrato habitual) contemplan

---

<sup>693</sup> Con la reforma de 2010, sólo estaba prevista para delitos contra libertad e indemnidad sexuales (art. 192.1 CP) y terrorismo (art. 579.3 CP). La reforma de 2015 amplió estos supuestos. Sin embargo, no se contempla (VG/VD) ni para las amenazas, ni para las coacciones o el acoso (¿?).

Tampoco se trata de una idea original de quien suscribe. El Informe de expertos/as en VD y VG del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004 y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionadas, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan (enero-2011), interesaba la adición de un apartado 5<sup>a</sup> en el art. 106 CP del siguiente tenor literal:

“5. La medida de libertad vigilada se aplicará siempre y en cualquier caso en los delitos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los que se imponga pena de prisión, tanto si se suspende la pena como si no, a fin de que, por la vía del apartado 2º, párrafo segundo, se definan cuáles son las medidas de entre las comprendidas en el apartado 1º que se deberán imponer al penado en desarrollo de la imposición de la medida de libertad vigilada”.

esta posibilidad.

Y no puede extrañar esta previsión normativa. Si el fundamento de la medida denota peligrosidad criminal, la mayor protección hacia las víctimas de violencia de género/doméstica en derecho español, prácticamente, exige la posibilidad de dotar de semejante herramienta a la autoridad judicial; eso sí, siempre con carácter facultativo para el órgano sentenciador, ponderando la protección de la víctima<sup>694</sup> y la rehabilitación del culpable. Por otro lado, un importante sector doctrinal critica la falta de previsión por parte del legislador de un responsable de ejecución de la medida (agente de libertad vigilada) encargado de controlar que se cumplan las obligaciones y prohibiciones impuestas y de asistir y apoyar al sujeto sometido a la medida en su resocialización<sup>695</sup>.

Una cuestión muy singular e interesante es que, con arreglo al párrafo segundo del art. 106.2 CP, no resulta necesario concretar las medidas en la propia sentencia sino que, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, a fin de conseguir el efectivo cumplimiento sin solución de continuidad pena/medida<sup>696</sup>; el Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>697</sup>, por el

---

<sup>694</sup> El art. 98 CP concluye: “Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto”.

<sup>695</sup> SALAT PAISAL, M., *Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales*, en “Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña”, vol. 20, 2016, pág. 168 *in fine*. Disponible en <https://doi.org/10.17979/afdudc.2016.20.0.1920>.

<sup>696</sup> VICENS PONS, E., *Delito y enfermo mental*, en “Estudios de Derecho Judicial”, n.º 92, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 273: “La ejecución desordenada de penas y medidas por varios delitos y causas presenta también problemas desde el punto de vista del tratamiento

procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Tribunal sentenciador que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado.

Lo que no resulta opcional para el tribunal sentenciador es imponer la pena más alta prevista para el delito de quebrantamiento en el art. 468.2 CP (prisión de seis meses a un año), en el caso de inobservancia de la medida de libertad vigilada.

El art. 135 de la LO 5/2010, de 22 de junio, modificó el art. 468.2 para imponer igual pena a “aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”. Se ha señalado que “el legislador sustrae así la pena de multa del 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

---

médico. ha señalado que los cambios en los ciclos medida-pena-medida-pena obligan a un mayor compromiso al clínico asistencial para evaluar, en todo momento, la necesidad de tratamiento para que el “diagnóstico penal” no excluya al “diagnóstico clínico”. Continúa el autor indicando que el tratamiento, si es preciso, debe de prevalecer en todo momento.

*Vid.*, en este mismo sentido, artículo 23 Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas (BOE núm. 145/2011, de 18 de junio).

<sup>697</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, editorial Thomson-Civitas, 5ª ed., Madrid, 2011, pág. 334. Llama la atención sobre esa posición contraria a la ampliación de competencias de los juzgados de vigilancia e materia de ejecución de medidas (IX Reunión JVP), ampliación, a su juicio, acertada, porque la jurisdicción penitenciaria ofrece unas posibilidades de proximidad al justiciable que resultan por sí una garantía para prevenir abusos.



doméstica, con independencia del delito del que derive aquella”<sup>698</sup>.

No obstante, el legislador<sup>699</sup> ha querido reservar la imputación por quebrantamiento para el solo caso que el incumplimiento fuera grave. Esta falta de concreción legal acerca de cuándo debe deducirse testimonio por un presunto delito de quebrantamiento ha obligado a la Fiscalía a adoptar algunos criterios que doten de homogeneidad a su actuación<sup>700</sup>:

- Si el incumplimiento de la prohibición es aislado y no grave, el Juez o Tribunal podrá modificarla pero no procede la deducción de testimonio por un delito de quebrantamiento, dicha modificación estará sujeta al procedimiento contradictorio establecido en el art. 98 CP.

- Si se han incumplido las obligaciones reiteradamente o en incumplimiento aislado, por las circunstancias del hecho y las contextuales, se pudiera calificar de grave, el juez debe deducir testimonio por presunto delito de quebrantamiento y, lógicamente el Fiscal puede y deber pedir esa deducción en tales casos.

---

<sup>698</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *La reforma del delito de quebrantamiento de condena*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 497.

<sup>699</sup> Art. 106.4 CP: “*En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código*”. Literalmente, tal inobservancia no es óbice para que la medida permanezca inalterada.

*Vid.*, en este sentido, SIERRA LÓPEZ, M<sup>a</sup>.V., *op. cit.*, pág. 154, quien considera que, siempre que sea posible, deberá continuar ejecutándose.

<sup>700</sup> Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de violencia sobre la mujer celebradas en octubre de 2017 y aprobadas por el FGE.

- En todo caso, si la medida de prohibición de aproximación o de comunicación impuesta en el contexto de la libertad vigilada coincide en el tiempo de cumplimiento con la pena del art. 57 del CP, el condenado habrá incurrido en un delito de quebrantamiento de pena lo que deberá dar lugar ineludiblemente a la incoación de Diligencias Previas o Diligencias Urgentes, sin que ello impida la valoración que haya de hacerse de ese incumplimiento al amparo del art. 106.4 del CP.

En relación a este último criterio, se plantea la posible coincidencia entre la medida de seguridad y las penas accesorias de los arts. 57 y 48.2 CP y las obligaciones establecidas en el art. 83 CP para obtener la suspensión de la condena<sup>701</sup>. Singularmente, en caso de prohibiciones de aproximación y comunicación, que son obligatorias para la violencia de género conforme al art. 57.2 CP; pueden coincidir, esto es, no expulsa a la medida de libertad vigilada. A fin de evitar solapamientos, y puesto que las penas accesorias se cumplen de manera simultánea a la principal, deberán realizarse las liquidaciones de las penas impuestas con carácter previo a iniciar el cumplimiento de la medida de libertad vigilada.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado, en la STS de 11 de noviembre

---

<sup>701</sup> STS, Sala 2ª, núm. 608/2015, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4306), propone para el caso concreto imponer las penas accesorias de aproximación y comunicación con la víctima por el tiempo mínimo legalmente exigido al haberse cometido un delito grave, FD 2: “No obstante, teniendo en cuenta que se ha impuesto una medida de libertad vigilada que puede ser concretada en prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima y que se ejecutará finalizado el cumplimiento de la pena, no parece necesario imponer una pena con similar contenido más allá de lo legalmente imprescindible, por lo que procede su reducción al mínimo legal de un año superior a la duración de la pena privativa de libertad, con cumplimiento simultáneo con ésta”.

de 2014<sup>702</sup>, sobre la compatibilidad entre la suspensión de condena y la medida de libertad vigilada en un caso de abusos sexuales, dando respuesta a un recurso formulado por la Fiscalía en base a que el tribunal sentenciador no había impuesto la medida de libertad vigilada a un condenado por dos delitos de abuso a menores en base a la suspensión probable de las penas impuestas de un año por cada delito.

El TS estima el recurso del Ministerio Fiscal al entender que, para casos como analizado –delito contra la indemnidad sexual, cuando el condenado no es primario–, el art.192.1 CP impone obligatoriamente la libertad vigilada como consecuencia penal adicional a la pena de prisión. Ello con absoluta independencia de que la pena privativa de libertad que precede a la libertad vigilada sea susceptible de suspensión. Esto es, el TS hace compatible la suspensión de la pena privativa de libertad y el cumplimiento posterior de la medida de libertad vigilada en base a los siguientes argumentos: primero, la normativa y la jurisprudencia han determinado sobradamente que la suspensión de la condena es una forma de cumplimiento de la pena de prisión (STS 450/2012, de 12 de mayo; y SSTC 109/2013, de 6 de mayo o 152/2013, de 9 de octubre). Segundo, mientras que la pena privativa de libertad sí puede suspenderse, no sucede lo mismo con la medida de libertad vigilada. A su vez, una vez pasado el período de suspensión y producida la remisión definitiva de la condena, la libertad vigilada puede contribuir a contrarrestar la peligrosidad del interno que pudiera persistir. Finalmente, ni las medidas que se asocian a la suspensión de la condena, ni las consecuencias de su incumplimiento, son

---

<sup>702</sup> ECLI:ES:TS:2014:4716.

idénticas a las de la libertad vigilada.

No obstante, no deja de ser paradójico el otorgar la suspensión de una condena en base a la escasa capacidad delictiva del condenado –el art.80 CP habla específicamente de que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión de delitos futuros– y, a la vez, imponerle una medida de libertad vigilada para cuando finalice el período de remisión, justamente por su peligrosidad.

Por último, *de lege ferenda*, bajo la perspectiva de la violencia doméstica y de género, donde tantos sacrificios y tensiones se están realizando en pro de una mayor seguridad de las víctimas, resulta ineludible ampliar la posibilidad de aplicar la medida de libertad vigilada a los demás delitos contra la libertad y seguridad cometidos en ese ámbito, como amenazas, acoso y coacciones, siempre que se aprecie peligrosidad<sup>703</sup>. Y –recordemos– su cumplimiento debería iniciarse cuando finalice el cumplimiento de las medidas accesorias del art. 57 CP, que no tienen por qué coincidir con la finalización de la pena privativa de libertad, para evitar esos periodos intermedios que dejan a la víctima expuesta a nuevas agresiones.

---

<sup>703</sup> STSJ de Madrid, Sala Civil y Penal, de 22 de enero de 2019 (EDJ 2019/569783), FD Primero: “Y en todo caso, sea facultativa o imperativa –*a fortiori* en el primer caso–, la imposición de la medida ha de ser razonada –*ex art. 105 CP*– y delimitada, precisamente para poder juzgar sobre su proporcionalidad y, en su caso, sobre su necesidad, cuando ésta no venga establecida por la ley. En tal sentido, (...) STS 239/2018, de 23 de mayo (EDJ 2018/81121)”.

### III.- La reincidencia y la multirreincidencia

Los ciudadanos cumplen las normas, esperan que los demás las cumplan y, en el caso de que no lo hagan, esperan que se sancione a los infractores. Iniciamos este apartado, pues, desde una concepción funcional normativista de la sociedad, por cierto, la reiteración en el comportamiento delictivo y el incremento punitivo que ello lleva aparejado toca de lleno la configuración del Derecho penal del enemigo<sup>704</sup>.

Se trata de una cuestión no exenta de polémica, habida cuenta que existe una exigencia social de “mano dura” o “tolerancia cero”<sup>705</sup> hacia ese delincuente que, sin lograr reinsertarse (VON LISZT hablaba del delincuente reincidente no susceptible de corrección), delinque una y otra vez cuando circula libremente por la sociedad; en aparente oposición frontal al mandato constitucional de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE). Daría para mucho poder disertar sobre si esta sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía es real o si, por el contrario, se trata más bien de una situación

---

<sup>704</sup> JAKOBS, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, editorial Thomson, Madrid, 2004, págs. 44-45: “El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (...) o en su ocupación profesional (...) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta”.

<sup>705</sup> Jair Bolsonaro venció en las elecciones presidenciales de Brasil, celebradas el 28 de octubre de 2018, situando la seguridad pública en el centro de su campaña electoral. Su eslogan “prefiero una cárcel repleta de bandidos a un cementerio lleno de inocentes” se hizo célebre y, como advertimos, le abrió las puertas de la jefatura del gobierno.

creada artificialmente y alimentada por los medios de comunicación (así parece darlo a entender las diferentes estadísticas de criminalidad en nuestro país). Pero ya advertimos que es una polémica que escapa al alcance y las posibilidades de este trabajo.

La reincidencia aparece configurada en nuestro derecho penal como una circunstancia agravante. En el CP de 1973 aparecía regulada en el art. 10.15, con la siguiente redacción:

*“Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro, al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señala pena menor.*

*La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las Sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiese sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo”.*

El nuevo texto punitivo, mucho más técnico, regula la institución en el art. 22.8 CP<sup>706</sup> en los siguientes términos:

*“Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales*

---

<sup>706</sup> Redactada por el apartado catorce del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

*cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.*

*Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español<sup>707</sup>.*

Resulta más conveniente el texto moderno, al sustituir la apreciación del capítulo por el título, dada la presumible identidad del bien jurídico protegido dentro del mismo (un buen ejemplo de ello es el propio Título XX, contra la Administración de Justicia, con la salvedad del delito de quebrantamiento, como defenderemos); y, además, la exigencia de tal idéntica naturaleza evita cualquier posibilidad de producir efectos contraproducentes, en el hipotético caso que el Título en cuestión abarcase una diversidad de comportamientos delictivos que no permitiesen la extensión de la agravante.

Ambas exigencias, ubicación sistemática y naturaleza jurídica, resultan mucho más perfectas técnicamente que la referencia que el texto de 1973 realizaba a la pena impuesta y que daba pie a sentencias como la STS, Sala de lo Penal, Sección 1, de 22 de diciembre de 1993<sup>707</sup>, donde confirman la correcta aplicación de la agravante de reincidencia a quien ya había sido condenado ejecutoriamente por dos delitos de robo al tiempo de cometer el delito de estupro. Semejante concepción no resulta adecuada al verdadero sentido y finalidad de la agravante y de ahí la doble exigencia del actual texto penal.

Respecto a su redacción originaria (nos referimos a 1995), la reforma de

---

<sup>707</sup> ECLI:ES:TS:1993:9100.

2015 sólo actualiza su contenido<sup>708</sup>, para adecuarlo a la derogación del Título III y la aparición de los delitos leves cuyas condenas, pese a tener acceso al Registro de Penados (integrado en SIRAJ), no deben computar a efectos penológicos. De igual modo, y con idénticas reservas, se equiparan a estos efectos las condenas nacionales con las impuestas por otros Estados miembros conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI<sup>709</sup>.

Esta última previsión, la de equiparar sentencias nacionales con las de los demás Estados miembros de la UE resulta, incluso, superada por algunos preceptos de nuestro Código Penal. Así, ya desde la redacción originaria del texto sustantivo hoy vigente, en sus artículos 177 bis (de la trata de seres humanos)<sup>710</sup>, 190 (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores), 375 (delitos contra la salud pública), 388 (falsificación de moneda y efectos timbrados) y 580 (terrorismo); la equiparación va más allá de los tribunales de la UE y se aplica a cualquier país extranjero, no sólo comunitario, sin aparente restricción<sup>711</sup>.

---

<sup>708</sup> No podemos minusvalorar el sentido y alcance de la modificación legislativa. No obstante, con anterioridad a la misma, la jurisprudencia (AAP de Barcelona, de 17 de enero de 2012, EDJ 2012/21892), ya con anterioridad a la reforma, establecía que “nuestro Código Penal no ha previsto que una sentencia extranjera pueda tener efectos para revocar el beneficio de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, por lo que queda limitado a la apreciación de la agravante de reincidencia” (en la misma línea, AAP de Madrid, de 7 de diciembre de 2009, EDJ 2009/335798).

<sup>709</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015). Preámbulo VI. Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014).

<sup>710</sup> Novedad introducida por la LO 1/2015.

<sup>711</sup> De igual modo, como ha quedado apuntado, el CP de 1973 resultaba, a la vez, amplio al referirse a cualquier Tribunal extranjero; pero, a la vez, más restringido al quedar circunscrito a la “actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes”.



Sorprende la ausencia de toda justificación por parte del legislador de semejante innovación en nuestro ordenamiento penal; aunque dada la parquedad de la Exposición de Motivos del año 1995, tampoco puede resultar extraño. Pero lo cierto y verdad es que se trata de una verdadera novedad, que hubiera merecido algún comentario, sobre todo, por la elección de los tipos penales sobre los que se prevé la equiparación. Ciertamente, podemos colegir que son aquellos de mayor puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos<sup>712</sup>; pero no hubiera resultado superfluo justificar la no inclusión de otros supuestos, tales como los delitos de incendio, de estafa o los de naturaleza sexual. En general, cabe plantearse las razones por las que el legislador decide admitir la equiparación de condenas extranjeras a efectos de la agravante de reincidencia sólo como *numerus clausus* y no, en general, para cualquier delito, así como el juicio de constitucionalidad de ambos modelos.

En cualquier caso, cabe recordar que en el ámbito de la Unión Europea, ya regía (nos referimos al momento de la reforma del año 2015) la Ley 23/2014, de 20 de noviembre<sup>713</sup>, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Se trata de una norma que pone fin a la técnica legislativa de transposición mediante una ley nacional de las diferentes disposiciones comunitarias; singularmente, y en esta materia, nos referimos a

---

<sup>712</sup> Entendido como aquellos que se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social, como son la administración de justicia, la administración pública, la seguridad social, el orden socio-económico o el medio ambiente: SOTO NAVARRO, S., *La protección de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, editorial Comares, Granada, 2003, pág. 245.

<sup>713</sup> BOE núm. 282, de 21 de noviembre.

la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008<sup>714</sup>, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por la que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea; Decisiones Marco 2008/947/JAI y 2009/829/JAI; y, finalmente, la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre<sup>715</sup>, pionera en este ámbito, sobre la orden europea de protección.

Las disposiciones del Código penal no resultan incompatibles con los acuerdos internacionales suscritos por el Reino de España. En la actualidad, el más importante de ellos es el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, firmado el 19 de junio de 1990, al que España se adhirió en 1991<sup>716</sup>. Por su parte, el Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea vincula no sólo a los diferentes Estados firmantes sino, asimismo, a los Estados incorporados a la UE después del 1 de mayo de 2004<sup>717</sup>.

En lo que a este trabajo interesa, el artículo 54 del Convenio sienta el principio del *non bis in idem*, mejorado por la cláusula de salvaguarda del artículo 58 del mismo texto internacional: “las disposiciones anteriores no

---

<sup>714</sup> D.O.C.E. de 5 de diciembre de 2008. En su art. 3.1 dispone: “La presente Decisión Marco tiene por objeto establecer las normas con arreglo a las cuales un Estado miembro, para facilitar la reinserción social del condenado, reconocerá una sentencia y ejecutará la condena”.

<sup>715</sup> D.O.C.E. de 21 de diciembre de 2011.

<sup>716</sup> Entrada en vigor 1 de marzo de 1994.

<sup>717</sup> Art. 8: “A efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que el acervo de Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión”.

serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero”. Ambos preceptos, que se encuentran incorporados al título sexto del Tratado de la UE (previsiones del tercer pilar) resultan de singular importancia y, en este contexto, el artículo 58 estipula que las previsiones nacionales puedan ir más allá de las previsiones de Schengen sobre el *ne bis in idem*, procurando una protección más amplia<sup>718</sup>.

En definitiva, la agravante de reincidencia se aprecia cuando, a la fecha de la comisión del delito, el sujeto ya había sido condenado ejecutoriamente por otro delito de quebrantamiento de condena. Sin perjuicio de otras consecuencias jurídicas lesivas para el criminal, como la posible revocación del beneficio de suspensión de condena o la regresión de grado penitenciario, podemos realizar, al respecto, las siguientes precisiones.

¿Qué se entiende por condena ejecutoria<sup>719</sup>? Entendemos que la sentencia de condena ha de ser firme y, en consecuencia, ha de incoarse la correspondiente ejecutoria penal y requerir al condenado al cumplimiento de las penas impuestas<sup>720</sup>. Circunstancias todas ellas que no presentan mayor dificultad, habida consideración que no será hasta esa declaración de firmeza cuando la condena acceda al Registro de Penados y, por tanto, pueda de ser de

---

<sup>718</sup> VERVAELE, J., *El principio de non bis in idem en Europa*, Universidad de Castilla - La Mancha, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, 2006, pág. 14. Obtenido de la web <http://www.ciencias penales.net>.

<sup>719</sup> STC 185/2014, de 6 de noviembre (BOE núm. 293), FJ 7.

<sup>720</sup> La reincidencia no se puede identificar con la mera repetición de delitos. RODRIGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>., *Derecho penal, Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., editorial Carasa, Madrid, 1971, pág. 611.

conocimiento para el juzgado o tribunal que conozca de la causa quebrantada. Esta información habrá de ser valorada por la Fiscalía y, de existir, la acusación particular, en orden a la redacción de sus correspondientes escritos de acusación.

En cuanto a la necesidad que la condena anterior lo sea, necesariamente, por un delito de quebrantamiento, lo cierto es que el artículo 22.8º CP exige, literalmente, que se trate de “un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. A este respecto, ya sabemos que el delito de quebrantamiento de condena se encuentra encuadrado en el Capítulo VIII del Título XX, de los delitos contra la Administración de Justicia. No parece que la prevaricación, la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, el encubrimiento, la realización arbitraria del propio derecho, la acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos, el falso testimonio o la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional, así como los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional participen de la *misma naturaleza* que el delito de quebrantamiento de condena. Por consiguiente, sólo podrá apreciarse la agravante cuando la condena previa lo sea también por delito de quebrantamiento, eso sí, resultando indiferente que se trate de quebrantamiento de pena o de medida cautelar.

En relación a esta última afirmación, no existen dudas sobre su certeza, siempre que se trate de supuestos de violencia familiar o de género, recogidos en el art. 468.2 CP. Incluso no parece difícil extender estos efectos en el caso

del apartado 3 del mismo precepto. Sin embargo, en otros casos, cuesta admitir la concurrencia de la agravante, precisamente, por la necesidad de valorar ese concepto jurídico indeterminado en la misma naturaleza. En efecto, apreciar la agravante entre supuestos de condena ejecutoria, por ejemplo, por conducir con el permiso de conducir retirado y una fuga del centro de inserción social de un penado de segundo grado; o, en cualquier de estos supuestos, con un incumplimiento de la prohibición de comunicación con la víctima. Ciertamente, en todos estos casos, mucho menos frecuentes que la persistencia del victimario en una misma línea de ataque a idéntico bien jurídico; deben ser sancionados con la apreciación de la circunstancia agravante pero no podemos dejar de confesar que puede chirriar dado el diferente origen de los quebrantamientos. Sin embargo, no deja de ser una mera elucubración intelectual y, ante la concurrencia de identidad del precepto infringido –art. 468 CP–, debe estimarse la concurrencia de la agravación.

Tampoco se discute la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia, declarada por la STC 150/1991, de 4 de julio. Al igual que en Derecho comparado<sup>721</sup>, se trata de una cuestión que ha suscitado controversia doctrinal y jurisprudencial pero que, en nuestro tiempo, se considera

---

<sup>721</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, de 27 de mayo de 2014, folio 7: “La mayor gravedad en la sanción que el Código Penal atribuye a quien comete un nuevo delito habiendo cumplido efectivamente pena por un delito anterior puede explicarse como respuesta al mayor grado de culpabilidad que revelaría esa persona en la comisión del nuevo delito, en comparación con la que expresaría quien cometiera un hecho equivalente sin haber cumplido pena con anterioridad (...) el régimen de agravación por reincidencia no importaría una forma de castigo por el carácter o por lo que la persona es, ni respondería a un juicio sobre el proyecto de vida que ella ha querido realizar. Antes bien, la agravación reflejaría una evaluación e la responsabilidad personal del autor por la comisión del nuevo delito”.

*abbastanza* pacífica, si es que alguna materia no está ajena al debate y la discusión.

Como con precisión se ha señalado<sup>722</sup>, el fundamento de la agravante está claro y resulta indubitado, si lo estudiamos desde la perspectiva de la doctrina del derecho penal del enemigo: “el legislador concede un mayor desvalor de injusto a los hechos delictivos cometidos por un delincuente reincidente o habitual que al mismo hecho cometido por un delincuente principiante, ocasional, puntual o incidental. Y es normal que así sea (el subrayado es nuestro). ¿Por qué? Pues muy sencillo: (...) que el primero es enemigo, y el segundo es individuo (esto es, persona en Derecho que comete un desliz reparable, un error en forma de delito, pero no deja de respetar *sustancialmente* el estatus de los demás como personas)”.

Al igual que ocurre en otros sectores del ordenamiento punitivo, el juicio de mayor peligrosidad del delincuente<sup>723</sup> se traduce en el agravamiento de penas; y, en la presente agravante, en una suerte de presunción *iuris et de iure* de mayor peligrosidad, que conduce a sacar la culpabilidad fuera del tipo de injusto. Y decimos que no cabe prueba en contrario puesto que su apreciación es automática, a través de la información suministrada por la hoja de antecedentes penales, contra la cual el condenado no podrá alegar para obtener su no aplicación.

Como cualquier otra circunstancia agravante, se encuentra sometida al

---

<sup>722</sup> POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, editorial Bosch, Barcelona, 2009, página 201.

<sup>723</sup> En palabras del art. 80.2.1º CP: “la probabilidad de comisión de delitos futuros”.

instituto de la prescripción, de ahí que el Código penal hable de no apreciar la agravante en caso de cancelación. A tal efecto, tras el dictado del auto de procedimiento abreviado, el Ministerio Fiscal deberá contar con la hoja de antecedentes penales del sujeto para poder emitir su escrito de calificación<sup>724</sup> y valorar la concurrencia de circunstancias atenuantes o concurrentes. En principio, con esta certificación obtenida directamente por el Letrado de la Administración de Justicia –o personal de la oficina judicial en quien éste delegue– del Registro Central de Penados (integrado en SIRAJ) e incorporada a los autos, es más que suficiente para acreditar estas circunstancias; sin embargo, en caso de duda razonable o indicios de fallos en las inscripciones, cabe recurrir a la obtención de testimonios de las diferentes piezas de situación personal del acusado, supuesto ciertamente infrecuente en nuestros días<sup>725</sup>.

Como particularidad, cabe añadir que la jurisprudencia viene interpretando restrictivamente la reincidencia en el ámbito del artículo 10.1 *in fine* de la LORPM, que declara siempre como supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia. Conforme a semejante criterio jurisprudencial (que responde a la necesidad de no extender una medida excepcional<sup>726</sup>, como es la imposición obligatoria de la medida de

---

<sup>724</sup> Art. 650.4º LECrim. Véase también LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (BOE núm. 275, de 13 de noviembre).

<sup>725</sup> Y, no obstante lo anterior, objeto de valoración por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 80/1992, de 28 de mayo (BOE núm. 157, de 1 de julio), FJ 10.

<sup>726</sup> Excepcionalidad basada en la gravedad de los hechos por los que se declaró la responsabilidad penal en la sentencia precedente, y excepcionalidad respecto al régimen general establecido en los artículos 5.2, 7.3, 8 y 9 de la LORPM (FD Cuarto de la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2017, EDJ 2017/152170).

internamiento en régimen cerrado), no sólo debe concurrir la agravante sino que, además, debe exigirse que el delito precedente sea encuadrable en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 9.2 de la LORPM<sup>727</sup>.

Todas las conclusiones que venimos adquiriendo en torno a la naturaleza jurídica de la reincidencia, su fundamento y su relación con la concepción funcionalista del derecho penal del enemigo; son extrapolables aún más si cabe respecto de la noción de multirreincidencia. Se trata de una reiteración de conductas, normalmente próximas en el tiempo, que permiten prever una persistencia en la infracción criminal y, sobre todo, que denota un absoluto desprecio por las normas jurídicas y menoscaba la seguridad jurídica que fundamenta nuestra convivencia social. Todo ello, ya lo enfoquemos como una mayor gravedad del tipo de injusto o un ataque más profundo hacia los bienes jurídicos protegidos exigen un incremento del castigo y nos conducen, irremediabilmente, a la idea de enemigo, en el sentido antes apuntado.

A diferencia de la reincidencia, no se contempla como agravante específica, pero sí como circunstancia de cualificación del tipo básico,

---

<sup>727</sup> “2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.



agravándolo mediante la elevación en grado, si bien de forma facultativa para el órgano sentenciador. En el art. 66.1.5ª del CP<sup>728</sup> se prevé una agravante de multirreincidencia de forma genérica, al disponer: «Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo». Sin embargo, esta norma presenta algunas dificultades en su aplicación, algunas muy importantes<sup>729</sup>, así como la necesidad de coordinarla con los supuestos específicos recogidos como tipos cualificados a lo largo del texto legal, lo que motivó la intervención del Pleno del TS.

El supuesto que motivó la decisión del Alto Tribunal aparece representado por el artículo 235.1.7º CP, respecto del delito de hurto. Aunque de una interpretación del subtipo podría entenderse que comprende los delitos leves, el TS, partiendo de una interpretación sistemática de los arts. 22.8º y 66.1.5ª del CP, los excluye a la hora de justificar este salto penológico. Junto a este argumento, una toma en consideración de los delitos leves infringiría, a

---

<sup>728</sup> Un conciso e interesante resumen de la evolución histórico-legislativa de esta figura dentro del código, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia*, en “Anuario de derecho penal y ciencias penales”, Ministerio de Justicia, tomo 25, fasc. 2, 1972, págs. 289 a 291.

<sup>729</sup> STS, Sala de lo Penal, Pleno, núm. 481/2017, de 28 de junio. ECLI:ES:TS:2017:2497.

buen seguro, el principio de proporcionalidad al pasar de una multa de escasa cuantía a una pena de prisión de uno a tres años; infracción igualmente predicable de otros principios, como los de culpabilidad, la necesidad de prevención especial e incluso el *non bis in idem*.

Pero lo más interesante es valorar la respuesta que, a semejantes comportamientos, debe prestar el ordenamiento jurídico. Y la primera respuesta que se nos viene a la mente es la mayor imposición de penas, de mayor duración y gravedad. Como se ha indicado<sup>730</sup>, hay que respetar el principio de proporcionalidad; pero no cabe duda que, junto a la lesión de bienes individuales, se lesionan otros bienes de naturaleza colectiva (la mayor inseguridad a la que venimos aludiendo, el quebranto de la legítima expectativa de protección que demanda la ciudadanía), de manera mucho más evidente que en el supuesto de la reincidencia donde hay una reiteración en la conducta, pero que no persiste en el tiempo.

De esta forma, y casi como una consecuencia lógica de las ideas expuestas, llegamos a la necesidad de valorar la figura del maltrato habitual, regulada actualmente en nuestro ordenamiento por el art. 173.2 CP, dentro del Título VII, dedicado a los delitos contra la integridad moral.

Muy brevemente, podemos afirmar que el concepto “habitual” se ha

---

<sup>730</sup> DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 258: “Es lógico entonces que si la decisión sobre la responsabilidad penal obliga a valorar conjuntamente los hechos que condicionan cada uno de los elementos del delito y todos ellos son tenidos en cuenta para definir la pena que proporciona el marco genérico del mismo, todos deban también valorarse para determinar la pena proporcionada en concreto”.

ligado desde su reciente aparición a la violencia doméstica cuando, por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se crea el artículo 425 del Texto Refundido de 1973, el cual con la aprobación del nuevo Código penal de 1995 pasó a estar ubicado en el artículo 153, permaneciendo dentro de los delitos de lesiones.

Tras sucesivas reformas, la ubicación actual del precepto fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; que coloca el precepto inaugurando el Título VII, relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Con las diferentes reformas legislativas, el concepto de habitualidad adquiere una nueva dimensión. En efecto, de un presupuesto negativo para valorar el otorgamiento de los beneficios de suspensión o sustitución de las penas, conforme a la definición contenida en el artículo 94 CP<sup>731</sup>; la habitualidad del artículo 173.2 se convierte en un elemento integrador del tipo de injusto, cuya indeterminación queda circunscrita por la labor del legislador en el apartado siguiente 3: “Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con

---

<sup>731</sup> Art. 94 CP: “A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad”.

independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Se trata de una figura bien estudiada por la jurisprudencia, donde los singulares comportamientos violentos o vejatorios trascienden de la protección a cualquiera de las víctimas contenidas en el art. 173.2, individualmente consideradas; y se extiende hacia toda la unidad familiar, como núcleo básico de organización humana. En palabras de nuestro Alto Tribunal<sup>732</sup>, “se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor”.

Por tanto, partimos de un criterio cuantitativo, como es el número de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente, lo que nos acerca al criterio del artículo 94 CP; pero dicho criterio mesurativo queda ampliamente superado, por cuanto dichos actos deben traducir una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto

---

<sup>732</sup> ATS número 1452/2018, de 15 de noviembre, ECLI:ES:TS:2018:13399A, F.D. Segundo, letra B.

específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual<sup>733</sup>.

El precepto de que se trata ha suscitado ya abundante jurisprudencia que ha resaltado que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.

Aspecto éste que quedó reforzado tras la reforma operada por la LO 11/2003, que situó los malos tratos habituales entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y los sancionó de modo agravado respecto del tipo básico, principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen. Además, los límites del bien jurídico se ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y se amplió expresamente el abanico de posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Un problema fundamental para sostener la acusación por esta figura delictiva es la necesidad de probar esta continuidad delictiva y la referencia temporal de la misma, dado que no existe un período máximo o mínimo, sino

---

<sup>733</sup> La STS, Sala de lo Penal, núm. 364/2016, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1809), señala que esta habitualidad responde a un concepto criminológico-social, más que jurídico-formal.

que queda al ámbito valorativo de los órganos judiciales. La sucesión de denuncias podría representar un buen principio de prueba; sin embargo, a nadie escapa que, en la mayoría de caso, la interposición de la primera denuncia –si se mantiene por la víctima– provoca la interrupción de la convivencia y, con ésta, dificulta la posibilidad de apreciar esta habitualidad. Y decimos que dificulta, habida consideración que la cohabitación no es requisito imprescindible para valorar la concurrencia de la figura, puesto que existe maltrato cuando el hombre insulta reiteradamente a la víctima (en lugares públicos o, en general, en presencia de testigos –básicamente hijos y demás familiares– sería un buen medio de prueba), la acosa constantemente<sup>734</sup> o, de cualquiera otra forma, quiebra su paz y modo de vida.

Se nos antoja en esta materia fundamental el informe de la Unidad de

---

<sup>734</sup> Muy frecuente en la práctica. Se aprecia la reiteración en las llamadas, en muy alto número, en escasos días e, inclusive a horas intempestivas; y, de forma más explícita, con el contenido de estos mensajes e, incluso, la afectividad de los mismos, cuando se tratan de grabaciones. Son, por tanto, medios de prueba valiosísimos.

A este respecto, el éxito de la aplicación “Whatsapp” es de tal índole que, actualmente, las transcripciones de estos mensajes de texto o el volcado de las grabaciones de audio se realizan con frecuencia diaria en los juzgados de instrucción, bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia. Sin perjuicio de su reproducción en el acto del plenario, la transcripción, las diferentes capturas de la pantalla del teléfono móvil o el volcado de audios se incorpora como parte integrante de la causa y la necesaria intervención de ambos Letrados garantiza el derecho de defensa del investigado y dificulta su impugnación posterior como prueba indiciaria.

Su importancia en un delito que se fundamenta en la reiteración delictiva y en la provocación de una situación hostil, física y mental, para la víctima (cuyo uso se ha hecho viral entre todos los ciudadanos de cualquier edad y condición) es altísima, y así se valora por los juzgadores. Por todas, SAP de La Coruña núm. 474/2018, de 4 de octubre. Fundamento de Derecho Tercero (ECLI:ES:APC:2018: 1994).

*Vid.*, sobre esta materia, GARCIA MESCUA, D., *Aportación de mensajes de Whatsapp a los procesos judiciales: tratamiento procesal*, editorial Comares, Granada, 2018.

Valoración Integral de Violencia de Género (UVIVG), que debe calificarse como una prueba pericial<sup>735</sup> psicológica. No obstante, conforme al art. 741 LECrim. no se trata de un medio de prueba vinculante para el órgano enjuiciador<sup>736</sup>, sino que –como cualquier otro medio probatorio– queda sometido al principio de valoración conjunta de todo el material probatorio que concurre en el plenario.

Junto a los informes psicológicos, otro medio fundamental de prueba será la propia declaración de la víctima, la cual se recoge en sede policial y en sede judicial, primero ante el órgano instructor y, finalmente, ante el de enjuiciamiento. Resulta frecuente, en la práctica forense, que las defensas incidan extraordinariamente sobre las posibles contradicciones o cambios de versión de la denunciante en estos tres momentos, por lo que el juicio de verosimilitud de semejante testimonio va a ser siempre objeto de pronunciamiento judicial<sup>737</sup>.

Cuando la declaración de la víctima aparece acompañada por otros medios de prueba –como indicamos– habrá que estar a su valoración conjunta; pero, cuando por las especiales circunstancias que rodean al delito, sólo concurre la declaración de la víctima para desvirtuar la presunción de

---

<sup>735</sup> Arts. 456 a 485 de la LECrim. en la fase de instrucción y arts. 723 a 725 en la fase de juicio oral.

<sup>736</sup> De hecho, el mismo es compatible con otros informes forenses o psicológicos, incluso, evidentemente, realizados a instancia del propio acusado.

<sup>737</sup> Al igual que cualquier otra declaración testifical, la valoración de esta prueba dependerá de la percepción directa que de su producción hayan tenido los Tribunales de instancia, por lo que escapa de su valoración en los recursos de apelación (ATS número 1452/2018, de 15 de noviembre, ECLI:ES:TS :2018:13399A, FD Primero, letra B).

inocencia del acusado, la jurisprudencia ha tenido ocasión de sentar doctrina en orden a fijar una suerte de criterios orientativos que puedan guiar al juzgador: *a)* ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre el declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; *b)* verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y *c)* persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad (SSTS 1505/2003, de 13 de noviembre y 787/2015, de 1 de diciembre, entre otras).

Por último, merece la pena recordar que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración



testifical de la víctima como prueba de cargo (...) constituyen solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva (STS 17/2017, de 20 de enero, entre otras).

¿Cómo apreciar el quebrantamiento en el delito del 173.2? Se trataría de un supuesto de laboratorio: este precepto incluye una regla concursal específica, que ya existía antes de la reforma del año 2003. Por tanto, no podemos hablar de doble incriminación o de conculcación del *non bis in idem*, sino de un nuevo espacio o dimensión que el tipo adquiere cuando sale del ámbito de las lesiones y se configura como delito contra la integridad moral. Por tanto, resulta extraordinariamente difícil poder apreciar un delito de quebrantamiento de condena por maltrato habitual, ya que los actos individuales de violencia o han sido objeto de valoración en el primer delito de maltrato o lo serán en un momento posterior, para intentar justificar su concurrencia de nuevo; pero cuesta creer que, existiendo penas adicionales de aproximación y prohibición impuestas al condenado pueda existir una persistencia que permita apreciar de nuevo la figura.

#### IV.- Problemas de constitucionalidad

Todo alrededor de la legislación en materia de protección sobre la mujer suscita polémica. No obstante, dejando ésta a un lado, y centrándonos en valoraciones exclusivamente jurídicas; a nadie puede extrañar que resulte sorprendente la importante elevación de penas<sup>738</sup> que nuestro Código penal contempla “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él (se refiere al infractor) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

En efecto, en el caso de las lesiones leves reguladas en el art. 147.2 CP, la pena inicialmente prevista de multa de uno a tres meses, se eleva para el supuesto de víctima mujer a la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días (art. 153. 1 CP)<sup>739</sup>. Idénticas penas, salvo la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que reduce su límite máximo a tres años; se establecen para el delito de lesiones leves sobre el resto de víctimas de violencia doméstica. Por tanto, sólo un deseo expreso del legislador en

---

<sup>738</sup> Llevada a cabo por los arts. 36 a 39 LO 1/2004.

<sup>739</sup> “y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” (redactado por el número ochenta y tres del artículo único de 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 marzo).

distinguir claramente la mujer del resto de víctimas de la violencia doméstica justifica la redacción, con dos numerales distintos, dentro del artículo 153 CP. Idénticos incrementos punitivos observamos en los supuestos de amenazas leves (art. 171. 4 CP) y coacciones leves (art. 172.2 CP). Sin embargo, en ambos casos (arts. 171.7 y 172.3 CP, respectivamente) las penas son ahora notablemente inferiores cuando afectan al resto de víctimas de la violencia doméstica<sup>740</sup>.

Podía, en definitiva, el legislador haberse ahorrado semejante enumeración y, centrándose en el ámbito de la violencia cometida en el marco doméstico, no hacer referencias concretas al género. Así procede en los tipos de malos tratos habituales (art. 173.2 CP) y en el nuevo<sup>741</sup> delito de acoso (art. 172 ter.2 CP).

El legislador identifica expresamente a las víctimas que sufren violencia en el ámbito doméstico como “las personas a que se refiere el art. 173.2”, dentro de las cuales aparece, en primer lugar, el cónyuge; quien puede identificarse indistintamente como mujer o como hombre, resultando asimismo indiferente el género del agresor<sup>742</sup>. Pero sí sorprende que el

---

<sup>740</sup> “Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la 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, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84”.

<sup>741</sup> Se añade por el art. Único.91 de la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo.

<sup>742</sup> GISBERT GRIFO, S., *Desmontando el mito de la asimetría penal en violencia de género*, en “Revista Confilegal”, 2017. Disponible en <https://confilegal.com/20170112-asimetria-penal-violencia-genero/>

legislador no haya mantenido el mismo criterio que en los tres artículos anteriormente mencionados y no haya decidido dedicar un apartado –en exclusiva– sobre la mujer víctima de maltrato habitual.

Resulta evidente, pues, que para el legislador español, no es lo mismo violencia sobre la mujer que violencia intrafamiliar<sup>743</sup>; pero tampoco llega a exponerlo con la claridad y precisión exigibles en el ámbito del derecho penal. De ahí la multitud de cuestiones de inconstitucionalidad que la redacción de los preceptos aludidos (arts. 153.1, 171.4 y 172.2 CP) suscitó entre los magistrados del orden jurisdiccional penal y que desembocó primero en la STC 59/2008, de 14 de mayo (B.O.E. núm. 135/2008, de 4 de junio), la cual confirmó la constitucionalidad de la LO 1/2004, en lo referente a la redacción del artículo 153.1 CP y cuya doctrina sirvió para otorgar carta de naturaleza a los otros dos preceptos cuestionados: art. 171.4 CP, mediante STC 45/2009, de 19 de febrero (BOE núm. 63/2009, de 14 de marzo); y art. 172.2 CP, por STC 127/2009, de 26 de mayo (BOE núm. 149, de 20 de junio)<sup>744</sup>.

---

<sup>743</sup> MARTIN SÁNCHEZ, M., *El género en la “violencia afectiva”: clave para un examen de constitucionalidad*, en “Revista on line de Estudios Constitucionales”, vol. 13 (1), 2015, pág. 231, considera que “si la ley se hubiese formulado de otra manera, atendiendo específicamente a la violencia de género (y no a otras relaciones intrafamiliares), no cabría discusión acerca de su razonabilidad ya que estaríamos ante diferentes tipos penales: el delito o falta de lesiones, en caso de ser hombre la víctima (o cualquier otra persona ajena a la relación de pareja), y un delito de violencia de género, cuando la víctima del hombre es la mujer y concurra la intención de dominación machista y subordinación de la mujer (presupuesto de la violencia de género). Esto es, no sería una medida penal diferenciadora en razón al sexo, sino una respuesta penal diferente ante distintos bienes jurídicos protegidos. Se justificaría la diferencia para proteger un tipo de violencia diferente y específica, la violencia de género”.

<sup>744</sup> Doctrina constitucional que sería objeto de reiteración en un sin fin de resoluciones del supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LO 2/1979, de 3 de

Frente a la precisión jurídica de los argumentos ofrecidos por los jueces cuestionantes, la argumentación del TC, no obstante su reiteración en el tiempo, muestra dificultades para validar la conformidad de estos preceptos penales a la Constitución Española<sup>745</sup>. Estos escollos son fundamentalmente dos<sup>746</sup>:

- cómo llevar a cabo una diferenciación de penas sin justificarse en el sexo del agresor y, de esta forma, evitar conculcar el principio constitucional de igualdad.
- cómo eliminar del tipo el elemento subjetivo consistente en la situación de sumisión o dominio del hombre frente a la mujer, elemento necesario para su integración y que, por consiguiente, debería ser objeto de prueba para apreciar su concurrencia en cada caso.

Respecto del primer óbice, la vulneración del principio constitucional

---

octubre): por todas, SSTC 76, 80, 81, 82 y 83 del año 2008; 151, 152, 153, 154, 167, 177 y 178 del año 2009.

<sup>745</sup> El pasado 19 de noviembre de 2019, el ex vicepresidente del Gobierno de España, Alfonso Guerra, realizó unas declaraciones con motivo de unas jornadas organizadas por el bufete de abogados Ashurst. En ellas, llega a afirmar que la por entonces Presidenta del TC, doña Emilia Casas Baamonte, le confesó que habían validado la constitucionalidad de la LO 1/2004 a causa de las fuertes presiones sufridas, lo que en definitiva pone en cuestión la propia sostenibilidad del Estado democrático de Derecho español. El video con sus declaraciones completas se encuentra accesible en <https://youtu.be/xNpUKGzKwy0>

<sup>746</sup> También se invoca en las diferentes cuestiones la lesión del principio de proporcionalidad; sin embargo, el TC tiene asentada la idea que la proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales; debe alegarse en la medida que estén afectados contenidos constitucionales y sólo cuando la desproporción suponga la vulneración de estos preceptos, cabrá declarar su inconstitucionalidad (STC 66/1985, FJ 1).

de igualdad, la Magistrada del Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia, cuestionante en la STC 59/2008, anticipa la interpretación del Tribunal negando que pueda considerarse el precepto cuestionado como una medida de acción positiva, pues en el ámbito penal no existiría un desequilibrio previo o una escasez de bienes para la mujer. Tampoco podría caracterizarse el nuevo tipo como una fórmula de reparación colectiva por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social.

Niega a continuación que el mero dato estadístico relativo a que la mayoría de los agresores sean varones –común con muchos otros tipos delictivos– sea suficiente para justificar la diferenciación, como tampoco puede serlo el que concurra en las conductas tipificadas un abuso de superioridad del autor, una situación de vulnerabilidad de la víctima o una conducta discriminatoria. Argumenta asimismo que la selección de tipos en los que se procede a la diferenciación no parece objetiva y razonable, por la exclusión del tipo de maltrato habitual y los delitos contra la libertad, la libertad sexual y la vida, o los más graves contra la integridad física y psíquica.

En la parte final de la fundamentación de su duda, expone la Magistrada que “el caso límite para contrastar las anteriores reflexiones” es el de las amenazas leves recíprocas, donde la ley castiga más al hombre que a la mujer “porque en la agresión del hombre a la mujer o existiría un móvil discriminatorio presunto o, en el mejor de los casos, precisado de prueba, (...) o se valoraría, como implícito, un desvalor adicional discriminatorio, ausente

por decisión del legislador en la agresión contraria”.

De tal modo que al hombre “o se le castiga más por lo que es que por lo que hace o se presume en lo que hace algo que no se corresponde necesariamente con la totalidad de casos, afirmaciones demasiado problemáticas para justificar razonable y objetivamente la desigualdad”.

Son varios los argumentos que utiliza el intérprete supremo de la Constitución española en orden a defender o rechazar los argumentos de la juzgadora de instancia. El más importante es, a nuestro entender, como en la STC 59/2008, de 14 de mayo, el recuerdo de que “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal”, para el que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática”. Se trata de un argumento que se reitera hasta la saciedad<sup>747</sup> y que confiesa bien a las claras las deficiencias técnicas de la resolución que comentamos.

Pero el TC no utiliza este argumento como excusa para descartar las dudas coherentemente planteadas por los órganos jurisdiccionales. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según esta doctrina, por “que el

---

<sup>747</sup> Y que no resulta novedoso. El TC ha empleado esta *puerta de salida* en anteriores ocasiones: “es al legislador al que compete la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (STC 55/1996, de 28 de marzo, BOE núm. 102, de 27 de abril, FJ 6).

tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación” (STC 59/2008, FJ 7).

Sentado lo anterior, tampoco existiría, contradicción con el principio de igualdad<sup>748</sup>, que es diferente al de prohibición de discriminación por razón de sexo. Así, la STC 41/2010, reafirma la vigencia del principio de igualdad. Literalmente: “tampoco constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”.

El segundo esfuerzo resulta más dogmático: cómo salvar la constitucionalidad de los preceptos sin definir el tipo de injusto como

---

<sup>748</sup> ARANDA ÁLVAREZ, E., *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*, editorial Dyckinson, Madrid, 2005, pág. 28: “La igualdad se ha de estudiar no sólo desde el art. 14 CE sino que hay que tener en cuenta el art. 9.2 CE, en cuanto mejor ejemplo de cómo el Estado social y democrático de Derecho ha puesto su empeño en romper la barrera de la igualdad formal propia del Estado liberal y consagrar la aplicación de tratos desiguales orientados a la consecución de la igualdad material. Es decir, como tantas veces se ha dicho: el principio de igualdad se confirma hoy con un doble carácter, como principio formal de legalidad, igualdad ante la ley e igualdad en la ley, y como regla material de no discriminación que supone vincular a todos el contenido material de la ley”.



subjetivo y, por ende, dotarlo de la objetividad imprescindible para permitir su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

La cuestión no es sencilla. De hecho, la redacción original del art. 1 de la LO 1/2004 fue modificada a instancias de un Informe del Consejo de Estado de 24 de junio de 2004 que criticó cualquier definición de índole finalista de la violencia de género que “entendida en sentido estricto, obligaría a indagar las intenciones de los autores de un acto violento para decidir si éste está comprendido en el ámbito de aplicación de la nueva Ley (...) Ese enfoque es innecesario e inadecuado. No es fácil determinar cuándo la violencia sirve de instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y la relaciones de poder, ni es posible, en la mayor parte de los casos, aislar esta finalidad “objetiva” de la finalidad subjetiva que persigue el autor de la violencia y determina su acción... pues la violencia debe examinarse como un hecho objetivo, como un resultado, al margen de las razones que lleven en cada caso a utilizarla”.

La finalidad es, por tanto, cómo objetivar estas conductas. Sólo si admitimos que no todo acto de violencia cometida en el seno de la pareja, por el que el hombre agrede a la mujer, debe considerarse necesariamente como violencia de género; puede salvarse la aplicación de la norma del art. 1.1, al exigir que el hecho sea “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”. De lo contrario, no cabría prueba en contrario y ello sería inconstitucional.

Para el Tribunal Constitucional (STC de 22 de julio de 2010<sup>749</sup>), el juez o tribunal debe permitir que el acusado pueda probar que la comisión del hecho no concurre elemento intencional alguno constitutivo de la violencia de género, pero sin que entendamos que ello quiera decir que sea preciso probar por las acusaciones que en la acción del sujeto pasivo existió un animus propio y específico, sino que, en todo caso, el acusado será el que pueda probar que tal ánimo no existió en supuestos muy concretos, como el conflicto producido entre ex parejas de hace tiempo, o hechos de coacciones por motivos económicos por la ruptura de la pareja, etc.

El propio TC reconoce que los supuestos en que el agresor pueda evitar la etiqueta de violencia de género son muy escasos; en esta misma línea, la STS 807/2010, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2010:5467), declara que “el empleo de la violencia y la relación de convivencia colman las exigencias del tipo, con independencia de la motivación que anima al autor”. Hemos de reconocer que, de un tiempo a esta parte, los jueces<sup>750</sup> están resolviendo diferentes problemas prácticos en lo que a la aplicación de las leyes se trata que *a posteriori* es objeto de convalidación o matización por el Tribunal Superior. Una suerte de creación del Derecho de abajo hacia arriba que, en nuestros días, se observa muy claramente con la nulidad de las cláusulas

---

<sup>749</sup> STC, Pleno, 41/2010, de 22 de julio (EDJ 2010/158755).

<sup>750</sup> En palabras del magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional D. Eloy VELASCO NÚÑEZ: “la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género es una norma muy politizada (dirigida meramente a exhibir voluntad política) y escasamente normativa (apenas anuda consecuencias jurídicas a supuesto de hecho previos)”, en *El elemento intencional en el delito de maltrato. Foro abierto*, Base de datos El Derecho (EDC 2010/1013738).

abusivas de los contratos suscritos entre entidades financieras y consumidores y usuarios.

Estamos ante dudas razonables y bien argumentadas jurídicamente en las diferentes cuestiones de constitucionalidad planteadas, y el esfuerzo para salvar la constitucionalidad de estos preceptos, primero, por el Tribunal Constitucional; y, posteriormente, para fijar una correcta delimitación de los tipos penales, por parte del Tribunal Supremo<sup>751</sup>, ha resultado importante, si bien sigue siendo necesario en nuestros días resoluciones tan extensas y didácticas como la reciente STS, Sala de lo Penal, núm. 677/2018, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4353, Ponente: Vicente MAGRO SERVET).

Para nuestro Alto Tribunal<sup>752</sup>, no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como violencia de género, sino solo y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer –y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley–. “Ahora bien, eso no se traduce en un inexigible elemento subjetivo del injusto”. Por tanto, es algo objetivo, no subjetivo; y puede encontrarse, por ejemplo, en los actos de violencia realizados en el seno de una convivencia. Es

---

<sup>751</sup> No puede olvidarse que una vez resuelta la constitucionalidad de los preceptos penales, las exigencias relativas a los elementos objetivos y subjetivos que configuran los delitos de género son cuestiones de legalidad ordinaria, cuya interpretación corresponde a los órganos jurisdiccionales enjuiciadores y, en última instancia, al Tribunal Supremo.

<sup>752</sup> STS 1177/2009, de 24 de noviembre ECLI:ES:TS:2009:7482.

decir, que habrá de atenderse al caso concreto<sup>753</sup>. Como bien expresa, la STS de 20 de diciembre de 2018, “no existe una presunción de dominación *iuris et de iure*, pero ello no es elemento del tipo penal del art. 153 CP”.

---

<sup>753</sup> El TS prefiere la vía del art. 153.4 CP –rebaja a la pena inferior en grado– a la exclusión del art. 153 CP, en caso de duda o falta de acreditación suficiente de aquellas circunstancias que permitan inferir la dominación o machismo del hombre sobre la mujer.

## V.- EL SIRAJ

Como constataremos en otros aspectos, así en el control telemático de las penas y medidas impuestas por delitos relacionados con la violencia de género, gracias al impulso y desarrollo de las medidas de protección sobre la mujer se han implementado grandes novedades tecnológicas<sup>754</sup>, algo reacias a penetrar en una ciencia social tan vicaria de su tradición como el Derecho.

El Sistema Integrado de Registros Administrativos de Apoyo a la Actividad Judicial (SIRAJ) es, como su propio nombre indica, un medio cómodo y relativamente sencillo de acceder a una base de datos muy útil, tanto para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como para los órganos jurisdiccionales<sup>755</sup>.

---

<sup>754</sup> Siendo ésta una afirmación cuya validez defenderemos siempre; en el caso que nos ocupa, hay matices. Si la creación del gran registro telemático tuvo lugar en el año 2004; su mayor impulso ocurrió en el año 2009, a raíz de las exigencias sociales derivadas del llamado “caso Mari Luz”, el cual puso en cuestión el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia y la ausencia de conexiones entre los diferentes órganos jurisdiccionales cuando el sujeto no había sido objeto de condena firme. En definitiva, Santiago del Valle –declarado culpable del asesinato de la niña Mari Luz– tardó cuatro años en ser condenado por abusos sexuales, y la sentencia no fue firme hasta transcurridos tres años más. Mientras tanto, pese a tener cinco causas abiertas por el mismo tipo de delito (abusos a menores) e incumplir su obligación de comparecencia *apud acta*, no llegó a ingresar en prisión y el depredador aprovechó su libertad para asesinar a la niña Mari Luz, de cinco años de edad, en enero de 2008.

El revuelo social y mediático fue muy importante y el Gobierno decidió impulsar el Registro electrónico para hacerlo realmente eficaz. El Magistrado responsable recibió una sanción económica y la Secretaria Judicial una suspensión de empleo y sueldo de seis meses de duración.

<sup>755</sup> El acceso al Registro no es público y aparece regulado en los artículos 5 y 6 del

Actualmente, aparece integrado por el Registro Central de Penados (RCP), Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes (RCMC), Registro Central de Violencia Doméstica (RCVD), Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS)<sup>756</sup>, Registro Central de Rebeldes Civiles y Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores (art. 1.2 R.D. 95/2009).

Por Real Decreto 355/2004<sup>757</sup>, de 5 de marzo, se puso en funcionamiento el Registro para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. Nótese que, hasta la disposición adicional única del R.D. 1611/2011, de 14 de noviembre, por la que se modifica el R.D. 95/2009, no se añade a la descripción “Violencia Doméstica y de Género”. Pero será éste último, el Real Decreto 95/2009, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, el que lo dote de su configuración actual, mucho más ambiciosa. Aunque su preámbulo nada dice al respecto, subyace claramente la necesidad de dar una respuesta inmediata a las exigencias sociales<sup>758</sup>. Se configura como una herramienta que aporte

---

Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero (BOE núm. 33/2009, de 7 de febrero).

<sup>756</sup> Creado por Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre (BOE núm. 312/2015, de 30 de diciembre).

<sup>757</sup> Su antecedente remoto lo encontramos en el Real Decreto de 2 de octubre de 1878, por el que se crea un Registro Central de Procesados y otro de Penados. Los antecedentes más inmediatos aparecen representados por los Reales Decretos 231 y 232, ambos de 1 de marzo de 2002, al crear los Registros Centrales de Rebeldes Civiles y de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores. Toda esta regulación, incluido el R.D. 355/2004, fue derogada por el Real Decreto 95/2009 (Disposición Derogatoria Única).

<sup>758</sup> Dispone expresamente: “aunque este Registro no está concebido como registro específico de agresores sexuales, sin duda alguna su puesta en funcionamiento contribuirá a prevenir la especial reincidencia que se produce en estos tipos delictivos. Por otro lado, uno de los objetivos perseguidos es la protección específica de las víctimas de delitos contra la

información “sobre la existencia de órdenes en vigor de busca y captura o de detención y puesta a disposición, que permiten al Juez valorar la existencia de riesgo de fuga”, “las circunstancias personales del culpable”, “la peligrosidad del sujeto” y todas aquellas circunstancias que faciliten el juicio de la autoridad judicial.

Este Real Decreto se complementa por Orden JUS/242/2009, de 10 de febrero, por la que se aprueban los modelos de remisión al Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica de la información que debe inscribirse en el mismo.

Por último, el Real Decreto 576/2014, de 4 de julio, amén de otras modificaciones, destaca sobremanera la creación del fondo documental de requisitorias, cumpliendo así la previsión legal del art. 516 LECrim. y poniendo fin al caos existente hasta la fecha.

Asimismo, existe una abundante normativa comunitaria<sup>759</sup> que ha

---

libertad e indemnidad sexual que sean menores de edad”.

<sup>759</sup> \*Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la UE con motivo de un nuevo proceso penal.

\* Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE.

\* Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada.

\* Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por el que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS).

\* Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, relativa al

facilitado el intercambio de información entre las autoridades nacionales relativo a los antecedentes penales, de modo que los órganos jurisdiccionales pueden solicitar esta información a otros estados miembros a través del propio RCP y éste está obligado a comunicar a cada uno de los Registros Penales de los países miembros de la UE los datos correspondientes a sus nacionales que hayan sido condenados por tribunales españoles (Punto 6 de la Instrucción 5/2010, de 2 de junio, de la Secretaría General de la Administración de Justicia). Ninguna mención se realiza al RCVD, por lo que las medidas cautelares o las condenas impuestas por tribunales extranjeros no permiten apreciar la concurrencia del delito de quebrantamiento cometido en territorio español.

Se trata de una herramienta que personalmente conozco muy bien porque, de hecho, está bajo la responsabilidad del Secretario Judicial –en la actualidad, Letrado de la Administración de Justicia– como se recoge en el R.D. 95/2009 (art. 13) y Circular 3/2009 (art. 4) de la Secretaría General de la Administración de Justicia, en cuanto a la exactitud y actualidad de los datos facilitados al sistema que, además de constituir su mayor utilidad, supone asimismo su debilidad más importante, dado que no puede garantizarse que, al tiempo de realizarse la consulta, los datos reflejados sean completamente exactos, lo que tiñe de inseguridad al sistema. Vamos a analizar, a continuación, algunos de los problemas que genera el registro, particularmente, en relación con el delito de quebrantamiento.

---

intercambio de información de los registros de antecedentes penales; que sustituye a la Decisión Marco 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005.



Centrándonos en el RCVD y en el RCMC, en éstos se inscriben<sup>760</sup> (art. 2 R.D.95/2009):

b) Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes: La inscripción de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia no firme por delito o falta y medidas cautelares acordadas que no sean objeto de inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, autos de declaración de rebeldía y requisitorias adoptadas en el curso de un procedimiento penal por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal, anotándose la fecha de notificación cuando la misma se produzca.

c) Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica: la inscripción de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito o falta, medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Asimismo, la inscripción de los quebrantamientos de cualquier pena, medida u orden de protección acordada en dichos procedimientos penales.

En primer lugar, ¿qué ocurre con las obligaciones de comparecer *apud acta*?<sup>761</sup> Éstas acceden al Registro, pero no se facilita información sobre su

---

<sup>760</sup> Con arreglo al art. 13 del R.D. 95/2009, se concede un plazo general para la anotación de cinco días que, sin embargo, se reduce a 24 horas para el sólo caso de inscripciones que deban realizarse en el RCVD.

<sup>761</sup> ANTOLÍN MUÑOZ, J.I., *Análisis práctico del registro central de medidas*  
489

efectivo cumplimiento, que era uno de los problemas que puso sobre la mesa el citado “caso Mari Luz”. A este respecto, su incumplimiento por el investigado (art. 530 LECrim.) puede llevar a su reforma –o no– y, tras los trámites del art. 505 LECrim., revocar su libertad provisional y acordar su ingreso en prisión o bien, mantener dicha libertad condicionada a la prestación de fianza<sup>762</sup>. Pues bien, el Registro no aporta información alguna relativa al grado de cumplimiento de esta medida privativa de derechos, por lo que su utilidad resulta muy escasa.

Pero, sin duda alguna, el supuesto que más nos interesa a los efectos del delito de quebrantamiento, es el dictado de sentencia no firme, que no contiene pronunciamiento alguno sobre el mantenimiento o vigencia de las medidas cautelares adoptadas con anterioridad. Evidentemente, se trata de un defecto de la resolución judicial, que es susceptible de complemento (arts. 267 LOPJ y 214 LEC<sup>763</sup>) y que se ve, además, agravado por el hecho que la sentencia, al carecer de firmeza, impide el cumplimiento efectivo de las penas y/o medidas que pudiera haber acordado la misma. De hecho, en la práctica, se suele dilatar la inscripción de la sentencia en SIRAJ hasta que la misma haya alcanzado firmeza, incoándose la correspondiente ejecutoria. No obstante, el

---

*cautelares, requisitorias y sentencias no firmes (SIRAJ)*, en Revista “Acta Judicial”, núm. 3, ediciones Jesús Sancho Alonso, 2019, pág. 52.

<sup>762</sup> Sin embargo, en puridad, estamos ante un quebrantamiento de medida cautelar, incardinable en el art. 468.1 CP. Sin embargo, no se aprecia de esta forma en el *usus fori* y, o bien no se valora adecuadamente este incumplimiento negándosele efectos en la situación personal del investigado, o bien se deriva hacia el estudio de una posible agravación de dicha situación.

<sup>763</sup> No olvidemos que la corrección, en estos casos, puede efectuarse incluso de oficio.

sistema permite e invita<sup>764</sup> a su anotación, momento en el que preguntará al anotador si desea cancelar o no las medidas cautelares adoptadas, lo que representa –a nuestro entender– todo un acierto.

Puede defenderse que si una de las finalidades más importantes que persigue el Registro es ofrecer a los operadores jurídicos una visión lo más ajustada posible a la peligrosidad real del sujeto en cuestión, deben anotarse las sentencias, pendientes de firmeza y así lo recoge la Circular de 2009. Aunque también cabe argüir que, de revocarse la sentencia condenatoria por una instancia superior, no se evitarían perjuicios al injustamente condenado, por ejemplo, en materia de suspensiones y sustituciones de otras penas impuestas o, inclusive, sobre su propia situación personal.

En todo caso, la sentencia debe pronunciarse expresamente sobre estas medidas o, de lo contrario, se producirán efectos perniciosos: detenciones ilegales por quebrantamientos inexistentes, en base exclusivamente a la información de SIRAJ; o la cancelación de estas prohibiciones cautelares sin que conste expresamente la voluntad del juzgador al respecto. Éste último sería el peor escenario posible, dado que nos encontraríamos con unas medidas de protección cesadas –porque su vigencia en instrucción no puede presumirse cuando los hechos ya han sido enjuiciados por sentencia– y con unas penas, asimismo de corte proteccionista hacia la víctima que, por carecer de firmeza, todavía no se encuentran en vigor. Por tanto, la víctima estaría

---

<sup>764</sup> El punto 2 de la Instrucción 5/2010 comienza así: “Los secretarios judiciales deberán remitir las notas de condena en el momento en que la Sentencia sea firme de conformidad con lo establecido en el artículo 13.2 del Real Decreto 95/2009, sin que deba retrasarse la inscripción a la fase de ejecución de Sentencia”.

desprotegida y no cabría apreciar el delito de quebrantamiento.

A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>765</sup>, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una previsión expresa al respecto del mantenimiento de las medidas cautelares. No obstante, el art. 69 de la L.O. 1/2004 dispone: “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”. Ésta es, sin duda alguna, la opción más segura y la que mejor responde a la finalidad perseguida. Corresponde al Ministerio Fiscal, como mayor garante de la legalidad y de los derechos de las víctimas, velar por el complemento de tales resoluciones.

SIRAJ es, en esencia, una base de datos; pero también es algo más. Si las fuerzas policiales son requeridas por una víctima de violencia de género, alertadas de la comisión de un delito de quebrantamiento (p.ej., la mujer ha visto a su ex-pareja apostada enfrente de su domicilio); procederán a la detención del individuo, comprobando que la medida o pena se encuentra anotada y vigente en SIRAJ e instruirán el correspondiente atestado por un delito de quebrantamiento.

---

<sup>765</sup> Art. 731 párrafo primero: “No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas”. No puede criticarse tan diferente regulación: el derecho penal exige una interpretación restrictiva y siempre favorable al enjuiciado o condenado. Todo ello hace inexcusable el pronunciamiento judicial.

Será, por tanto, ya en sede judicial, cuando el detenido deba ser regularizado en cuanto a su situación personal, cuando se realicen todas las comprobaciones necesarias para determinar la vigencia de la medida porque – y esto es importante– SIRAJ no constituye un medio de prueba<sup>766</sup>, sino una fuente de información.

Merece comentario aparte el hecho que, pese a la entidad y dimensión de SIRAJ, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado mantienen sus propias bases de datos acerca de la vigencia de requisitorias y medidas cautelares de protección dictadas por los órganos judiciales. De hecho, éstas no sólo se introducen y cursan baja en SIRAJ por parte de los órganos judiciales sino que, además y simultáneamente, éstos deben oficiar a las fuerzas policiales informando de las altas, modificaciones y ceses de las mismas. Como resulta fácilmente imaginable, no resultan extraños los casos de discordancia entre ambas bases de datos, lo que suele motivar constantes comunicaciones para aclarar el estado de los asuntos<sup>767</sup>.

---

<sup>766</sup> Por contra, la SAP de Granada, de 18 de mayo de 2015 (EDJ 2015/160766), valora la anotación en SIRAJ como un medio de prueba más en orden a acreditar que el sujeto era plenamente consciente de estar sometido a una pena de alejamiento, F.J. 2: “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 (cual resulta de la anotación de aquella condena en el registro del SIRAJ y de las propias manifestaciones del acusado refrendadas por los agentes de Policía que testificaron en juicio”.

<sup>767</sup> Este modo de proceder también ofrece un aspecto positivo y es la revisión permanente de los procedimientos, en este caso, a instancia de las fuerzas del orden. Nunca está de más someter a comprobaciones a procedimientos que contienen importantes restricciones sobre los derechos de algunas personas y, gracias a estas actuaciones, se han advertido fallos en las anotaciones de SIRAJ que hubieran podido o, de hecho, han

De hecho, las consultas de SIRAJ se aportan a la causa como medio para perfilar la peligrosidad del sujeto y justificar las medidas que sobre él puedan adoptarse; sin embargo, y no deja de ser curioso, sólo cuando la información contenida en el registro es tan relevante que produce por sí misma efectos jurídicos (la comisión de un delito de quebrantamiento es el supuesto más paradigmático, pero existen otros tales como la revocación de los beneficios de suspensión y sustitución de penas), los órganos jurisdiccionales competentes, reconociendo la insuficiencia de la anotación telemática, proceden a recabar la información necesaria directamente del juzgado que adoptó semejantes medidas.

Esta remisión de datos resulta inmediata o, lo que es igual, en el mismo día, si estamos ante un procedimiento de diligencias urgentes (arts. 795 y ss. LECrim.), y facilitar de este modo la observancia de los plazos del art. 799 LECrim.; o como una diligencia de instrucción más, si el trámite es el ordinario de diligencias previas, sin perjuicio de poder optar siempre a su enjuiciamiento rápido (art. 798 LECrim.), si la defensa plantea una posible conformidad con la acusación formulada.

Aunque el RD 95/2009 (arts. 16 y 17) recoge la posibilidad de certificar datos inscritos, lo cierto es que el órgano que deba valorar -en fase de instrucción o de enjuiciamiento- la comisión de un delito de quebrantamiento, exhortará al órgano que dictó la prohibición infringida el correspondiente testimonio de la resolución, con expresión de firmeza, en su caso

---

provocado perjuicios a quien no debía soportarlos en Derecho.

(básicamente, se exigirá la firmeza de las sentencias de condena, no de los autos dictados durante la instrucción), así como la liquidación de la condena y el requerimiento al sometido a la prohibición a su cumplimiento expreso, amén de su notificación<sup>768</sup>.

El sistema exige la remisión exacta y pronta de los datos que deben acceder al Registro. Para ello se atribuye a los Letrados de la Administración de Justicia la responsabilidad de garantizar la actualidad de los datos. Del incumplimiento de esta obligación y de los perjuicios que de ello se derive responderá el LAJ, cuyo estatuto jurídico<sup>769</sup> contempla estas infracciones como muy graves (art. 154, apartados 7 y 9) y graves (art. 155, apartados 2 y 6), las cuales llevan aparejadas las mayores sanciones (suspensión de empleo y sueldo, traslado forzoso y separación del servicio). Además, las diferentes resoluciones judiciales contienen en su parte dispositiva el mandato al LAJ de proceder a la anotación telemática de la información contenida en la misma, lo que refuerza su deber profesional.

---

<sup>768</sup> A este respecto, cabe mencionar que RCVD permite la anotación de las medidas de alejamiento o de las órdenes de protección, pendiente todavía su notificación al agresor. Durante este intervalo –desde que se dictan hasta que son objeto de notificación– las medidas no se encuentran en vigor, por lo que semejante desconocimiento impiden apreciar el delito de quebrantamiento. Sólo a partir de su notificación al sometido a la medida o prohibición puede admitirse la concurrencia del tipo delictivo.

<sup>769</sup> Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2016). Los arts. 8 letra b) y 11, letras e) y f); atribuyen y responsabilizan de estas actuaciones frente al registro telemático, bien directamente o bien como director de la Oficina Judicial, a los LAJ.

De hecho, aunque el LAJ puede autorizar a los miembros de la Oficina Judicial acceder a SIRAJ, sólo aquél puede remitir los datos, ya porque realice la anotación por sí mismo, ya porque valide las practicadas por la plantilla judicial.

Para poder anotar una condena en el Registro de Penados es necesario registrar el asunto previamente en el RCMC o en el RCVD. Sin embargo, en el de Medidas Cautelares sólo pueden anotarse las penas y las medidas de seguridad impuestas en sentencias no firmes por delito y delito leve<sup>770</sup>; sólo en el momento en que se realiza la migración del RCMC al RCP puede anotarse la firmeza de la sentencia, lo que representa una diferencia con el RCVD, que sí permite ese registro, con expresión de su firmeza, sin necesidad de acudir al RCP.

---

<sup>770</sup> En este momento, el sistema preguntará si las medidas, requerimientos de situación personal y rebeldías acordadas se mantienen, se modifican o se eliminan (pto. 7.3 Circular 3/2009).



## **VI.- El control telemático de penas y medidas: el art. 468.3 CP tras la reforma por LO 1/2015**

La primera referencia en la legislación española a la utilización de medios electrónicos o telemáticos la encontramos en el Reglamento Penitenciario<sup>771</sup>, en cuyo art. 86. 4. RP dispone: “En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales”. Este artículo permanece vigente e inalterado hasta nuestros días.

No será hasta el año 2003, con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica número 15, de 25 de noviembre; y, posteriormente, el año

---

<sup>771</sup> Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, BOE núm. 40/1996, de 15 de febrero. Modificado por Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, BOE núm. 73/2011, de 26 de marzo.

Para ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *La progresiva implantación de la prisión electrónica en el ordenamiento jurídico español*, en “Revista jurídica electrónica ORBIS”, editorial CESREI, Brasil, 2011 (Disponible en [www.cesrei.com.br](http://www.cesrei.com.br)), por “prisión electrónica” ha de entenderse la utilización de un conjunto de sistemas que permiten conocer a distancia datos sobre la ubicación o sobre lo que está haciendo una persona que tiene limitada parte de su libertad en virtud de la ejecución de una pena, o como medida cautelar en un procedimiento penal.

2004, con la entrada en vigor de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (art. 64.3, apartado 2), cuando el legislador penal pretenda ser permeable a las innovaciones tecnológicas; y, así, y por primera vez fuera del ámbito penitenciario, decida emplear estos medios electrónicos también en el ámbito de la violencia sobre la mujer, siempre como mecanismos de control y -siendo esto muy destacable- nunca como pena alternativa, sino como herramienta de vigilancia y, paralelamente, de medio de prueba del quebrantamiento causado.

Partiendo de la base de su amplio uso en el ámbito penitenciario (más de tres mil en el último año), cabe analizar si en sede de instrucción se está realizando un empleo extensivo y, sobre todo, adecuado de esta posibilidad. Y, de los datos que exponremos, no parece alcanzarse semejante conclusión. Habría que comprobar si ese mayor número de aparatos activos que, año a año, se instalan por orden de las resoluciones dictadas por los órganos instructores es suficiente en un ámbito como el de la violencia sobre la mujer –y también doméstica–. De igual modo, convendría analizar y, si es posible, conocer las razones que impiden a estos responsables judiciales no utilizar al máximo los medios de control electrónicos puestos a su disposición.

Otra línea de reflexión puede ser la eficacia de semejantes aparatos. Esta debe medirse en una doble vertiente:

- como medida de protección reforzada en favor de la víctima. Debe recordarse que los mismos no son infalibles, que su eficacia puede ser neutralizada o desactivada por la acción del propio sujeto cuya

proximidad a un entorno prefijado se trata de prevenir, o por la acción externa de un tercero, con los conocimientos electrónicos o informáticos apropiados (AAP de León de 5 de julio de 2019, FD 3<sup>772</sup>); sin embargo, parece evidente que aumenta el efecto disuasorio.

- Como medio de acreditar el quebrantamiento<sup>773</sup>. No obstante, la jurisprudencia no reconoce a los informes del Centro COMETA el valor de prueba principal (SAP de Soria de 3 de junio de 2019, FD 2<sup>774</sup>), sino como elemento corroborador de otros medios. Como no puede ser de otra manera, admite la prueba en contrario y se admite la posibilidad que genere alarmas erróneas (SAP de Madrid 6 de junio de 2019, FD 3<sup>775</sup>).

En el ámbito de la violencia de género disfrutamos de datos estadísticos publicados, amplios y fiables. Estos datos concluyen claras consecuencias: la progresiva mayor utilización de estos medios y la lentitud de ese crecimiento.

Por otro lado, no existen muchos preceptos legales que acojan estos mecanismos electrónicos; pero representan una base suficiente y necesaria para el estudio. Asimismo, como venimos apuntando, la jurisprudencia y la práctica forense nos permiten obtener datos muy relevantes en orden a averiguar los criterios que siguen los jueces para decidir (sólo en contados

---

<sup>772</sup> EDJ 2019/666231.

<sup>773</sup> Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, Madrid, 7 y 8 de noviembre de 2016, VI.2-a

<sup>774</sup> EDJ 2019/625813.

<sup>775</sup> EDJ 2019/639351.

casos) implantar estos dispositivos.

Recordemos que estos medios electrónicos no sustituyen a la medida de prohibición acordada, sino que refuerzan su cumplimiento y observancia. De esta forma, el sometido a esta medida es disuadido de vulnerar la prohibición y, de producirse ésta, la tecnología proporciona un medio de prueba cuya seguridad está siendo cuestionada por los tribunales. En cualquier caso, ello redunda en beneficio de la víctima, de su protección y de la propia sensación de seguridad que la misma proporciona. Pero tampoco resulta inocuo para el investigado. Como destaca el AAP de Sevilla, Sección 4ª, de 22 de febrero de 2019, FD 2, “es de una obviedad incontestable que el control del alejamiento por dispositivos electrónicos, que obliga al investigado a portar continuamente dos aparatos sobre su cuerpo (uno de ellos inseparable) y a responsabilizarse – so pena de quebrantamiento– de su correcto estado de funcionamiento, sí supone un gravamen añadido, y de no poca importancia, a la limitación de la libertad ambulatoria impuesta por la medida así controlada”<sup>776</sup>. Por coherencia, parece que estos dispositivos sólo deberían acordarse en caso de reiteración en el incumplimiento y siempre que la situación no fuera tan grave para la víctima como para tener que acordar la prisión provisional. Como se observa, tal vez se trata de una línea demasiado tenue y, en cierto modo, justifica su menor implantación.

Es un mecanismo de control, no una pena en sí. Así, en caso de

---

<sup>776</sup> En esta misma línea, la SAP de Alicante, de 29 de enero de 2016 (EDJ 2016/95856), valora un supuesto donde el juzgado de instrucción adoptó el control telemático como “agravación” de las medidas inicialmente adoptadas ante la inobservancia reiterada de las mismas por el obligado a su cumplimiento.

manipulación del dispositivo electrónico, se producirá un quebrantamiento del art. 468.3 CP; pero no del art. 468.2 CP, salvo que efectivamente realice conductas tendentes a desobedecer las prohibiciones impuestas, de prohibición o comunicación. La concurrencia de ambos tipos delictivos resulta, pues, posible y serán objeto de punición separada.

Cabe destacar que la regulación penitenciaria ofrece puntos en común y también diferencias con las normas contenidas en el Código penal. En éste, tales medios no se configuran como pena sustitutiva de la privación de libertad<sup>777</sup>; sino que, por el contrario, se introducen como una modalidad de control que el penado –lógicamente– aceptará sin reparo para beneficiarse del tercer grado. Asimismo, la finalidad de la medida no es la protección de víctima alguna, sino “lograr la progresiva y plena inserción del penado en la sociedad, así como la potenciación de los principios inspiradores del régimen abierto recogidos en el artículo 83.2 del RP”<sup>778</sup>.

Además, la utilización de estos dispositivos no podrán atentar contra su dignidad y requiere el consentimiento expreso del interno, el cual ha debido ser informado suficientemente –y con anterioridad– de la utilización de los mismos.

---

<sup>777</sup> A diferencia del ámbito anglosajón, donde sí tiene esta naturaleza. *Vid.* OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático de los penados. Análisis jurídico, económico y social*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 71, para quien existen otras dos diferencias con el ámbito continental: el mayor desarrollo tecnológico de los primeros y su gestión por el sector privado.

<sup>778</sup> INS 13/2006, de 23 de agosto, sobre “aplicación del artículo 86.4 RP”, hoy derogada.

Otras particularidades del ámbito penitenciario son, por ejemplo, que esta clase de internos deben someterse a un control presencial, por regla general, cada quince días. En caso de incumplimiento, no hay delito sino que, una vez analizadas las alegaciones del interno, los órganos competentes del establecimiento adoptarán las medidas reglamentariamente procedentes<sup>779</sup>.

En cuanto a la competencia para conocer de esta medida, corresponde a la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social, siempre que la misma no se encuentre delegada en el Director del establecimiento. Al Juez de Vigilancia Penitenciaria sólo se le comunicarán las autorizaciones concedidas y, en su caso, los acuerdos que pongan fin a su aplicación<sup>780</sup>.

Por tanto, las principales diferencias con las medidas del Código penal son:

- Para el Código penal, cualquier decisión al respecto es adoptada, modificada o dejada sin efecto, exclusivamente, por la autoridad judicial, sin que quepa decisión administrativa alguna. La resolución adoptará forma de Auto motivado<sup>781</sup>, “en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de

---

<sup>779</sup> Instrucción 8/2019, de 23 de abril, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, que deja sin efecto la Instrucción 13/2006.

<sup>780</sup> Y esta ausencia de pronunciamiento judicial directo no resulta neutral. Como destaca VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado con control telemático*, editorial Comares, Granada, 2010, págs. 17-18, “esta modalidad de tercer grado con control telemático es una nueva institución, la libertad con control telemático, la cual se encuentra a caballo entre el tercer grado y la libertad condicional, y que implica disfrutar de la libertad a los pocos días de haber ingresado en prisión, supone efectivamente adelantar la libertad efectiva”.

<sup>781</sup> Lo cual no deja de ser una redundancia *ex art.* 141 LECrim.

contradicción, audiencia y defensa”<sup>782</sup>. Procesalmente, aparece regulado en los arts. 554 *bis* y *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se caracteriza por dar audiencia a todas las partes, siempre que haya podido localizarse a las mismas y las circunstancias lo permitan<sup>783</sup> y con la garantía que supone la intervención del Ministerio Fiscal. Además, junto a medidas de naturaleza penal, también pueden adoptarse otras de carácter civil; en este caso, con una vigencia temporal de treinta días<sup>784</sup>, prorrogables por idéntico término.

- No se exige formalmente el consentimiento del sometido a la medida de control, si bien, en la práctica forense, el órgano judicial en funciones de instrucción no acordará estos medios electrónicos cuando el varón agresor va a ingresar en prisión –ya sea ésta provisional o definitiva– porque no hay mayor protección para la víctima que la pérdida de libertad ambulatoria de su agresor; y, por el contrario, decidirá la implantación de estas medidas como condición necesaria para que el maltratador eluda el ingreso en el establecimiento penitenciario.

Sí se exige la colaboración de la víctima y, sobre todo, del investigado o

---

<sup>782</sup> Art. 68 LO 1/2004.

<sup>783</sup> En cualquier caso, dado que el investigado ha de ser requerido personalmente del cumplimiento de estas prohibiciones, hasta que dicha notificación y requerimiento no se produzca, la prohibición no puede considerarse en vigor a efectos de un posible delito de quebrantamiento.

Este requerimiento personal es asimismo exigible cuando se lleve a cabo la instalación del dispositivo que –recordemos– se realiza siempre en sede judicial. Deberá apercibirse al sujeto a la medida que se abstenga de cualquier tipo de manipulación sobre el aparato y que colabore en el adecuado funcionamiento del mismo (por ejemplo, cargando la batería con regularidad) bajo pena de quebrantamiento del art. 468.3 CP.

<sup>784</sup> Esta suerte de caducidad no resulta predicable, sin embargo, de las medidas civiles contempladas en los arts. 65 y 66 de la LO 1/2004.

penado. En la actualidad, en el caso de incumplir estos controles, tal comportamiento ha sido incluido en el párrafo 3° del art. 468 del C.P., como delito de quebrantamiento con el siguiente tenor:

*“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”.*

Con esta reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>785</sup>, se pone fin a las dudas sobre la ausencia de regulación sobre la manipulación de los aparatos, lo que conllevaba que la Fiscalía (Circular 6/11, de 2 de noviembre) defendiera la presencia de un delito de desobediencia y no, como ahora, de quebrantamiento<sup>786</sup>.

En efecto, la imputación de un delito de desobediencia con anterioridad a la introducción del art. 468.3 CP, se basaba –a falta de previsión legal específica- en la omisión al requerimiento personal efectuado al acusado por el Secretario Judicial, quien debía realizar las prevenciones exigibles en orden

---

<sup>785</sup> En su Exposición de Motivos, se justifica esta nueva regulación en orden a solucionar “problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, así como evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos”.

<sup>786</sup> No obstante, la Fiscalía recoge en sus Conclusiones de 2016 que “cuando la conducta consiste en no cargar la batería de la unidad 2trak o alejarse de este dispositivo, se ha de exigir cierta repetición o prolongación de la conducta para poder subsumir tales conductas en el tipo penal del art. 468.3 del CP”.



a advertir las concretas consecuencias delictuales que una manipulación de la pulsera llevaba aparejada (SAP de Gerona, de 29 de junio de 2015, EDJ 2015/172358). Paralelamente, cabría exigir que este comportamiento del sujeto implicara una lesión o puesta en peligro del bien jurídico superior protegido que, en este caso, sería la indemnidad de la víctima, prueba de lo cual sería exigible para condenar por delito de desobediencia.

Como suele ser habitual en materia de violencia de género/ doméstica, la redacción actual del art. 468.3 CP no deja lugar a dudas y objetiviza el comportamiento, de suerte que ya no cabe valorar por parte del juzgador la puesta en peligro de otros bienes jurídicos, singularmente, la integridad física y/o moral de la víctima.

En cualquier caso, se configura como un tipo doloso –de ahí la importancia de la notificación de la resolución y posterior requerimiento en sede judicial–, donde concurre el elemento subjetivo del injusto de querer inutilizar o perturbar el funcionamiento del dispositivo técnico que le ha sido instalado, sin que resulte necesario para su consumación que, efectivamente, vulnere la prohibición de acercamiento y/o comunicación impuesta. De suceder, habría dos quebrantamientos a penar por separado, conforme a los números 2 y 3 del art. 468 CP.

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido<sup>787</sup>, como cualquier

---

<sup>787</sup> La SAP de Sevilla, de 21 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/52357), FD 2, afirma: “el Tribunal participa del pacífico consenso doctrinal que limita el ámbito típico del quebrantamiento de condena a los comportamientos idóneos para frustrar la efectividad de la ejecución o cumplimiento de la pena, quedando extramuros del tipo los incumplimientos

otro delito contra la Administración de Justicia, sanciona la falta de acatamiento y respeto a las resoluciones judiciales. Más allá, debemos atender siempre a la necesidad de protección de la víctima la cual, dicho sea de paso, será perfecta concedora de todas y cada una de las incidencias que el sometido a control telemático provoque porque a ello está obligado de inmediato el centro COMETA. A nadie escapará que, de resultar muy numerosas semejantes incidencias, muchas de las cuales pueden tener lugar a horas intempestivas; puede inducirse a la mujer en un estado de ansiedad y preocupación muy perjudicial para ella. La autoridad judicial, ante estos comportamientos, debe optar por la prisión provisional, si constata una voluntad rebelde al cumplimiento.

- Los indicados medios electrónicos van a tener aplicación tanto en el ámbito de las penas<sup>788</sup>, como de las medidas cautelares de protección<sup>789</sup>. En

---

o transgresiones que no impliquen esa frustración efectiva. No en vano, el término empleado en el art. 258 del Código Penal alemán para tipificar el delito correlativo a nuestro quebrantamiento de condena es precisamente *Strafvereitelung*, cuya mejor traducción es frustración o inutilización de la pena”. Con arreglo a esta doctrina (seguida ampliamente por SAP de Burgos, de 17-7-2007 (EDJ 2007/246565); SAP de Barcelona, de 8-6-2007 (EDJ 2007/161634); SAP de Burgos, de 4-3-2005 (EDJ 2005/58810); y SAP de Madrid, de 1-9-2003 (EDJ 2003/142735).

La SAP de Sevilla, de 14 de julio de 2006 (EDJ 2006/369882), no califica como quebrantamiento de condena un mero retraso en la reincorporación al centro penitenciario de un penado con permiso de salida.

<sup>788</sup> El artículo 48 del CP, en su párrafo 4º, tras su redacción por LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE núm. 283/2003, de 26 de noviembre), al regular las penas de prohibición de aproximación, residencia o comunicación con la víctima dispone que “ el juez o el tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

<sup>789</sup> El art. 64.3, párrafo 2º, de la LO 1/2004 dispone: “Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”.

cuanto a las primeras, junto a lo ya expuesto, sólo cabe añadir que se trata de una materia regulada por el art. 57 CP, que relaciona los tipos delictivos que pueden llevar aparejados las prohibiciones del art. 48 del mismo texto. No obstante, la diferencia sí resulta esencial cuando el delito –incluidos los leves<sup>790</sup>– afecta a víctimas de violencia doméstica o de género; en estos últimos casos, la imposición de estas prohibiciones se prevé como preceptiva (el legislador utiliza la expresión “en todo caso”), mientras que en el resto de los supuestos contemplados, esta clase de penas privativas de derechos<sup>791</sup> son dejadas al arbitrio del juzgador (el legislador emplea el término “podrán”).

En conclusión, las estadísticas son claras y no dejan lugar a duda alguna: durante los últimos diez años, el número de instalaciones se ha mantenido estable a razón de unas 600-700 instalaciones al año con un número de desinstalaciones algo inferior, lo que motiva que el número de dispositivos activos no deje de aumentar.

<b>Año</b>	<b>Nº. Instalaciones acumuladas</b>	<b>Nº. Desinstalaciones acumuladas</b>	<b>Nº. Dispositivos activos</b>
2009	166	13	<b>153</b>
2010	710	182	<b>528</b>
2011	1.323	542	<b>781</b>
2012	1.772	1.016	<b>756</b>
2013	2.233	1.507	<b>726</b>

<sup>790</sup> Art. 57. 3 CP.

<sup>791</sup> Art. 39 CP.

2014	2.742	2.026	<b>716</b>
2015	3.397	2.600	<b>797</b>
2016	4.214	3.330	<b>884</b>
2017	5.153	4.134	<b>1.019</b>
2018	6.123	4.940	<b>1.183</b>
2019	6.678	5.449	<b>1.229</b>

También sorprende dos cuestiones: la primera, que esta cifra de instalaciones resulte tan estable a lo largo de los diversos años; y, en segundo lugar, que el porcentaje de los medios de control acordados para vigilar el cumplimiento de estas prohibiciones sea tan bajo, si lo comparamos con el número de autos que acuerdan las mismas. tiene a su alcance.

Ello permite deducir que los jueces valoran la importancia de estos medios y su consideración de gravamen adicional a la prohibición en sí. Este modo de proceder resulta –a nuestro entender– muy loable y refuerza la posición de la autoridad judicial como árbitro idóneo para ponderar el conjunto de las circunstancias personales y familiares (piénsese en la posible existencia de descendencia común entre ambas partes), siempre valorando el interés más necesitado de protección: el de las víctimas de violencia sobre la mujer o doméstica.

La Administración sí asume un papel fundamental en orden al

seguimiento y control sobre estos medios electrónicos<sup>792</sup>; aunque la gestión efectiva del servicio es gestionada a través del Centro de Control de Medidas Telemáticas de Alejamiento (COMETA), que es adjudicado por concurso a una empresa privada, lo que nos recuerda al ámbito anglosajón. Será COMETA el enlace entre el órgano judicial, las partes –incluyendo el Ministerio Fiscal– y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por último, recalcar que la resolución judicial debe expresar necesariamente la distancia a la que el infractor no podrá acercarse a su víctima, sin que quepa obviar esta exigencia. De igual modo, los afectados por este tipo de prohibiciones son exclusivamente las dos partes, por lo que no se admitirán sistema de vigilancia sobre zonas indiscriminadas.

Se trata de una materia en constante avance, como reconoce la LO 1/2015, donde hay que ponderar la lucha contra el delito y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros (derecho penal del enemigo).

En fecha 8 de julio de 2009, fue suscrito el Acuerdo entre el Ministerio del Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal para la implantación del Protocolo de actuación para el seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género.

---

<sup>792</sup> A tal efecto, existe un 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, aprobado por Acuerdo suscrito entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, el 11 de octubre de 2013.

El citado acuerdo tiene su base legal, entre otras, en la propia Ley Integral, que recoge en su artículo 32 la siguiente disposición:

*“1. Los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad”.*

Para la implantación del dispositivo será requisito ineludible la resolución judicial; a partir de la cual corresponde al Letrado de la Administración de Justicia su puesta en conocimiento a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Punto de Coordinación autonómico y al propio Centro de Control, sito en Madrid; todo ello en un plazo no superior a las 24 horas.

Corresponde al Centro de Control establecer contacto personal con la víctima, acordando el momento y el lugar de la instalación del dispositivo para la víctima (DLV), que será siempre previo a la instalación del dispositivo para el inculpado (DLI).

Si el DLV se entregará preferentemente en el domicilio de la usuaria, la colocación del DLI al inculpado se realizará en la sede del órgano judicial que dictó la medida, una vez que le haya sido notificada (con los apercibimientos legales y personales correspondientes) y en el plazo acordado por la autoridad judicial.

El dispositivo para el inculpado (DLI) está equipado con un transmisor

fijado a su cuerpo (muñeca o tobillo) y una unidad de rastreo GPS. El dispositivo para la víctima (DLV) es un GPS de alerta en movimiento que proporciona una alerta sonora, visual y/o de vibración cuando el transmisor del inculgado se encuentra dentro del rango de alcance establecido.

Finalmente, cabe apreciar este delito en su modalidad continuada, atendiendo a un criterio cuantitativo; aunque la jurisprudencia no ofrece un criterio exacto, sino que habrá de atenderse a las circunstancias del caso.. Así, la SAP Alicante, de 29 de enero de 2016 (EDJ 2016/95856) agrava la pena por un delito del art. 468.3 CP por causa de reiteración en la conducta –dos incumplimientos–, pero no aprecia continuidad delictiva. Este criterio es idéntico al seguido por SAP de Jaén, de 22 de marzo de 2017 (EDJ 2017/116392), que considera probados tres vulneraciones del dispositivo. Por último, resulta sencillo calificar como delito continuado de inutilización del dispositivo telemático de control el comportamiento de quien, en un breve período de tiempo, realiza hasta cuarenta infracciones en relación a su deber de diligencia para el correcto funcionamiento del aparato (SAP de Pontevedra de 30 de abril de 2019, EDJ 2019/601221).

## **VII.- La rehabilitación y la reinserción del condenado por delito de quebrantamiento: aspectos administrativos y penitenciarios**

Hasta ahora, venimos analizando diversas singularidades que afectan exclusivamente a los tipos y, por extensión, a los condenados por violencia de género y doméstica, singularmente, en el ámbito del delito de quebrantamiento, como una manifestación más de este fenómeno. En estos momentos, sobre la rehabilitación y la reinserción del condenado por semejantes delitos, podemos afirmar que el tratamiento comienza desde la notificación misma de la condena, con expresión de su firmeza (art. 82.1 CP), y la incoación de la correspondiente ejecutoria.

En otros apartados del trabajo<sup>793</sup>, hemos analizado la conveniencia de prorrogar expresamente las medidas de protección sobre la víctima dictadas en instrucción cuando, pese al dictado de sentencia condenatoria, la misma aún no es firme. La idea es que la víctima nunca quede sin protección<sup>794</sup> hasta la extinción de las penas o la llegada de una sentencia absolutoria (y aquí cabría plantearnos por qué sólo las personas incluidas en el art. 173.2 CP son merecedoras de semejante trato que, por su dignidad, debería resultar exigible

---

<sup>793</sup> Singularmente, apartado 1 *in fine* de este mismo Capítulo VIII. Asimismo, quedó justificado que la concurrencia de sentencia absolutoria, no obstante su posibilidad de impugnación, debía conllevar el alzamiento de las medidas de protección.

<sup>794</sup> Resultando esta protección en el apercibimiento expreso de incurrir en un delito de quebrantamiento.



para toda víctima); de ahí que no pueda extrañarnos la regulación que el art. 83.2 CP plantea, condicionando<sup>795</sup> la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta a raíz de un delito cometido en el ámbito de la violencia de sobre la mujer –y no extensible al resto de víctimas del art. 173.2 CP– a los siguientes deberes y prohibiciones:

1.<sup>a</sup> Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos 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 ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

4.<sup>a</sup> Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

6.<sup>a</sup> 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 similares<sup>796</sup>.

---

<sup>795</sup> Este condicionamiento debe entenderse como preceptivo, es decir, *se impondrán siempre*, independientemente del criterio del juzgador. Esta perspectiva resulta contradictoria con la voluntaria asunción de estas medidas por parte de quien quiere ser beneficiado con la suspensión de su condena.

<sup>796</sup> A diferencia de las dos primeras medidas, que también son configuradas como pena en el art. 48 CP, la asistencia al plan formativo no tiene el carácter de pena, sino de medida rehabilitadora y de la que dependerá el mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la pena. *Vid.* LEGANÉS GÓMEZ, S., *Las penas y el tratamiento de los*

A diferencia de las enumeradas como 1ª y 4ª que, a mayor abundamiento, son auténticas medidas de protección en favor de la víctima; las medidas contenidas bajo el ordinal sexto, que carecen de esa naturaleza protectora, están bajo el control del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y no del tribunal sentenciador, al que no obstante deberán informar, al menos, trimestralmente (art. 83.4 CP).

Lo cierto y verdad es que, al menos *a priori*, la reforma del año 2015<sup>797</sup> ha suavizado las condiciones para conceder la suspensión de la ejecución de las penas derivadas de delitos cometidos contra la mujer, en tanto en cuanto permite ahora<sup>798</sup>, como ocurre en derecho comparado, otorgar la suspensión pese a que el condenado no lo haya sido por primera vez. De esta forma, se unifica la suspensión y la sustitución en un único sistema de suspensión de la pena privativa de libertad<sup>799</sup>.

---

*maltratadores*, editorial La Ley, Revista “La Ley Penal”, n.º 34, 2007.

<sup>797</sup> Para algunos, se trata de una reforma innecesaria, dada la evolución descendente de la criminalidad en España. *Vid.* SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *La reforma del Código Penal en la LO 1/2015. El eterno retorno*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código penal tras la reforma de 2015*, editorial Dykinson, Madrid, 2016, pág. 25.

<sup>798</sup> Art. 80.2.1ª CP: “Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”.

Art. 80.3, párrafo primero CP: “Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen”.

<sup>799</sup> JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L., *La reforma penal de 2015: análisis de las principales reformas introducidas por el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 58.

No podemos extendernos en demasía pero la regulación desemboca en cierta discrecionalidad judicial y ya sabemos que esto no es positivo<sup>800</sup>. Y si a ello le unimos la falta de regulación específica del incidente<sup>801</sup> y la general ausencia de informes<sup>802</sup> periciales que permitan a la autoridad judicial llevar a cabo semejantes valoraciones con el adecuado conocimiento de causa, pueden producirse de manera casi inevitable situaciones injustas y discriminatorias, en función del titular del órgano jurisdiccional.

Tampoco, sin ser la más adecuada, esta regulación es mala *per se*. En el fondo, no resulta posible –ni conveniente– negar toda discrecionalidad judicial. La labor jurisdiccional no puede ser automática, pero sí ha de ser siempre motivada (art. 80.1 CP). Así, el Auto de la AP de Madrid, Sección 26ª, de 20 de diciembre de 2016<sup>803</sup>, negó la suspensión de la condena por

---

<sup>800</sup> Así lo desliza, entre otras críticas, desoídas por lo demás, el CGPJ en su Informe de 16 de enero de 2013, pág. 71: “Debe, además, utilizarse en la redacción de los preceptos una estructura y una redacción sencillas y claras, pues no debe olvidarse que son miles los operadores jurídicos que han de aplicar la regulación, y toda formulación oscura llevará consigo mayor inseguridad jurídica y conculcación del principio de igualdad”. Disponible en [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_PoderJudicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_Organica\\_por\\_la\\_que\\_se\\_modifica\\_la\\_Ley\\_Organica\\_10\\_1995\\_de\\_23\\_de\\_noviembre\\_del\\_Codigo\\_Penal](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_PoderJudicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal).

<sup>801</sup> La SAP de Madrid, Sección 3ª, núm. 1/2016, de 7 de enero, Recurso 1959/2015 (ECLI:ES:APM:2016:766), estima el recurso en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento sobre la suspensión de la ejecución de la condena, debiendo resolverse al respecto previa audiencia de las partes y en resolución independiente.

<sup>802</sup> En palabras del órgano de gobierno de los jueces, “el mayor problema real con el que se enfrentan los tribunales es la falta de información suficiente sobre las circunstancias concretas del penado”. *Informe cit*, pág. 70 *in fine*.

<sup>803</sup> ECLI:ES:APM:2016:1708A, FD 2: “En primer lugar hay que señalar que el otorgamiento de la suspensión es una facultad discrecional del juez que, ante la concurrencia de diversos requisitos establecidos en el CP, puede o no otorgarla, nunca la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, es obligatoria ante la concurrencia de los requisitos establecidos en la ley, si bien para evitar que se tomen

delito de quebrantamiento por la existencia de una condena anterior por delito de maltrato del art. 153 CP en el ámbito de la violencia sobre la mujer, la cual se considera relevante para denegar semejante beneficio. Al menos, en teoría, los jueces de vigilancia penitenciaria cuentan con los informes que, desde los centros penitenciarios, se emiten por parte del psicólogo, jurista, educador y trabajador social sobre el tratamiento que realizan los internos; y, fundamentalmente, con la labor de los psicólogos forenses adscritos al juzgado que elaboran, fundamentalmente, informes sobre la peligrosidad y probabilidad de reincidencia de los internos, con el riesgo que tal labor conlleva.

Sin embargo, la reforma de 2015 ha optado por suprimir la referencia a la peligrosidad criminal<sup>804</sup> por la expresión “cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos” (art. 80.1 párrafo primero), la cual es bastante indeterminada y ni siquiera fija un marco temporal de referencia, como tampoco la presencia de informes psicológicos y sociales, a buen seguro, para

---

decisiones arbitrarias debe motivarse tanto la concesión de la suspensión como la negativa a la misma”.

<sup>804</sup> Formulación ampliamente criticada por el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de Ley orgánica, de 8 de enero de 2013: “En definitiva, el sustrato de la suspensión condicional de la pena no debe aparecer en el nuevo texto normativamente dissociado de la idea de peligrosidad criminal y de la correspondiente prognosis de comportamiento futuro, conforme a una constante y reiterada doctrina constitucional que fija la ratio del beneficio de la suspensión condicional en la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad a los condenados que presenten un pronóstico favorable de comportamiento futuro (SSTC números 224/1992, de 14 diciembre; 115/1997, de 16 junio; 164/1999, de 27 septiembre; 264/2000, de 13 noviembre; 8/2001, de 15 enero; 110/2003, de 16 junio; 251/2005, de 10 octubre)”.

tapar la falta de medios de los que adolece sistemáticamente la Administración de Justicia española. Ello va a provocar –como se ha advertido<sup>805</sup>– que la suspensión se conceda de forma cuasi automática. Advertencia a la que la práctica forense da la razón.

Centrándonos en el tratamiento en sí del condenado por delito de quebrantamiento, lo primero que resulta necesario advertir es que, dada la escasa<sup>806</sup> cuantía de las penas, salvo que concurra con otros delitos, lo cual ocurrirá muy frecuentemente, habrá que optar por la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, tal y como ha quedado expuesto. No obstante, debemos convenir que la práctica forense nos ofrece con gran frecuencia supuestos en que los condenados por delito de quebrantamiento lo son simultáneamente<sup>807</sup> por otros delitos, concurriendo habitualmente la agravante de reincidencia. Estos delitos concurrente, señaladamente, lesiones o maltrato, llevarán aparejadas las prohibiciones del art. 48 CP, al que nos remitimos.

A título meramente ejemplificativo la SAP de Madrid, Sección 26ª, núm. 92/2020, de 12 de febrero<sup>808</sup>, confirma la condena por un delito de quebrantamiento de medida cautelar, previsto y penado en el art. 468.2 del CP,

---

<sup>805</sup> AYALA GARCÍA, J.M. y ECHANO BASALDUA, J.I., *La suspensión de la pena tras la LO 1/2015*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), *op. cit.*, 2016, pág. 205.

<sup>806</sup> Coincidimos plenamente con MAGRO SERVET, V., *Cuestiones prácticas de actualidad en violencia de género*, editorial Sepín, Madrid, 2006, pág. 17, cuando afirma que lo más eficaz en penas privativas de libertad pequeñas (el 48% de los condenados por violencia domestica lo son por primera vez, y con pena inferior al año) es dar una oportunidad a la levedad penológica del primer delito, frente a la prisión, no marginando al maltratador primerizo del sistema, para evitar que, como a veces ocurre, quien sale de la prisión, lo primero en lo que piense sea en vengarse de su víctima.

<sup>807</sup> Capítulo XI: concurso de leyes y de delitos.

<sup>808</sup> ECLI:ES:APM:2020:873.

con la concurrencia de la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del CP y de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del mismo texto legal<sup>809</sup>, a las penas de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, todo ello con imposición de las costas procesales.

En estos casos, se producen una serie de consecuencias interesantes. La primera, como advertimos, que el delito de quebrantamiento, por sí solo, no lleva aparejada las consecuencias del art. 48 CP, por no resultar subsumible en el apartado 1 del artículo 57 del mismo texto sustantivo; la segunda, *at last but not least*, es que una condena por el artículo 468 CP sí puede implicar la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, cuestión que será objeto de análisis pormenorizado en el último Capítulo de este trabajo de tesis.

A la hora de abordar la ejecución de penas y el tratamiento postdelictual del maltratador, debemos partir que la LO 1/2004 dedica el artículo 42 a esta materia, en los siguientes términos:

---

<sup>809</sup> Introducida por la reforma *ex* L.O. 5/2010, de 22 de junio, derivada del art. 24.2 CE del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, circunstancia que era aplicada con mucha antelación a la introducida por la citada ley orgánica, pero con la categoría de analógica.

Según la doctrina –pacífica– (*Cuestiones prácticas de actualidad en violencia de género*, editorial Sepín, Madrid, 2006, pág. 17) del Tribunal Supremo, para apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas, se requiere que la dilación sea extraordinaria atendiendo a la complejidad de la causa, comparada con el desarrollo de otros procesos similares, que sea llevada a cabo por el órgano judicial y no sea debida a la conducta obstruccionista del imputado, situándose en rebeldía o no acudiendo a los actos procesales en los que se requiere su presencia o al juicio oral motivando su suspensión.

*“1. La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.*

*2. Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior”.*

No falta quien, en cuanto al diseño de los planes de rehabilitación de condenados en el ámbito de la violencia sobre la mujer, reclama una mayor intervención de la víctima, como mejor garantía del éxito del tratamiento; sin embargo, sabemos que el artículo 44.5ª de la LOVG prohíbe la mediación. Esta decisión, que ha sido objeto de gran controversia doctrinal y debate por el resto de operadores jurídicos<sup>810</sup>, impide cualquier participación libremente adoptada por la víctima en la tarea de rehabilitación del penado por VG.

El Ministerio del Interior español ha elaborado un completo Programa de Intervención para Agresores (PRIA) en materia de violencia de género que, pese a haber sido publicado en el mes de mayo de 2010<sup>811</sup>, se encuentra

---

<sup>810</sup> Conclusión 22ª del Seminario *Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, CGPJ, Madrid, octubre 2010.

El art. 48.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, establece la facultad de los Estados 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”. Literalmente, esta redacción permite el empleo de tales instrumentos de modo facultativo.

<sup>811</sup> Pese a lo reciente del Programa, lo cierto es que son numerosos los estudios existentes sobre la materia, fundamentalmente, en el ámbito anglosajón y desde el último cuarto del siglo XX. Por todos, POLK, K., *When men kill: escenarios of masculine violence*,

actualmente en vigor. A través de sus once unidades –la última, dedicada específicamente a la prevención de la recaída<sup>812</sup>– se desarrolla un tratamiento completo en el ámbito de *prevención e intervención en violencia de género*. Partiendo del fenómeno como algo estructural o inherente a la propia sociedad, trata de dar respuesta a la mayor demanda de esta intervención por causa del incremento exponencial de la suspensiones de condena y de penas alternativas.

En el ámbito del delito de quebrantamiento, encontramos a sujetos con una actitud desafiante frente a la Administración de Justicia o, simplemente, que desprecia o ignora las advertencias. La cuestión es que éstas han sido realizadas en sede judicial y no han servido para detener la conducta criminal del sujeto. Quien quebranta ya ha sido condenado o, cuanto menos, ha sufrido una prohibición directa desde la autoridad judicial que, por lo visto, no ha resultado suficiente para conseguir que se abstenga de perturbar a la víctima. En este contexto, deben someterse a programas formativos en materia de violencia de género porque, de lo contrario, no accederían al beneficio de suspensión de la pena privativa de libertad y, por tanto, habrían de ingresar en prisión. En otros casos, este mismo quebrantamiento es la mejor prueba del fracaso del sistema de rehabilitación y puede provocar la pérdida del beneficio de la suspensión concedida y su ingreso en prisión para el cumplimiento de la

---

Cambridge University Press, USA, 1994. El autor identifica patrones de cálculo racional y planificación elaborada en el caso de asesinato de mujeres.

<sup>812</sup> Reducir la delincuencia no es una meta que pueda alcanzar por sí solo el sistema penal, sino una tarea de todas las políticas públicas que se adoptan por un parlamento y un gobierno. *Vid.* LARRAURI PIJOAN, E., *Introducción a la Criminología y al sistema penal*, editorial Trotta, Madrid, 2016, pág. 79.



pena inicialmente impuesta.

Semejante actitud<sup>813</sup> no representa, evidentemente, el mejor punto de partida y será tarea de los formadores vencer el inicial “rechazo a la terapia, negación o minimización de los hechos delictivos, atribución de la culpabilidad a la mujer, a la justicia o a las feministas, victimización y consecuencias negativas para su actividad laboral”<sup>814</sup>. La intervención terapéutica constará de las siguientes fases (pág. 61 PRIA):

- Evaluación pretratamiento con las entrevistas incluidas en el manual o similares y los instrumentos que se determinen
- Intervención terapéutica
- Evaluación postratamiento, en la que se aplicarán los mismos instrumentos que en la fase de pretratamiento
- Seguimiento

Con relación a esta última fase, cabe valorar el éxito del tratamiento que, en materia del delito de quebrantamiento, radica en la disminución de la probabilidad de reincidencia; lo cual nos permitirá evaluar la idoneidad de los medios empleados y, simultáneamente, la predicción del riesgo de violencia sobre la mujer<sup>815</sup>.

---

<sup>813</sup> DOBASH, R.P., DOBASH, R.E., *The nature and antecedents of violent events*, en “British journal of criminology” 24(3), UK, 1984, págs. 269-288, afirman que los maltratadores agreden ante lo que consideran violaciones de un orden patriarcal.

<sup>814</sup> PRIA, pág. 28.

<sup>815</sup> El Programa pondera sobremanera S.A.R.A., como Manual para la Valoración del Riesgo de Violencia Sobre la Pareja. Esta guía, de origen canadiense, ha demostrado un porcentaje de predicción superior al 70 % en España. *Vid.* ANDRÉS PUEYO, A., LÓPEZ

Sin embargo, ya advertimos que el nuevo régimen de suspensión de penas conlleva necesariamente un menor ingreso penitenciario de este tipo de delincuentes, dada la escasa cuantía de las penas que el delito de quebrantamiento lleva aparejado, dejando a salvo supuestos de concurrencia de delitos. De hecho, no existen –a diferencia del ámbito judicial– estadísticas fiables en el ámbito penitenciario, dado que pese a la publicación de mensual de toda la información relativa a la población reclusa en cárceles españolas, no recogen una descripción pormenorizada de los tipos delictivos, sino tan sólo categorizada.

En el ámbito penitenciario se vienen realizando múltiples estudios en el ámbito de la violencia de género<sup>816</sup>, también sobre las variables que contribuyen a una mejor inserción social de los condenados tras finalizar su encarcelamiento<sup>817</sup>. Con arreglo a los mismos, queda demostrado que la existencia de ingresos económicos propios, gozar de apoyo familiar o tener una residencia propia contribuyen decisivamente a prevenir futuros

---

FERRER, S. y ÁLVAREZ LÓPEZ, E., *Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA*, en “Papeles del psicólogo”, vol. 29, n.º 1, 2008, págs. 107-122.

<sup>816</sup> Para la elaboración de muchos de estos estudios, se utilizan trabajos publicados por diversos autores. Por todos, CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.), *La delincuencia violenta: ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

O, más recientemente, SORDI, B., *Programas de rehabilitación para agresores en España: un elemento indispensable de las políticas de combate a la violencia de género*, en “Cuadernos de Política Criminal”, vol. 10, n.º 19, 2015. Disponible *on line* <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100010>.

<sup>817</sup> YAGÜE OLMOS, C. (Coord.), *El delincuente de género en prisión. Estudio de las características personales y criminológicas y la intervención en el medio penitenciario*, Gobierno de España, Ministerio del Interior, 2011, disponible en <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias>

comportamientos delictivos.

Singularmente, en el ámbito del delito de quebrantamiento de condena, en general, y en relación con los delitos de violencia de género, en particular; suele aparecer con frecuencia la intención de condenado y víctima de retomar la vida en común una vez ha ocurrido la excarcelación, lo que dispara el riesgo de reincidencia. Conforme al Informe de Instituciones Penitenciarias, esta probabilidad varía en función de la previa existencia de apoyo familiar, siendo en principio mayor el riesgo en aquellos casos en los que se carece de dicho apoyo, puesto que podría existir una dependencia afectiva hacia su expareja<sup>818</sup>.

---

<sup>818</sup> Página 62. En su pág. 34 se indicaba que un 22% de los internos manifestaba voluntad de mantener la relación con su pareja objeto de malos tratos.



## **CAPÍTULO IX**

### ***ITER CRIMINIS***



## I.- Actos preparatorios y actos de ejecución

No resulta sencillo distinguir entre los actos preparatorios, que sólo son punibles en los casos expresamente previstos en la ley, y los actos de ejecución propiamente dichos, que muestran trascendencia penal. De igual manera, parece lógico –y más justo– que no reciba el mismo castigo quien arrebató la vida de una persona que aquel otro homicida que, pretendiendo el mismo fin, yerre en el disparo. No se trata de premiar la falta de puntería, sino en la necesidad de encontrar criterios normativos que nos permitan realizar ese deslinde con seguridad jurídica, a fin de no abandonar esta materia al poder del intérprete. Y, con esta premisa, hemos de contar con dos elementos, el subjetivo o de la voluntad y el objetivo o del resultado, para alcanzar una solución doctrinal y jurisprudencialmente satisfactoria.

La cuestión no es inocua, por cuanto ya advertimos que los actos internos previos a la ejecución no dan lugar a responsabilidad penal<sup>819</sup>. De hecho, el legislador, al relacionar los diferentes tipos penales, lo hace tomando como referente al delito consumado<sup>820</sup>. Y, por otro lado, no podemos obviar que, desde que el sujeto representa intelectualmente su intención de delinquir

---

<sup>819</sup> *Cogitationis poenam nemo patitur* (ULPIANO, Digesto 48, 19, 18).

<sup>820</sup> Art. 61 CP: “Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”.

*A sensu contrario*, los actos preparatorios excluyen la consumación del delito, y su contenido de injusto es menor que el del delito consumado, lo que justifica que la pena aplicable sea menor: *vid.* POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, editorial Jurídica de las Américas, 2009, pág. 23.

hasta que lleva a efecto su resolución criminal, concurre un camino, más o menos largo (*iter criminis*) que no puede resultar indiferente desde el punto de vista jurídico-penal<sup>821</sup>.

Ponemos en valor la idea de la puesta en peligro<sup>822</sup> del bien jurídico protegido como frontera entre la ausencia de relevancia típica y la imputación a un sujeto de los actos de ejecución.

Así, la STS, Sala Segunda, núm. 1479/2002, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS: 2002:5867), F.D. 2, afirma: “Este Tribunal ha tenido que pronunciarse reiteradamente sobre la cuestión aquí planteada –la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y los actos ya ejecutivos del delito–, habiendo declarado a este respecto que “han de considerarse actualmente actos ejecutivos (...) aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella (*vid.* STS núm. 1791/1999, de 20 de diciembre); para que podamos decir que la ejecución de un delito se ha iniciado, es necesario que concurran los siguientes requisitos (...): 1º. Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. 2º. Que exista ya una proximidad despacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. 3º.

---

<sup>821</sup> Art. 15 CP: “son punibles el delito consumado y la tentativa de delito”.

<sup>822</sup> El art. 62 CP exige valorar el “peligro inherente al intento” y el “grado de ejecución alcanzado” para medir la pena.



Y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal”.

En cuanto a los actos preparatorios<sup>823</sup>, éstos sólo se castigan en algunas de sus formas, aquellas de mayor gravedad y cuando el legislador así lo haya previsto expresamente<sup>824</sup>. Las modalidades de actos preparatorios que el Código penal español incrimina son la conspiración, la proposición y la provocación-apología para delinquir, reguladas en los artículos 17 y 18 del texto legal.

Ninguna de ellas es aplicable al delito de quebrantamiento, por un triple motivo: el primero de ellos, por decisión del propio legislativo, dado que no aparecen en el Cap. VIII del Tít. XX del CP; en segundo lugar, cabe añadir que el tipo de injusto difícilmente admite una comisión colectiva, dado el carácter personal e individualizado de la condena o prohibición impuesta a quien quebranta; por último, como delito de intención, es un delito de consumación anticipada, por lo que no resulta necesario esperar a la producción del resultado lesivo, bastando que se produzca la desatención al

---

<sup>823</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., *op. cit.*, 2009, pág. 42: es frecuente que, antes de dar principio a la realización del delito a través de su ejecución por hechos directos, es decir, antes del estadio de la tentativa, el actor realice actos preparatorios que apuntan a hacer posible o facilitar esa ejecución.

<sup>824</sup> Arts. 17.3 y 18.2, párrafo primero, CP.

mandato para entender consumado el mismo. En caso de intervención de varias personas (también el art. 16.3 CP recoge la posibilidad de desistimiento colectivo), habrá de reconducirse a la intervención delictiva.

Y si la tentativa excluye el concepto de consumación, de igual modo, los actos preparatorios no pueden ser compatibles con la tentativa, dado que la sanción de la tentativa excluye los actos anteriores. Como siempre, habrá que atender a si estamos ante una ejecución ya iniciada para apreciar uno u otro momento ejecutivo.

## II.- Punición de la tentativa

Una vez puestas de manifiesto las preliminares cuestiones, el Código penal regula la tentativa de delito en su artículo 16, que dispone:

*“1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*

*2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación<sup>825</sup> del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.*

*3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.*

El núcleo de estudio del grado de ejecución se halla orientado a analizar el momento consumativo del delito de quebrantamiento y, paralelamente, la extensión que nuestro legislador ha querido conceder al concepto de

---

<sup>825</sup> ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale*, I., Giuffrè, Milano, 2003, pág. 378, afirma que “el delito está consumado cuando el hecho concreto responde exacta y enteramente al tipo abstracto, delineado por la ley en una norma incriminadora especial”.

tentativa<sup>826</sup>. Y esta idea sólo puede colmarse huyendo de reglas apriorísticas que dificultan la indagación de su verdadero contenido. Baste señalar que su delimitación puede obtenerse a través de una doble pauta metodológica: en lo material, será preciso proclamar una relación entre el acto ejecutado y el bien jurídico protegido; en lo formal, resultará obligado atender a la relación entre la esencia del comportamiento típico y la acción que se realiza, de forma que tal esencia vendrá dada por el verbo nuclear del tipo que se trate –matar, en el caso del homicidio, privar de libertad, en el supuesto de detención ilegal–<sup>827</sup>.

La doctrina, a la hora de delimitar los actos preparatorios impunes, respecto de los actos ejecutivos, maneja diversas posiciones<sup>828</sup>. En primer lugar, las teorías subjetivas fundamentan la punibilidad en la voluntad criminal manifestada por el sujeto; es decir, por encima de los resultados producidos interesa la intención del sujeto, siempre y cuando hayan salido de la esfera del pensamiento<sup>829</sup>. Frente a esta concepción, las teorías objetivas atienden a la protección de bienes jurídicos y, por consiguiente, sólo admiten la relevancia penal de aquellos comportamientos que hayan provocado un

---

<sup>826</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>., *Derecho penal español, Parte general*, 8<sup>a</sup> ed. Madrid, 1981, p. 77 “el que intenta matar pero no consigue su propósito no ha realizado el tipo de homicidio (...) no obstante, la ley dispone que en estos casos se impone una pena”.

<sup>827</sup> STS, Sala Segunda, núm. 92/2019, de 20 de febrero de 2019, Rec. 10276/2018 (EDJ 2019/513165), FD Primero.

<sup>828</sup> *Vid.* POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 3<sup>a</sup> edición, Tecnos, Madrid, 2019, págs. 246 ss.; ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho penal, Parte general*, 5<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch., Valencia, 2015, págs. 241-243.

<sup>829</sup> Desechamos, por improcedentes, cualesquiera teorías subjetivas extremas, que no toman en consideración la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, por lo que no son asumibles, reconociendo la idoneidad de una concepción mixta u objetiva-subjetiva.

riesgo no permitido en los mismos.

Ambas concepciones adolecen de defectos y, desde luego, debemos descartar cualquier versión extrema de las mismas. Pero lo cierto es que debemos sentar algún criterio de distinción entre lo que merece el castigo penal y lo que, por su índole prematura, no es digno de tal sanción. Y ello por un sentido elemental de respeto al principio de proporcionalidad<sup>830</sup> que debe regir toda la intervención penal. A este respecto, el legislador español parece decantarse, sin duda alguna, por la teoría objetiva, propia del causalismo<sup>831</sup>; de hecho, utiliza (art. 16.1 CP) los términos “objetivamente” y “resultado” para definir la tentativa. Además, el término “directamente” sólo puede ser entendido como una estrecha vinculación entre la conducta del autor y el inicio de su acción, lo cual va a exigir una inmediatez espacial y temporal, a fin de no alcanzar resultados absurdos.

No cabe imputar un quebrantamiento a quien comienza a circular con su vehículo desde su residencia, a cientos de kilómetros del domicilio de la víctima, con la intención de incumplir la prohibición de aproximarse que le viene impuesta. Resulta evidente que hasta que el sujeto no se encuentre en las

---

<sup>830</sup> No pueden recibir respuesta penal cualquier ataque a un bien jurídico protegido, sino sólo los más relevantes que, por exigencia social, así aparecen tipificados: “el valor de resultado en la tentativa no tiene la misma entidad que en delito consumado al ser menor el grado de afección del bien jurídico protegido”: QUINTERO OLIVARES, G., *Acto, resultado y proporcionalidad*, en “ADPCP”, fasc. 2, 1982, pág. 404. Disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANUP198220038100408\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_Acto\\_resultado\\_y\\_proporcionalidad](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUP198220038100408_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Acto_resultado_y_proporcionalidad)

<sup>831</sup> Art. 16.1 CP: “...practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”.

Art. 1.1 CP: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”.

cercanías de ese domicilio, de suerte que no quepa dudar de su intención, y se sitúe dentro del radio de acción que le ha sido vetado, no podremos plantear la existencia de un acto de ejecución del delito de quebrantamiento. Hasta ese momento, el desplazamiento sólo sería un acto preparatorio, por lo demás, impune.

Pero ello no significa que podamos olvidarnos del aspecto subjetivo referido al sentido de la resolución criminal del autor. La propia noción de las agravantes (por ejemplo, la enumerada en el art. 22.4º CP) o la necesidad de distinguir tipos como la tentativa de homicidio (*animus necandi*) de las lesiones consumadas, determina que hayamos de analizar y valorar la determinación final del autor cuando sus comportamientos exteriores no son inequívocos para el intérprete. Ello tampoco permite afirmar que sea suficiente valorar su voluntad, siendo evidente que el legislador –por un elemental criterio de seguridad jurídica– da mayor peso al aspecto objetivo (tipicidad) que al subjetivo<sup>832</sup>.

El art. 16 CP regula la figura de la tentativa<sup>833</sup> y el desistimiento de la

---

<sup>832</sup> Evidentemente, para el legislador, hay un mayor peso del aspecto objetivo que del subjetivo. Como indica la STS, Sala Segunda, núm. 111/2011, de 22 de febrero (ECLI: ES:TS:2011:1501), “la doctrina de esta Sala ha sido, en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hacer responder al agente solo del delito de lesiones –según la entidad de las mismas–, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida”.

<sup>833</sup> SERRANO-PIEDRECASAS, J.R., *Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, tomo 51, fasc. 1-3, 1998, pág. 41: “La tentativa tiene la estructura objetiva de un delito de peligro e implica el adelantamiento de la intervención penal a fases previas a la lesión del objeto jurídico protegido en el tipo. (...) Siendo ya perfecta la resolución criminal desde que se inicia la ejecución del delito, solo se distingue la consumación de la tentativa por el distinto grado

misma. Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido entre la tentativa acabada, correspondiente a la tradicional categoría de delito frustrado, como aquella en la cual el resultado delictivo no se ha producido por circunstancias independientes al culpable, a pesar de que éste ha realizado todos los actos que considera necesarios para la completa ejecución del delito; y la tentativa inacabada, por la cual el autor aún no ha realizado todos los actos que consideraba necesarios para la consumación del hecho querido. En la tentativa inacabada el sujeto no consigue el resultado típico ya que se interrumpe la realización de los actos ejecutivos correspondientes para conseguir el efecto esperado. Dicha interrupción proviene de circunstancias ajenas a su voluntad, ya que si es terminada por voluntad propia la realización de la conducta típica, entonces se estaría frente al desistimiento voluntario<sup>834</sup>. En la tentativa, el elemento subjetivo es el mismo que en la consumación (la voluntad delictiva) sólo cambia el objetivo (la puesta en peligro o lesión del bien jurídico). En la tentativa no se ha dañado el bien jurídico, sólo se ha puesto en peligro o ni siquiera eso; pero se considera una acción lo suficientemente peligrosa para merecer el reproche penal. Dado que partimos de la asunción por parte del legislador de una concepción objetiva, habrá que efectuar un análisis de la acción cometida para comprobar la realidad de la amenaza que es objeto de castigo.

Señala la STS, Sala Segunda, núm. 671/2017, de 11 de octubre (Rec.

---

de proximidad respecto de la lesión del bien jurídico”.

<sup>834</sup> SUÑEZ TEJERA, Y., *La tentativa en el desarrollo del iter criminis*, 2012. Disponible *on line* en <https://derechopenalonline.com/la-tentativa-en-el-desarrollo-del-iter-criminis/>

10297/2017), FD Primero 2 (ECLI:ES:TS:2017:3567): “El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por: a) realización de «hechos exteriores», es decir no meramente internos; b) que implican comienzo de «directa» ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege; c) que «objetivamente» esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y d) que ese resultado no se produzca. Subjetivamente, se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa. Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del CP”.

El tema merece reflexión, especialmente, en el ámbito del delito de quebrantamiento, donde es muy frecuente la aparición del mismo junto a otros tipos delictivos. En estos casos, la tentativa no excluye el concurso de delitos. Por ejemplo, si el agresor quiere acceder a la víctima con la seria intención de lesionarla o incluso quitarle la vida, y para ello debe quebrantar la prohibición de alejamiento que le ha sido impuesta, es evidente que concurre un concurso medial (art. 77.3 CP), puesto que es imprescindible quebrantar para poder acometer físicamente a la mujer. En esta línea, no hay obstáculo para apreciar



la comisión del delito de quebrantamiento en concurso<sup>835</sup> medial con la tentativa de homicidio, siguiendo el mismo ejemplo antes expuesto.

La jurisprudencia no plantea problemas en orden a apreciar la tentativa en el delito de quebrantamiento, modulándola en función de los distintos supuestos que se plantean con arreglo a las diferentes clases de prohibiciones impuestas. En este sentido, destacan la prohibición de aproximación y la de comunicación (arts. 48.2 y 3 CP). Sin embargo, esta presencia es más hipotética que real<sup>836</sup> y *de facto*, en la práctica forense, resulta difícil su

---

<sup>835</sup> Ahora bien, no siempre que el delito de quebrantamiento concurre con otro tipo de injusto se produce un concurso ideal. A título ejemplificativo, la STS, Sala Segunda, núm. 282/2018, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2182), FD Cuarto *in fine*, castiga como infracciones separadas el delito de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento y el delito de allanamiento de morada. Así, el primero se consuma cuando el sujeto alcanza el radio de acción del “perímetro de prohibición” que tenía la víctima. Más tarde, el acceso in consentido a la vivienda supone el delito de allanamiento de morada, dos hechos delictivos que atentan a bienes jurídicos distintos, ya que mediante la comisión del delito del art. 468CP se comete un delito contra la administración de justicia y con el delito de allanamiento de morada se comete un delito contra la inviolabilidad del domicilio (...) No puede existir vulneración de la prohibición del principio *non bis in idem* cuando los hechos están desglosados en momentos distintos al no existir unidad de acto. Es evidente que un solo hecho no puede constituir dos infracciones, pero dos hechos ilícitos, como aquí ocurren en este caso constituyen las dos infracciones penales por las que ha sido condenado y no suponen infracción del citado principio, atentando, además, contra bienes jurídicos distintos.

<sup>836</sup> BENEYTEZ MERINO, L., *Del quebrantamiento de condena*, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (Dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, vol. II, Bosch, Barcelona, 2004, p. 1383, afirma que es difícil imaginar supuestos de ejecución imperfecta.

Por contra, GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., Encuesta Jurídica SP/DOCT/16705, editorial Sepín, Madrid, 2012, p. 8, admite esta posibilidad cuando se realiza una llamada pero ésta no llega a ser conocida por la víctima: fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si ésta no le atiende o si aquel deja un mensaje en el buzón e voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?

Destacamos, por su singularidad, la STS, Sala Segunda, núm. 860/1973, de 9 de

apreciación como delito intentado, por su especial naturaleza, que la convierten en un delito de rápida consumación.

Para los supuestos en que el sujeto a la pena o medida de alejamiento no pueda acercarse a la víctima, ni a su domicilio o cualquier otro lugar en la que ésta se encuentre o acuda habitualmente, a la distancia inferior fijada por la resolución judicial; es evidente que el sujeto a tal prohibición puede permanecer en otro lugar próximo, siempre que se sitúe a una distancia superior a la que se le ha indicado. Lo importante, dado que estamos ante un tipo de injusto eminentemente doloso, es que el sujeto pretenda con su comportamiento transgredir la medida de protección que le ha sido impuesta; por ese mismo motivo, a sensu contrario, queda impune el encuentro casual o fortuito, es decir, aquel no buscado ni pretendido por el sujeto, sino que es fruto del azar y la casualidad, y que es perfectamente posible si ambos residen en la misma localidad o si acuden a establecimientos, lugares o espectáculos que suelen acoger grandes multitudes.

Si, como ya hemos visto, el consentimiento de la mujer no convierte la transgresión en impune, la ausencia de voluntariedad del agresor en cometer el delito sí elimina el contenido de desvalor del injusto. Precisamente, por ser un acto esencialmente doloso, la autoridad judicial no puede limitarse a constatar que se ha transgredido el límite de metros fijado para fundamentar una sentencia condenatoria; por lo que la defensa podrá alegar sobre lo fortuito del

---

junio (ECLI:ES:TS:1973:1251), en la cual se recoge un supuesto de tentativa del delito de quebrantamiento de condena por causa de evasión de presos, conforme a los arts. 334 y 335 CP de 1973. En ésta se aprecia la forma imperfecta de ejecución, en base a un razonamiento que entendemos extrapolable a la actual regulación.

encuentro y la ausencia de intención en la comisión del quebranto. Siguiendo este razonamiento, quien se encuentra ante su víctima, espontáneamente y sin perseguirlo, debe procurar restaurar de inmediato el orden perturbado y alejarse de su cercanía hasta respetar de nuevo las distancias exigidas<sup>837</sup>. De lo contrario, se arriesga a ser declarado responsable de tal delito, no ya por su intención inicial, sino por permanecer en esa situación y no observar la conducta de evasión que le resulta exigible. Semejante comportamiento de huida, pese a no aparecer descrito en el tipo delictivo, debe entenderse incluido en el tipo cuando no se abandona de inmediato la proximidad. En este último caso, se aprecia la voluntad del quebrantamiento<sup>838</sup>. En palabras de la

---

<sup>837</sup> Si así procede, no incurrirá en responsabilidad penal alguna. El AAP de Madrid, Sección 27ª, núm. 225/2018, de 16 de febrero de 2018 (ECLI:ES:APM: 2018:2552A), FD Cuarto, *in fine*, dispone: “procede confirmar el sobreseimiento y archivo provisional de las actuaciones, ya que a la vista de las actuaciones, esta Sala ha de llegar a la conclusión que no consta debidamente acreditado la concurrencia, ni del elemento cognoscitivo ni del elemento volitivo, que el propio elemento subjetivo del delito de quebrantamiento exige para entender su perpetración, al no constar probado que el investigado se acercase a tal evento con la finalidad, o a sabiendas, de vulnerar esa pena, ni que se mantuviera en el mismo, una vez avisado de la presencia de la recurrente, y únicamente regresando a ese lugar una vez comprobada la ausencia de Alicia”.

<sup>838</sup> En esta línea, la SAP de Alicante, Sección Primera, núm. 185/2018, de 26 de marzo (ECLI:ES:APA:2018:291), FD Tercero, afirma: “En el caso sometido a nuestra consideración resulta acreditado que tras el primer encuentro fortuito en la discoteca Bacanal de Torre Vieja, el acusado tuvo que ser convencido para que abandonara el local en el que se encontraba la víctima y en el aparcamiento del segundo local, el acusado se dirigió expresamente al vehículo donde se encontraba la víctima y le dijo que de ahí no se iba y a continuación entró en el local y permaneció a escasos metros de la víctima. En el momento de ser detenido manifestó a los agentes de la Guardia Civil que había visto a la víctima en el local y que no quería irse. Por lo tanto el elemento subjetivo del delito de quebrantamiento aparece claro y diáfano, en la medida en que el recurrente sabía que no podía permanecer en el lugar por encontrarse allí la víctima y ello aunque el encuentro fue casual y él se encontraba en el local antes de que ella llegase, pues cualquier permanencia en el lugar tras un encuentro casual convierte el encuentro en el delito del artículo 468 del Código Penal”.

SAP de Gerona, de fecha 13 de febrero de 2015 (EDJ 2015/57226): “el encuentro involuntario de dos personas, una de las cuales está obligada a alejarse de la otra, es un suceso perfectamente posible y que en la realidad ocurre en numerosas ocasiones (...) Cada caso ha de ser analizado por separado, pero podríamos concluir con toda seguridad e que si es el obligado el que accede al lugar en el que se encuentra el perjudicado debería marchar de allí, mientras que si es la persona perjudicada quien accede en segundo lugar a ese espacio ya ocupado previamente por el obligado al alejamiento resulta mucho más difícil hacer esa afirmación tan categórica (...) Sin embargo, lo que de ninguna forma puede hacer el obligado al alejamiento, en cualquiera de las dos situaciones anteriormente relatadas, es aprovecharlas deliberadamente para quebrantar la condena o la medida de seguridad”.

La tentativa exige siempre un elemento subjetivo, representada por la resolución del autor en cometer el delito, si bien éste finalmente no se produce por causas independientes a la voluntad de su autor<sup>839</sup>. Aun resultando difícil en la práctica apreciar la tentativa en el delito de quebrantamiento en cuanto

---

<sup>839</sup> En palabras de la STS Sala Segunda núm. 671/2017, de 11 de octubre (Rec. 10297/2017), el Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por: a) realización de «hechos exteriores», es decir no meramente internos; b) que implican comienzo de «directa» ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege; c) que «objetivamente» esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si *ex ante* y objetivamente no podía ocurrir, y d) que ese resultado no se produzca.

Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa.

delito de mera actividad<sup>840</sup>, el tipo de injusto se agota con la acción del sujeto, por lo que no se requiere el ejercicio de una segunda acción diferenciada, temporal y espacialmente, de la primera. Otra cuestión es su concurrencia junto a otros delitos.

Respecto de la distinción entre tentativa acabada e inacabada, con la regulación del desistimiento en los apartados 2 y 3 del artículo 16 del CP, según la mejor jurisprudencia<sup>841</sup> resulta indiferente que el resultado lesivo no se produzca por un comportamiento activo del sujeto o meramente omisivo de éste. Lo que debe ponderarse son dos aspectos: primero, que la actuación desarrollada, sea cual sea su modalidad, sea libre y voluntaria; y, en segundo término, que resulte eficaz<sup>842</sup>, esto es, que el resultado no llegue a suceder.

Traemos a colación al respecto el Acuerdo Pleno no jurisdiccional 15 de febrero de 2002, que dice lo siguiente sobre el desistimiento activo: La interpretación del artículo 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el *iter criminis*, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando

---

<sup>840</sup> Admitiendo la tentativa en los delitos de mera actividad, POLAINO NAVARRETE, M., *El injusto de la tentativa en los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Cuadernos de Conferencias y Artículos, n.º 32, Universidad del Externado de Colombia, 2004.

<sup>841</sup> STS, Sala Segunda, núm. 671/2017, de 11 de octubre (Rec. 10297/2017).

<sup>842</sup> STS, Sala Segunda, núm. 28/2009, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2009:224): “requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen”; STS núm. 804/2010, de 24 de septiembre.

sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen (es por ello que el hecho enjuiciado en la sentencia recurrida debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el art. 16.2 CP).

Realmente acierta este Acuerdo en vincular el establecimiento de el desistimiento, como excusa absoluta, con una decisión exclusiva del legislador, dentro de sus competencias políticas. El caso arquetípico –al que tanto nos venimos refiriendo– es el del homicidio intentado que, en supuestos de desistimiento eficaz, queda impune como tal; sin perjuicio de poder apreciar un delito de lesiones, sancionando así los actos ya realizados respecto a los cuales el agresor no puede ya neutralizar.

La Sentencia TS, Sala Segunda, núm. 111/2011, de 22 de febrero<sup>843</sup>, afirma: “Ciertamente el nuevo desistimiento del art. 16-2º, ha supuesto un giro en la jurisprudencia de la Sala, porque si el CP de 1973 no preveía el desistimiento en la antigua frustración, sino sólo la aplicación de la atenuante novena del art. 9 de dicho Código –reparación del daño–, ahora se reconoce la existencia de un desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia que, por ejemplo en delitos contra la vida –como es el caso–, lo que antes era calificado como delito de homicidio en tentativa con la atenuante de reparación, con el actual Código, la jurisprudencia de la Sala los califica como delitos de lesiones consumadas, ya que se ha estimado

---

<sup>843</sup> ECLI:ES:TS:2011:1501.

que el delito contra la vida estaba exento de responsabilidad por el desistimiento voluntario activo del agente que había impedido el resultado, no siendo obstáculo a ello que el dolo inicial del agente fuese el de *animus necandi*".

Por lo expuesto, la interpretación del desistimiento es extensiva o amplia, en favor del delincuente arrepentido. Consiste, por tanto, en favorecer tal clase de comportamientos para minimizar la lesión o puesta en peligro de los bienes protegidos. El beneficio se recibirá por los actos propios – obviamente– pero también ajenos, a instancias o provocados directamente por el delincuente, de suerte que les resulten imputables. Ahora bien, la valoración de este modo de proceder no podrá realizarse apriorísticamente, sino caso por caso, donde no será suficiente un arrepentimiento aparente o falso, sin apenas actividad tendente a la restauración de la tranquilidad del bien jurídico; exigiéndose un comportamiento efectivo, suficiente, adecuado al daño que se pretende restaurar, sin alcanzar el heroísmo<sup>844</sup>.

Político-criminalmente, el desistimiento en la tentativa tiene por objeto premiar de alguna forma a quien con su comportamiento –activo, orientado a

---

<sup>844</sup> MAURACH, R. y ZIPF, H., *Derecho penal, Parte general*, II, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 100: "Es necesario que el autor, mediante su hacer activo, haya puesto por sí mismo una condición que impida la producción del perjuicio del bien jurídico, pero es suficiente que haya sentado solamente una de las causas: que el autor haya podido hacer otra cosa o aún más de lo que efectivamente hizo, con el fin de evitar con mayor seguridad la consumación del hecho, y el que otras circunstancias impidientes de la voluntad del autor eviten dicha consumación 'no se opone a un desistimiento liberador de pena'. Tampoco es necesario que el autor agote todas las posibilidades de salvación; es suficiente que impida la producción del resultado con algunos de los medios a su disposición".

la neutralización de los actos ejecutivos ya realizados, o meramente omisivos— evita la producción del daño. No cabe actuar de otra manera si pretendemos privilegiar la protección de los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

Aunque el legislador menciona, por un lado, la no producción de resultado y, por otro, refiere la evitación de la consumación, el énfasis para determinar las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) La voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente. En resumen, si aquel comportamiento es libre y voluntario y al mismo se le puede imputar el efecto de que el resultado o consumación no llegue a ocurrir, resulta indiferente que tal comportamiento adopte la modalidad meramente omisiva o la modalidad activa<sup>845</sup>.

Si ya advertimos que resulta difícil apreciar la tentativa en el delito de quebrantamiento, con mayor motivo, será casi imposible declarar la exención de pena por el desistimiento practicado.

---

<sup>845</sup> Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia núm. 585/2012, de 4 de julio, Rec. 10193/2012.



### III.- Consumación delictiva

La consumación del delito es un concepto normativo: se entiende que el delito ha sido consumado cuando se han realizado todos los elementos de acción incorporados en el tipo, alcanzándose el resultado típico previsto en la descripción del mismo. En otras palabras, podemos afirmar que hay consumación delictiva cuando se ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido, que es la exigencia propia del Derecho penal<sup>846</sup>.

Otra cuestión diferente sería la idea de agotamiento del delito, que excede del concepto de consumación, profundizando en el daño o peligro producido sobre el bien protegido.

Como delito de singular elemento cognitivo, el quebrantamiento se consume desde que el sujeto, con conocimiento de la vigencia de la prohibición y queriendo vulnerarla, procede a incumplir el mandato judicial. Lo que suceda posteriormente en la actuación dolosa del autor (como expresa la STS de la Sala Segunda núm. 496/2003, de 1 de abril, Rec. 774/2002) no tiene relevancia respecto de la realización del propio delito de

---

<sup>846</sup> Afirma JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, 1983, p. 705: “La consumación es entonces un concepto enteramente formal, que nada dice acerca de la lesión de un bien jurídico (también los delitos de peligro abstracto y concreto están consumados con la realización del tipo legal)”.

Con el respeto y consideración debidos, discrepamos en este punto del ilustre profesor. Así, sigue existiendo la lesión del bien jurídico en esta clase de delitos, lo que resulta perfectamente compatible con el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como hemos tenido oportunidad de analizar en la teoría del derecho penal del enemigo.

quebrantamiento, si bien puede ofrecer interés en otros campos, como el de la participación o el concurso de delitos<sup>847</sup>.

A nuestro entender, el delito admite su comisión por dolo eventual<sup>848</sup> cuando el sujeto se desplaza a lugares no comprendidos en la resolución judicial y alejados de la distancia impuesta; pero que, por muy diversas circunstancias (p.ej., fiestas patronales, celebraciones familiares o similares), el transgresor prevé que pueda concurrir simultáneamente con la víctima. En estos casos, resulta evidente la voluntad de transgredir y, por tanto, es responsable. En tales supuestos, prevalece el aspecto subjetivo sobre lo objetivo: la resolución judicial.

Por su parte, la STS, Sala Segunda, núm. 650/2019, de 20 de diciembre

---

<sup>847</sup> SAP de Cádiz, de 21 de enero de 2003 (EDJ 2003/19214): “el delito de quebrantamiento de medida cautelar es de resultado cortado: acreditada la existencia de la medida de alejamiento y acreditado el incumplimiento, se han rellenado las previsiones del tipo, sin que quepan argumentaciones acerca de extremos tales como la existencia de un perdón o reconciliación que haga innecesaria la medida o la presencia de autorizaciones puntuales de la víctima para que el imputado pueda vulnerar la medida y visitar a aquella o a la descendencia común. A falta de mención expresa en la Ley que justifique la posición contraria, pensamos que conferir relevancia típica al consentimiento –o más bien a su falta– pondría en manos de la víctima una potente arma que podría utilizar caprichosamente en términos no admisibles por el Ordenamiento, pero que a su vez –y en su perjuicio– la pondrían en el ojo de mira de toda suerte de coacciones y presiones del obligado a respetarla para que quedara sin efecto lo acordado, que son precisamente que la ley trata de repelar con la medida de alejamiento”.

<sup>848</sup> JAVATO MARTÍN, A.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*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 128.

No se admite, sin embargo, su comisión imprudente. *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B., *Quebrantamiento de condena y evasión de presos*, en “Revista de Estudios Penitenciarios”, n.º 244. Ministerio del Interior de España, 1991, pág. 29.

(ECLI:ES:TS:2019:4218), resume con gran acierto y precisión la doctrina jurisprudencial acerca de la consumación del delito de quebrantamiento, en su vertiente de prohibición de comunicación. Para el Alto Tribunal, es suficiente enviar el mensaje de texto o audio e, inclusive, realizar la llamada telefónica, sin necesidad de haber establecido una comunicación real con la víctima. Resulta suficiente que el estado actual de la técnica permita dejar constancia o registro de semejante intento. El reflejo de la llamada en el terminal telefónica ya es, de por sí, un acto de comunicación, puesto que recoge el remitente, la fecha y la hora del establecimiento, perturbando la tranquilidad de la persona beneficiaria de la protección. Por eso decimos que cuesta imaginar supuestos de tentativa en estos casos<sup>849</sup>, dado que siempre que la víctima haya tenido conocimiento del intento de comunicación, se habrá producido consumación del delito de quebrantamiento.

Retomando nuestra exposición inicial, venimos afirmando que las concepciones subjetiva y objetiva presentan limitaciones en sus respectivas formulaciones radicales y, por consiguiente, no pueden ser adoptadas en exclusiva; pero ello no significa que se encuentren al mismo nivel. En efecto,

---

<sup>849</sup> La propia Sentencia recoge un ejemplo de frustración que debe reconducirse hacia la tentativa inidónea. Sería el supuesto que la persona amparada por la prohibición haya cancelado su línea telefónica, de suerte que, aunque el sujeto intente contactar con la misma reiteradamente, la comunicación y el conocimiento de su existencia por parte de la víctima resultan del todo punto imposibles.

SERRANO-PIEDECASAS, J.R., *Fundamentación objetiva...*, *op.cit.*, 1998, pp. 137-140, afirma: En estos casos, no hay punición porque, básicamente, el bien protegido nunca ha estado en peligro, y ello pese a que la voluntad del sujeto estaba claramente dirigida a quebrantar la prohibición impuesta. Aunque la tentativa implica un adelantamiento de la línea de punibilidad, dado que no ha existido consumación, dicha anticipación no puede llegar hasta el extremo de no soportar un mínimo juicio de peligrosidad.

no podemos estar tan sólo al resultado producido por el proceder del sujeto ni dejar de valorar el plan del autor<sup>850</sup>. Sin embargo, el principio penal de intervención mínima exige la producción normativamente ponderada de un resultado típico –la puesta en peligro, al menos, del bien jurídico protegido–, que demuestre el quehacer doloso del sujeto cuya voluntad debe acreditarse como inequívoca en orden a la desatención del mandato judicial.

Ahora bien, en el tipo de quebrantamiento la producción de este resultado típico requiere una proximidad temporal y espacial con el bien protegido, pues de lo contrario perderíamos el contacto con éste. No podemos hablar de indemnidad el bien jurídico si no existe un peligro real o concreto para éste. En otras palabras, cuando pasamos del peligro abstracto al peligro concreto, cruzamos la línea divisoria entre los actos preparatorios y los actos de ejecución, siendo éstos los único que generan responsabilidad penal<sup>851</sup>.

En el delito de quebrantamiento, delinque quien se aproxima a la víctima en un radio inferior al que le ha sido impuesto o le envía un mensaje de texto, en ambos casos, cualquiera que sea su intención al acercarse o el contenido de la comunicación. Utilizar un medio de transporte para llegar

---

<sup>850</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho, Núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Escuela Gráfica Salesiana, Sevilla, 1974, pág. 131, entiende que el fundamento de la punición en la tentativa reside en la situación de peligro generada conforme a la dirección de la voluntad del sujeto.

<sup>851</sup> SERRANO-PIEDECASAS, J.R., *Fundamentación objetiva*, op. cit., 1998, p. 100, afirma: “Siendo ya perfecta la resolución criminal desde que se inicia la ejecución, sólo se distinguen la consumación de la tentativa acabada e inacabada por el distinto grado de proximidad respecto de la lesión del bien jurídico. Este grado de proximidad se mide en razón de la peligrosidad objetiva para bienes jurídicos”.

hasta su domicilio o adquirir un terminal telefónico para que la víctima desconozca la procedencia de la llamada, podrán ser considerados actos preparatorios a la vista del comportamiento posterior del autor; pero, en todo caso, serían actuaciones impunes. Así, pues, constatado el elemento objetivo del hecho, habrá que atender al aspecto subjetivo o de su voluntariedad, sin que el culpable tenga tiempo material para arrepentirse del delito iniciado. Sólo en el supuesto de quedar acreditado lo fortuito del encuentro o lo casual de la llamada (en definitiva, lo involuntario de la transgresión) podrá apreciarse la irresponsabilidad del comportamiento; pero no ya por frustración en el intento, sino por la falta de intención de cometer el delito de quebrantamiento.

Es altamente cuestionable el planteamiento de la cuestión relativa a la ejecución de cualquier acto ulterior a la consumación delictiva desde la perspectiva del *iter criminis* de un tipo de delito. El tipo recogido en el artículo 468 CP no presenta particularidades en esta materia. A este respecto, nuestro legislador sólo valora esta actitud posterior del responsable en orden a rebajar la cuantía de la pena impuesta, ya sea mediante la aplicación de las atenuantes de confesión o reparación del daño, ya sea a través de otras agravantes específicas recogidas en tipos penales de índole patrimonial (arts. 305 y 307 CP) o de interés colectivo, como las previstas en los artículos 218.2, 354.2 y 462 CP. Como se ha señalado, únicamente se acude a estas causas de exclusión de la pena basadas en un comportamiento postdelictivo positivo cuando se trata de bienes de índole colectiva, que afectan a la colectividad y no tienen un sujeto pasivo particular que se vea perjudicado por el delito. Ya

sea en delitos contra el patrimonio de entes públicos, contra la administración de justicia o contra el orden público y, en definitiva, en todos aquellos en los que el sujeto pasivo es el Estado o la sociedad en general<sup>852</sup>.

Por tanto, más allá de ponderar un comportamiento positivo del delincuente, que ahonde en su propia resocialización<sup>853</sup>, poco cabe aportar en esta específica en esta materia. No olvidemos que el delito de quebrantamiento supone la frustración de una primera oportunidad que el sujeto no ha querido acatar. Evidentemente, la puerta al reingreso como buen ciudadano siempre está abierta, pero sin olvidar la necesidad de reforzar la finalidad de prevención de la pena y, en el caso específico del art. 468.2 CP, de la necesidad de protección de la víctima.

---

<sup>852</sup> CHAZARRA QUINTO, M.A., *El tratamiento del comportamiento postdelictivo en el Código Penal español: especial referencia a la renuncia de pena ante delitos consumados*, en “Actualidad Penal”, nº 5, Sección: Doctrina, semana del 27 enero al 2 febrero de 2003, tomo I, Ref. V, editorial La Ley, 2003, pág. 159.

<sup>853</sup> MARTÍNEZ RUIZ, J., *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal*, editorial Dykinson, Madrid, 2017, pág. 95: “La reparación puede aportar mucho al cumplimiento de los fines de la pena, y por eso, se hace político-criminalmente importante. En primer lugar, es muy útil para el restablecimiento de la paz jurídica que el delincuente repare el daño en la medida de sus posibilidades; de igual modo, la reparación tiene efectos resocializadores”.

## **CAPITULO X**

### **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**





## I.- Autoría directa y mediata

Al igual que respecto de otras cuestiones de la teoría del delito, en materia de intervención delictiva concurren varias concepciones normativas así como político-criminales<sup>854</sup> que afectan a la correcta delimitación de las diversas instituciones jurídicas; en este caso, en relación con la autoría y sobre las figuras de participación que pueden concurrir en el delito de quebrantamiento.

El Código penal español hoy vigente (arts. 27 a 31) declara la responsabilidad criminal de los autores<sup>855</sup> y de los cómplices<sup>856</sup>; al no definir propiamente los respectivos conceptos, ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia dotar de contenido a estas figuras. Con su nueva redacción, el legislador pone fin a una serie de discrepancias doctrinales<sup>857</sup> acerca de las

---

<sup>854</sup> Por ejemplo, “en el Derecho penal austríaco no sería constitutivo de delito el quebrantamiento de condena llevado a cabo por el propio condenado –aunque sí sería delictivo el hecho de colaborar en la fuga–, comportamiento que nuestro Código penal sí tipifica expresamente como delito en los artículos 468 y 469 CP”: PALMA HERRERA, J.M., *Los actos copenados*, editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 61 *in fine*.

<sup>855</sup> “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

<sup>856</sup> “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos2.

<sup>857</sup> Según BACIGALUPO ZAPATER, E., *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el derecho penal*, en “Revista del Poder Judicial” n.º 31, CGPJ, 1993, pág. 34, la supresión

deficiencias ofrecidas por la farragosa regulación del texto de 1973, en la que aparecía el encubrimiento como forma de autoría y no, como en estos momentos, como delito independiente contra la Administración de Justicia. Corresponde ahora examinar, siquiera sea brevemente, cada una de estas figuras.

Debemos partir de la perspectiva del reconocimiento de que el tipo de quebrantamiento de medidas de protección constituye un delito especial propio, dado que sólo puede ser cometido por quien está sometido a la prohibición, ya como pena ya como simple medida cautelar. Por tanto, sólo puede ser autor de este delito quien, con pleno conocimiento del mandato judicial que le impone un deber específico, lo incumple, realizando aquello que le estaba vedado.

En el ámbito de la violencia frente a la mujer, es muy frecuente que sobre el sujeto recaigan no una sino varias prohibiciones conjuntamente, tales como la de aproximación y comunicación, a las que, en ocasiones, se les suele adicionar otras como la de prohibición de residencia en la misma localidad que la agredida, frecuentemente cuando se trata de municipios de reducida dimensión.

---

de la expresión “los que toman parte directa en la ejecución del hecho” del derogado artículo 14.1 resulta muy adecuada por cuanto favorecía conceptos extensivos de autor.

Para GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, editorial B de F, Buenos Aires, 2006, pág. 219, en realidad, ninguno de los tres números de este artículo definía al autor en sentido estricto, ya que autor es sólo aquel que realiza todos los elementos del tipo; por tanto, el concepto de autor debe buscarse en la descripción que de cada uno de los delitos lleva a cabo la parte especial del Código: “el art. 14 núm. 1 está ahí más bien para fundamentar la pena de los que, realizando actos ejecutivos, lleven a cabo una conducta que no es directamente subsumible en el tipo de la parte especial”.

Al respecto, si con una misma acción se quebrantan simultáneamente varios deberes negativos impuestos en una misma resolución o en distintas resoluciones, sólo se comete un único delito de quebrantamiento, como ya estableció la STS, Sala Segunda, núm. 1348/2011, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9353), al estimar que “concorre en el acusado un dolo unitario de hacer caso omiso de la obligación de no acercarse a la mujer ni de comunicarse con ella, aunque esas medidas hubieran sido adoptadas en dos resoluciones judiciales distintas”.

La singular naturaleza del delito de quebrantamiento de medidas de protección<sup>858</sup> determina una gran dificultad en la práctica forense para admitir las formas de participación; pero, en cualquier caso, en teoría, éstas son admisibles y no deberían presentar mayor singularidad cuando concurren.

En primer lugar, cabe apreciar junto a la autoría directa la autoría mediata o realizada por medio de otro al que se utiliza como instrumento. La STS, Sala Segunda, núm. 507/2019, Rec. 1473/2018, de 25 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3391), afirma: “También, decíamos en nuestra sentencia 44/2008, de 5 de febrero, que la autoría mediata, prevista en el art. 28 CP (quienes realizan el hecho por medio de otro) requiere, al menos en los supuestos fuera de discusión, que el instrumento sea incapaz de culpabilidad, obre con error (de tipo o de prohibición) o bajo coacción. Sólo estas circunstancias, en principio, pueden desplazar el dominio del hecho al que

---

<sup>858</sup> Estamos ante un delito que no ofrece un resultado material evidente. Queremos decir que no existe una clara distinción entre el comportamiento prohibido y los efectos que éste provoca y que, precisamente, el legislador ha tratado de evitar con su incriminación.

actúa por detrás”.

No resulta difícil imaginar que el sometido a la prohibición pueda disponer de otra persona para comunicar con la víctima, por ejemplo. Ahora bien, para que estemos ante un supuesto de autoría mediata, donde quien realiza la conducta típica no es el autor y el autor, por el contrario, no realiza la conducta típica<sup>859</sup>; es necesario que el instrumento desconozca la trascendencia de lo que está haciendo –en definitiva, la existencia de una orden judicial que lo impide- o que haya sido obligado a ello en contra de su voluntad. Si, por el contrario, el sujeto interviene en la ejecución de la conducta de incumplimiento de un deber jurídico especial con una actuación de cooperación, necesaria o no, en la realización del comportamiento típico, ya no estaríamos ante un supuesto de instrumentación material, sino de intervención punible.

---

<sup>859</sup> Como se recoge en la STS núm. 813/2009, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2009:4964): “el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto en la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiere tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones sino a sus componentes jurídicos”.

En una línea similar, pero en relación con el delito de maltrato habitual, la STS, Sala Segunda, núm. 556/2020, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3543), declara que la conducta recogida en el artículo 173.2 del CP determina la existencia de un solo delito de violencia doméstica habitual, con independencia del número de personas que se vean afectadas por esa desgraciada convivencia. La reiteración de actos violentos contra distintos componentes de la familia, no da lugar a un concurso de delitos homogéneos en los que respectivamente se configure como víctima cada uno de los sujetos pasivos afectados. Todo, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

## II.- Cooperador necesario

La intervención delictiva lleva aparejada una responsabilidad penal, pero sólo revestirá la forma de coautoría<sup>860</sup> cuando todos los intervinientes están sujetos a idénticas restricciones y puedan, por tanto, ejecutar el hecho punible; en caso contrario, se apreciará –con mayor frecuencia, evidentemente– la figura de la cooperación necesaria, la cual puede ser definida como la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse.

Se diferencia así de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo, refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la “conditio sine qua non”, la del “dominio del hecho” o la de las “aportaciones necesarias para el

---

<sup>860</sup> La STS núm. 185/2017, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1282), exige dos requisitos para apreciar la coautoría de los sujetos que actúan (“conjuntamente”, señala el art. 28 CP): la existencia de una decisión conjunta, expresa o tácita, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores; en segundo término, Una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo.

resultado”<sup>861</sup>, resultando desde luego todas ellas complementarias (STS, Sala Segunda, núm. 51/2017, de 3 de febrero, FD Quinto)<sup>862</sup>.

Como advertimos, cooperador necesario<sup>863</sup> es quien, no estando sometido a la prohibición, pero siendo pleno conocedor de la misma, desea colaborar en la comisión del delito de quebrantamiento; sin embargo, a diferencia del autor, el cooperador no posee el dominio del hecho.

El cooperador presta su intervención mediante actos que posibilitan o propician la comisión delictiva<sup>864</sup>, sirviendo como elemento útil para sortear las barreras de protección (comunicación, aproximación) impuestas en beneficio de la víctima.

---

<sup>861</sup> La teoría de la *conditio sine qua non* define al cooperador necesario como aquel que aporta una conducta sin la cual el delito no se habría cometido; la del dominio del hecho remite a sujetos que, cesando su comportamiento, pueden impedir la producción del resultado, lo cual se aproxima peligrosamente a la figura del coautor; y, por último, cabe añadir la teoría de los bienes escasos, es decir, cuando se coopera al *iter criminis* aportando algo que para el verdadero autor es de difícil obtención.

<sup>862</sup> ECLI:ES:TS:2017:361.

<sup>863</sup> Art. 28 letra b) CP: “También serán considerados autores los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

<sup>864</sup> Con arreglo al principio de accesoriedad limitada, a la hora de estudiar las diferentes formas de participación, debemos partir de la base de la existencia de un hecho típicamente antijurídico, cuya comisión culpable puede ser atribuida a una persona determinada, aunque no sea condenada por ello. En palabras de la STS núm. 1394/2009, de 25 de enero de 2010 (Rec. 10372/2009), FD 5º: “El principio de accesoriedad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriedad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriedad”.

Cfr., sobre la irrelevancia de la accesoriedad en el ámbito típico de los delitos especiales, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 4ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 259.

Pero ya no estamos ante un mero instrumento. Quien coopera de esta forma ha de ser consciente que está facilitando la transgresión de la orden judicial y desea hacerlo; no obstante, al no estar sujeto él mismo directamente al contenido de la prohibición, no puede ser calificado como propio autor, aunque las consecuencias penológicas sean idénticas.

### **III.- Inducción**

El último supuesto al que el Código penal español equipara a la autoría es el de la inducción<sup>865</sup>. La STS, Sala Segunda, núm. 949/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5501), afirma que la inducción consiste en “ejercer un influjo psíquico sobre otra persona, haciendo nacer en ella la voluntad de cometer un hecho delictivo concreto, sobre una víctima también específica”: es decir, primero se consigue crear en una persona la resolución criminal y, posteriormente, el inducido lleva a cabo efectivamente el delito perseguido.

Puede observarse la gran similitud existente entre la figura del inducido y la del autor mediato. La diferencia entre una y otra, en palabras de la STS, Sala Segunda, núm. 415/2016, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS: 2016:2216), reside en la acción del inducido: de esta forma, en el supuesto de actuar con dolo –entendida como voluntad de ayudar a la comisión del quebrantamiento– se trataría de inducción; en caso contrario, de desconocer la relevancia criminal de su comportamiento, nos encontraríamos ante un supuesto de autoría mediata.

Dadas las especiales características del delito que venimos estudiando, puede plantearse la posibilidad que el inducido pueda excederse en su

---

<sup>865</sup> Art. 28 letra a) CP: “También serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”.



cometido. Por ejemplo, si la labor encomendada era la simple transmisión de un mensaje amenazante, es posible que el inducido quiera, por satisfacer al criminal que tiene ascendente sobre él o por considerarlo parte de su encomienda, añadir a esta misión de comunicación un golpe o lesión.

No hay duda que el inductor es responsable, en concepto de autoría, de la comisión de un delito de quebrantamiento por incumplir la prohibición de comunicación; y eventualmente, respecto de las lesiones causadas, puede argüirse esta misma condición con arreglo a un dolo no ya directo, pero sí eventual como –en palabras de la STS, Sala 2ª, núm. 155/2015, de 16 de marzo–<sup>866</sup> “riesgo propio de la imputación objetiva de la inducción”.

---

<sup>866</sup> ECLI:ES:TS:2015:1099.

#### IV.- Complicidad

Junto a los autores, los cómplices<sup>867</sup> también responden criminalmente de los delitos cometidos (art. 27 CP). Se trata de una figura bien estudiada por nuestra mejor jurisprudencia<sup>868</sup> y que, en puridad, constituye una cooperación no necesaria. Al igual que el cooperador necesario, el cómplice ayuda consciente y voluntariamente a la comisión del delito, con actos anteriores o simultáneos, no posteriores, dado que éstos serían constitutivos de un delito de encubrimiento (arts. 451-454 CP); pero, a diferencia de aquél, la acción del cómplice no es nuclear, sino periférica o auxiliar, secundaria, por tanto, el delito podría haber tenido lugar aun sin su participación. Por lo expuesto, la figura del cómplice es perfectamente compatible con todas las anteriores: con el autor material, con el inductor e, inclusive, con el cooperador necesario.

Las líneas básicas de delimitación se encuentran, por consiguiente, suficientemente fijadas; pero examinar el caso concreto resultará inevitable. Por ejemplo, si el sometido a la prohibición le pide a su amigo el teléfono móvil para realizar una llamada, ignorando el propietario del terminal las

---

<sup>867</sup> Artículo 29 CP: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

<sup>868</sup> STS, Sala 2ª, nº 435/2010, de fecha 3 de mayo (Recurso Casación nº 2277/2009): “La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común”.

circunstancias judiciales que le afectan o la finalidad de la llamada en sí; resulta difícil que pueda imputársele una participación en el quebrantamiento a título de cómplice. Por el contrario, si este amigo adquiere un terminal para facilitárselo al sujeto a la prohibición y que éste pueda quebrantar sin que la policía pueda establecer un vínculo con el titular de la línea telefónica, evidentemente, sí participa a título de cómplice o de cooperador necesario, si se estima que su intervención fue fundamental.

La gran cuestión en esta materia es la relativa a la delimitación de la responsabilidad penal de la víctima que colabora con su comportamiento en la comisión del delito de quebrantamiento. Pese a lo que pudiera parecer, son numerosas las ocasiones en que la destinataria de la protección no quiere recibir este amparo y desea reanudar su relación sentimental con quien la ha agredido anteriormente y ha sido condenado –o, cuanto menos, ha sufrido cautelarmente alguna medida restrictiva precautoria– por ello. Evidentemente, aunque la prohibición sólo se impone al victimario (delito especial propio) y, por tanto, sólo éste puede cometer el delito de quebrantamiento<sup>869</sup>, todos los demás sujetos afectados –incluida la beneficiaria– están obligados a respetar su cumplimiento por lo que, de colaborar o propiciar esta transgresión, habrá que estudiar las consecuencias penológicas de semejante comportamiento.

---

<sup>869</sup> TARDÓN OLMOS, M., *Delitos de impacto en materia de violencia de género*, en SÁNCHEZ MELGAR, J.A. (Dir.), *Curso de formación continua con perspectiva de género*, 2ª ed., CGPJ, 2020, pág. 19: “Asimismo, debe excluirse, dadas las dudas que habían generado algunas resoluciones judiciales, que la víctima, incluso aunque llegara a acreditarse que ha tenido una inducción eficaz respecto de la conducta de desobediencia a la resolución judicial, pueda responder de forma autónoma del delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar, porque a ella no se le impuso ninguna conducta o comportamiento en el proceso”.

## V.- La actitud de la víctima, desde la perspectiva de género

La singularidad del delito de quebrantamiento radica en la extendida convicción –que sirve de presupuesto a toda la temática– que la mujer se encuentra sometida a una enorme tensión emocional, fruto de los vínculos afectivos creados a lo largo de un tiempo más o menos prolongado, y reforzada por una presión social y familiar que le lleva a tomar decisiones tan contradictorias como la de querer reanudar la convivencia con aquel que ha demostrado ser nocivo y, muchas veces, peligroso para su integridad física y moral.

Ante este tipo de circunstancias (casi podríamos calificarlas de equiparables a una situación de incapacidad mental transitoria<sup>870</sup>) ha tomado protagonismo una corriente doctrinal, reflejada jurisprudencialmente, que califica a la víctima como irresponsable<sup>871</sup> por semejante modo de proceder. Esta línea de pensamiento es fruto de otra superior, de la cual la primera es un simple reflejo, que considera que toda esta materia debe ser aplicada e

---

<sup>870</sup> También se invocan otros argumentos técnicos de mayor calado jurídico. Así, la STS, Sala Segunda, núm. 10/2007, de 19 enero, FD Tercero 2 (ECLI:ES:TS:2007: 100), reconoce que el consentimiento de la mujer estaba viciado por presiones de la familia, que afectaron a su libre determinación.

Este tipo de apreciaciones permiten obtener las consecuencias deseadas sin necesidad de recurrir a constructos de escasa solidez jurídica.

<sup>871</sup> En esta misma línea de pensamiento, la mujer carece de responsabilidad penal alguna por inducir al sujeto. *Vid.* SAP de Madrid, Sección 26ª, número 120/2020 de 19 de febrero (Rec. 123/2020).

interpretada con una especial sensibilidad, que se ha venido en denominar como “perspectiva de género”, la cual se traduce en una indiscriminada aplicación de las normas *pro víctima*, en ocasiones, por encima de lo razonable, en la búsqueda de obtener un fin superior<sup>872</sup> que no puede ser otro que lograr la indemnidad de la mujer y, simultáneamente, el otorgamiento de los medios necesarios para que pueda rehacer su vida con total normalidad y una plena independencia.

Esta corriente<sup>873</sup> ha penetrado en las más altas instancias judiciales, así como en el sistema de formación continua<sup>874</sup> de los miembros de la carrera judicial, convirtiéndola en una realidad imparable en nuestros días. Cabe argumentar esta presencia como imprescindible por varias razones<sup>875</sup>:

1ª Existe obligación legal, conforme a los instrumentos internacionales

---

<sup>872</sup> POLO GARCÍA, S., *El impacto de la violencia de género de las decisiones judiciales. Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción penal*, en “Revista on line ElDerecho, Revista de jurisprudencia” de 15 de febrero de 2020, con precisión afirma: “la violencia sobre la mujer es una realidad abrumadora que debe ser combatida de manera eficaz, por lo que no nos cabe duda acerca de la legitimidad de la *ratio legis* y la necesidad de una intervención penal más intensa en materia de género”. Disponible en <https://elderecho.com/el-impacto-de-la-violencia-de-genero-de-las-decisiones-judiciales-aplicacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-la-jurisdicion-penal>.

<sup>873</sup> El Derecho penal nunca ha sido ajeno a los discursos teleológicos. Frente a las concepciones exclusivamente dogmáticas, los valores orientan el propio debate, cuando no el sentido final de la discusión misma. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, anexo en ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 100, “resulta bastante claro que ningún autor de los que han influido en la construcción moderna de la teoría del delito pretende ignorar el significado de los valores en la teleología del Derecho penal”.

<sup>874</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J.A., *Curso de formación continua con perspectiva de género*, 2ª edición, CGPJ, 2020.

<sup>875</sup> *Vid.*, especialmente, POLO GARCÍA, S., *ibidem*.

ratificados por España de juzgar con perspectiva de género.

2ª En el ámbito penal se detectan dificultades para conceptualizar, ubicar y aplicar la perspectiva de género, derivadas tanto de los principios específicos que rigen en este ámbito, como de la subjetividad de quienes aplicamos esta parcela del Derecho.

3ª La respuesta penal tiene que estar vinculada al bien jurídico que se protege con el recurso a la pena, sin que se pueda soslayar la atención y respeto a la víctima.

4ª La valoración de la prueba debe estar exenta de estereotipos, para lo que es imprescindible ser conscientes de que no somos ajenos a los mismos, recomendando una mayor objetividad en nuestro actuar, despejando lo subjetivo de la decisión que tomemos<sup>876</sup>.

Dicha concepción ha accedido a nuestro sistema judicial y, por ende, legal (art. 1.6 CC): la STS, Sala Cuarta –de lo Social– núm. 908/2020, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3486), analiza un supuesto de falta de reconocimiento de una pensión de viudedad en parejas de hecho. El Alto Tribunal reconoce este derecho a la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento (supuesto no contemplado legalmente), cumpliendo los restantes requisitos legalmente exigidos y todo ello, exclusivamente, con arreglo a una interpretación “con perspectiva de género”.

En particular, la resolución argumenta que la solicitante cumplía todos

---

<sup>876</sup> POLO GARCÍA, S., *ibidem*.

los requisitos legales para tener derecho a la prestación, salvo el de unión y convivencia con el causante, la cual fue interrumpida 12 años antes del fallecimiento por causa de violencia de género. En este contexto, la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Y ha de recordarse que la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia.

Es difícil contradecir la justicia del argumento<sup>877</sup>. El problema es que estamos ante una auténtica laguna legal<sup>878</sup> y no resulta tan pacífico sostener que los jueces puedan colmar las omisiones legales, por muy legítimos que nos parezcan sus fines. Porque semejante clase de decisiones no representan nuestra tradicional idea de jurisprudencia como fuente del derecho. Ésta configura las resoluciones judiciales como fuente autónoma de producción jurídica cuando, de manera reiterada, se comprueba el dictado de idénticas

---

<sup>877</sup> Aunque se podría aducir que no ha concurrido interrupción de convivencia, sino un cese completo de la misma, dado el transcurso nada menos que doce años entre la ruptura y el fallecimiento. Además, precisamente, la legislación protectora hacia la mujer persigue la independencia de ésta y la ruptura de todos sus vínculos con quien ha mostrado ser nocivo y peligroso para ella. Percibir una prestación económica por cuenta de su otrora pareja no parece ser el mejor ejemplo de independencia. Evidentemente, al no existir un perjuicio individualizado con la decisión, dado que la pensión corre a cargo del erario público, no se plantea mucha polémica en torno a la cuestión.

<sup>878</sup> La resolución así lo confiesa: "Lo que sucede es, más bien, que la protección, integral y transversal, contra la violencia de género se va afinando y perfeccionando según se detectan lagunas y déficits de protección. La respuesta "global y multidisciplinar" que reclama la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 sigue presentando "deficiencias" que hay que corregir y subsanar".

soluciones para similares conflictos. Sin embargo, sentencias como la que acabamos de citar es una auténtica creación del derecho por parte de quien no está legitimado para ello, ni por el poder legislativo ni por el propio sistema democrático de separación de poderes. Aceptar este proceder implica reconocer la prevalencia de la decisión judicial por encima de las fuentes formales del derecho<sup>879</sup>.

En Derecho penal español, semejante clase de decisiones resultan de todo punto incompatibles con los principios de legalidad (art. 1.1. CP), taxatividad (art. 4.1 CP) y reserva de ley (art. 81.1 CE) que informan todo el ordenamiento punitivo. Pero cabe reconocer que la labor del juez no es puramente mecanicista<sup>880</sup>, sino que abarca también<sup>881</sup> un aspecto subjetivo, de interpretación de la norma penal, de valoración de la prueba aportada y de protección de bienes jurídicos y víctimas implicadas<sup>882</sup>. Podemos afirmar que

---

<sup>879</sup> PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del derecho*, editorial Bosch, Barcelona, 1950, pág. 236: “el Derecho es eminentemente un Derecho de jueces, en definitiva, obra de juristas”.

<sup>880</sup> Según señala APARISI MIRALLES, A., *Notas sobre la jurisprudencia como fuente del derecho*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, tomo IX, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid, 1992, pág. 254: “Para DWORKIN, es evidente que pueden existir casos en los que no sea posible aplicar ninguna norma concreta. Pero el ordenamiento jurídico no se compone exclusivamente de normas, sino también de principios y de directrices. Un modelo estrictamente normativo es unilateral porque no tiene en cuenta la existencia de estos elementos. Para este autor las directrices serían los objetivos sociales a alcanzar por un ordenamiento jurídico, mientras que los principios harían referencia a la justicia y la equidad”.

<sup>881</sup> POLO GARCÍA, S., *ibidem*.

<sup>882</sup> Sin que podamos incurrir en posturas extremas, como la marxista del “uso alternativo del derecho”, en que los jueces no son neutrales, apolíticos y objetivos. No valoramos si deberían serlo; el hecho constatable es que no lo son. Así, pues, dejemos de engañarnos y, para esta corriente, tratemos que el Derecho sirva a los fines perseguidos. *Vid.*, al respecto, con mayor detenimiento, PECES-BARBA, G., *La creación judicial del*



los jueces crean derecho, pero no así normas jurídicas<sup>883</sup>. Y recordemos que en su labor de interpretación aparecen vinculados por los criterios de equidad y la realidad actual del contexto social en que las normas deben ser aplicadas (art. 3 CC).

A diferencia de la jurisdicción social o civil (p.ej., la STS, Sala Primera, núm. 149/2020, de 4 de marzo, ECLI:ES:TS:2020:600), en el orden penal no debemos admitir la interpretación extensiva de normas o la integración de las mismas a supuestos no contemplados, bajo la intención de una mejor respuesta a la víctima. Las carencias o deficiencias del legislador no pueden ser cubiertas a través de la lesión de los derechos fundamentales del justiciable en pro de un concepto tan indeterminado como el de “perspectiva de género”.

La decisión de traer a este punto de nuestro análisis esta suerte de ideología o pensamiento generalizado aparece justificada por que, aplicando las reglas generales de la autoría y la participación previstas en nuestro Código, el comportamiento de la mujer que colabora en la comisión del delito, ya sea permitiendo el acercamiento prohibido ya, inclusive, incitando a la propia contravención; lleva aparejada una responsabilidad penal por delito de quebrantamiento, en concepto de coautoría, por causa de cooperación necesaria o, cuanto menos, por inducción a su comisión. Por ejemplo, es

---

*Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*, en Revista “Poder Judicial”, núm. 6, CGPJ, Madrid, 1983; BARCELLONA, P., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I y II, editorial Laterza, Bari, 1973.

<sup>883</sup> LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Università degli Studi di Roma, 1975, pág. 372: “la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuire alla stessa formazione del diritto è sempre creativa”.

responsable criminalmente, en concepto de cooperadora necesaria, la mujer que, con pleno conocimiento de la existencia y alcance de la existencia de una pena accesoria de prohibición de aproximación, envía varios mensajes de móvil a quien no puede acercarse a ella. Su conducta merece reproche penal porque, de no haber tomado semejante iniciativa, el delito de quebrantamiento no se habría cometido, con casi total seguridad. Sin embargo, la realidad forense nos muestra que las condenas a víctimas por su contribución a la comisión de un delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género son cuasi inexistentes, fundamentalmente por falta de pronunciamiento sobre la mujer; y aquellas que hemos podido encontrar son anteriores al año 2010<sup>884</sup>.

La SAP de Córdoba, Sección 3<sup>a</sup>, núm. 56/2020, de 27 de enero (Rec. 38/2020), resume bastante bien todas estas ideas, difícilmente compatibles entre sí, y que concluyen con una omisión consciente en relación a la responsabilidad penal de la víctima que consiente el quebrantamiento<sup>885</sup>.

---

<sup>884</sup> La SAP de Barcelona, Sección 20<sup>a</sup>, núm. 3/2010, de 23 de noviembre, Rec. 828/2008, confirma la condena de la mujer, como inductora necesaria, por un delito continuado de quebrantamiento de condena.

<sup>885</sup> Extractaremos su Fundamento de Derecho Tercero, por un evidente sentido de economía procesal: Previamente a analizar el motivo de apelación antes indicado, se debe traer a colación la consideración que ha de merecer el consentimiento de la víctima en la configuración del tipo penal del artículo 468.1 y 2 del CP (...) la resolución judicial que acuerda el alejamiento (ya como medida en sentencia, y de modo cautelar) ha de ser cumplida y su efectividad no puede quedar al arbitrio del obligado. No obstante, la situación variaba cuando la aproximación no la realizaba el condenado, sino la víctima, o por lo menos ésta consentía la aproximación, ya que si se optaba por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habría que concluir que en determinados casos, sobre todo los de reanudación de la convivencia, la propia víctima podría ser considerada

Semejante modo de proceder resulta criticable. Existen argumentos jurídicos sólidos que permiten salvar la responsabilidad de la víctima en los supuestos en que participe en la comisión del delito de quebrantamiento, sin hacerla desaparecer de su participación en el delito.

---

coautora por cooperación necesaria, o al menos por inducción, del delito; ya que su voluntad tendría efectos relevantes para el delito de quebrantamiento de medida del artículo 468 del CP, 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" (...). Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida. Por todo ello, concluye el Tribunal Supremo, en esta materia parece la decisión más prudente, (...), estimar que, en todo caso, 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, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento.

Sin embargo, el Tribunal Supremo reconsideró su planteamiento, (...) a partir del Pleno no Jurisdiccional celebrado el 25 de noviembre de 2008, en el cual, (...), se acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal"; con fundamento en la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, (...), y dado que aparece evidente el acercamiento -no es negado por el recurrente- y se admite el concierto de ambos (autor y "víctima") para el acercamiento, ha de tenerse presente que la acción típica descrita en el artículo 468 del Código Penal representa la vulneración del deber de respeto y acatamiento de la resolución judicial que incorpora cualquiera de los mandatos reflejados en el citado precepto. (...)

Por tanto, desde las anteriores consideraciones es de todo punto correcto el pronunciamiento condenatorio, de tal manera que incluso dando por probado el consentimiento del abuelo del recurrente, Sr. Bruno, éste no puede excluir la antijuridicidad de la acción ni la culpabilidad del autor (...).

Por ejemplo, la STS, Sala Segunda, núm. 10/2007, de 19 enero, reconoce la falta de libre autodeterminación de la víctima, por causa de las influencias provocadas por sus directos familiares. Otro argumento perfectamente defendible es el error, dado que resulta plausible que la víctima considere que la prohibición no recae sobre ella, por ser su beneficiaria y, por tanto, tiene poder de disposición sobre la misma. Asimismo, nuestro Código contempla la posibilidad de reparar injustos por la vía del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia.

La autoridad judicial deberá resolver la participación de la mujer en el delito de quebrantamiento con arreglo a las normas generales de participación, en principio, sin mayor singularidad; quedándole reservada la posibilidad de acudir a esta vía, siempre y cuando considere que las circunstancias del caso y de la mujer así lo requieren, y no por sistema<sup>886</sup>.

Sin embargo, la tesis mayoritaria se inclina a favor de la impunidad, que es la solución más sencilla. En efecto, resulta tan cómodo como no ejercitar acusación alguna con respecto a la mujer, quien de este modo queda libre de cualquier responsabilidad<sup>887</sup>.

---

<sup>886</sup> La SAP de Barcelona, Sección 20ª, núm. 196/2007, de 21 de febrero (ECLI: ES:APB:2007:1051), FD 2, afirma: “el único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la solicitud de indulto parcial del Gobierno de dicha pena y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita el indulto y que este acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja”.

<sup>887</sup> Puede también defenderse la impunidad de la víctima en base a la ausencia de

La búsqueda por los Tribunales de argumentos jurídicos que avalen la irresponsabilidad por el quebrantamiento, no obedece a un descontento de los órganos judiciales con la necesidad de respuesta penal ante la violencia doméstica en general, sino que responde a la constatación de que la relación entre las prohibiciones del art. 48.2 CP y la imperatividad de su imposición a la que obliga el art. 57.2 CP está resultando perturbadora para la correcta individualización de las penas<sup>888</sup>.

Y es que partimos de la base que el delito de quebrantamiento de condena se configura como pluriofensivo en el art. 468.2 CP, dado que a la debida observancia de la resolución emanada de la Administración de Justicia ha de añadirse la “indemnidad de la mujer y de otras víctimas de delitos de violencia de género”<sup>889</sup>.

Por tanto, no hay disponibilidad del bien –o bienes– jurídico protegido y, por consiguiente, el consentimiento de la víctima no puede ser relevante como causa de justificación de la conducta. (recordemos que es un delito de mera actividad). Si el consentimiento sólo puede eximir de responsabilidad

---

regulación de las formas de participación en el delito de quebrantamiento, dado que el único artículo que las contempla (art. 470 CP) no es aplicable al caso que nos ocupa.

Quizás resultara más sencillo atenuar su responsabilidad con arreglo a la apreciación de atenuantes, de naturaleza analógica (art. 21.7ª CP), en cuanto quede constancia de la presión ambiental a la que pudiera estar sometida la víctima y la influencia que pudiera causar en su libertad de autodeterminación.

<sup>888</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 y delito de quebrantamiento de condena: consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP*, en “Estudios Penales y Criminológicos”, n.º 26, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pág. 325.

<sup>889</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., *El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica*, en “InDret. Revista para el análisis del Derecho”, año 2007, n.º 4, págs. 9-10.

penal en los delitos en que el portador del bien jurídico protegido es un individuo, por lo que no puede eximir de responsabilidad penal en los delitos en los que se protegen bienes supraindividuales<sup>890</sup>.

Desde este punto de vista el argumento es invencible. Lo que ocurre es que, en numerosas ocasiones, se abandonan los razonamientos técnicos a las par que se prefieren otros de política criminal<sup>891</sup>, que deberían ser ajenos a quienes sólo deben aplicar e interpretar la ley (art. 117.3 CE). Las especialidades que la protección a las víctimas de violencia de género han sido introducidas en el Derecho penal no resultan compatibles con la actitud de dejar al albur de una voluntad cuando menos afectada –cual es la de la víctima– las decisiones judiciales adoptadas que, en el supuesto del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, no se limitan a proteger la autoridad judicial, sino también, en idéntico nivel de protección, los derechos personales de la propia mujer.

---

<sup>890</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte general*, tomo II, 6ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2004, pág. 326.

Recordemos que el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre de 2008, declara: "El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP".

<sup>891</sup> MOCCIA, S., *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, editorial Studi di Scienze Penalistiche Integrate, Nápoles, 1992, pág. 21: "il diritto penale nasce proprio da esigenze di politica criminale: consentire una pacifica coesistenza tra i consociati. Pertanto, alla politica criminale, ed in particolare alla teoria della pena, non poteva essere negato un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell'interpretazione delle norme".

## **CAPÍTULO XI**

### **CONCURSOS**





## I.- Concurso de leyes

Si hay algún sector del ordenamiento jurídico donde la valoración de concurrencia de normas<sup>892</sup> puede revestir una especial importancia es, sin duda alguna, en el Derecho penal. Y es que nadie puede ser sancionado doblemente por unos mismos hechos, lo que conlleva la interdicción de una doble sanción penal (y aquí debemos extendernos, conforme al art. 23.2 LOPJ, a posibles sanciones penales con arreglo a la legislación de uno y otro país, *ex* STC 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019, FJ 4); como, asimismo, la imposibilidad de concurrencia de una sanción administrativa y otra de naturaleza jurisdiccional<sup>893</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional sienta la doctrina de que no sólo resulta inadmisibles sancionar a un sujeto dos veces por unos mismos hechos sino que –ni siquiera– cabe someterlo a un segundo proceso (STS 159/1987, de 26 de octubre, B.O.E. núm. 271, de 12 de noviembre, FJ 3).

---

<sup>892</sup> Para MERKEL, A., “Die Strafanwendung beim Zusammenfluß von Verbrechen (Lehre von der Verbrechenskonnkurrenz)”, en *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. II, *Allgemeiner Teil*, Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.), Berlín, 1871, pág. 571, “el concurso de leyes se distingue del concurso de delitos en general, entendido como una situación de “pluralidad de infracciones legales”, y del concurso ideal en particular, en que mientras en este último caso estaríamos “ante un mismo y único supuesto de hecho (Faktum), cuyo contenido penal sólo se agota mediante la subsunción bajo una pluralidad de leyes penales”; en el concurso de leyes habría, en cambio, sólo “una pluralidad de leyes en las cuales es subsumible el mismo delito, en consideración a las mismas características”.

<sup>893</sup> *Vid.* un buen análisis sobre esta materia, con arreglo a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y a diversas resoluciones del TJUE, en ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho penal, Parte general*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 165-167.

El principio *non bis in idem*, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material. STC 126/2011, de 18 de julio (BOE núm. 197, de 17 de agosto), FJ 16.

Con arreglo a dicho principio, un mismo hecho sólo puede constituir una sola infracción<sup>894</sup>. El problema radica cuando dos o más leyes –del mismo rango y coetáneas en la vigencia<sup>895</sup>– son aplicables simultáneamente. Resulta imprescindible, en estos casos, sentar unas reglas que determinen la preferencia, lo que nuestro Código penal recoge en su artículo 8, resultando estos criterios legales incompatibles entre sí; de suerte que la elección de una ley como preferente eliminará la a las demás<sup>896</sup>. En realidad, no puede haber varias normas penales susceptibles de aplicación simultánea, por lo que una de

---

<sup>894</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 4ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 280: “En general una misma acción simultáneamente no puede ser constitutiva de varios delitos (salvo el caso excepcional del denominado concurso ideal de delitos, en que una acción infringe varias leyes penales y lesiona los respectivos bienes jurídicos en ellas protegidos)”.

<sup>895</sup> ORTS BERENQUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, pág. 168.

<sup>896</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 283 *in fine*.

ellas desplazará a las restantes, por lo que, en definitiva, se trata de un problema de interpretación<sup>897</sup>.

No obstante, el legislador ha optado por reconocer, como subtipos agravados, los supuestos más frecuentes en los que el delito de quebrantamiento aparece acompañado de otras infracciones penales, como el delito de lesiones (art. 153.3 CP), amenazas (art. 171.5 CP), coacciones (art. 172.2 CP) y maltrato habitual (art. 173.2 CP). En estos casos, ante la expresa previsión legal, parece que la solución más lógica y más acorde al principio *ne bis in idem*, debería ser la aplicación del criterio de especialidad recogido en el art. 8.1 CP<sup>898</sup>, mediante la exclusiva aplicación de los subtipos agravados; pero ello no resulta pacífico en la doctrina.

Un supuesto algo más peculiar o, en palabras de nuestro Tribunal Supremo (STS núm. 554/2017, de 12 de Julio, ECLI:ES:TS:2017:2819), “un

---

<sup>897</sup> Al respecto matiza POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 284, lo siguiente: “un sector de la doctrina habla de concurso aparente de leyes, pero en verdad se trata de concurrencia real de varias leyes penales ante un mismo acto típico. Tal concurso se solventa con la normativa selección de una de ellas y la correlativa excursión de todas las demás”.

<sup>898</sup> Como concurso de leyes lo califica la SAP de Sevilla de 25 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/337057), FD 3: “es criterio unánime en la praxis judicial, en coincidencia con el sostenido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2003, de 30 de diciembre, y luego mantenido en la 4/2005, de 18 de julio, que en los supuestos en que la modalidad agravada de los artículos 153 y 171 del CP consiste precisamente en producirse el maltrato o la amenaza quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del propio Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, como quiera que el presupuesto de la agravación coincide exactamente con la acción típica penalizada en el artículo 468.2 del CP, en evitación de la doble sanción de un mismo hecho (como delito autónomo y como determinante de la agravación de otro), ha de entenderse que entre los subtipos agravados y el delito de quebrantamiento se produce un concurso de leyes a resolver, por imperativo del principio de especialidad que consagra la regla primera del artículo 8.º del CP”.

tipo penal muy pegado a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado” es el delito de acoso o *stalking*, que se configura como una variante del delito de coacciones gracias a su introducción *ex novo* por L.O. 1/2015<sup>899</sup>. A efectos penológicos, el art. 172 ter del CP recoge en su apartado 3 una norma específica en material de concurso, conforme a la cual “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”. Es decir, el propio legislador evita la aplicación de las reglas previstas para el concurso de leyes y reconduce estos casos a un concurso –real– de delitos. *A sensu contrario*, la apreciación del concurso real de delitos presupone la compatibilidad de las diversas infracciones delictivas cometidas, que ha de ser apreciada a efectos de estimar concurrente pluralidad de delitos, pues ésta sólo existirá cuando las respectivas normas incriminadoras infringidas no excluyan la comisión de delitos independientes entre sí<sup>900</sup>.

Y decimos que suscita dudas en la doctrina porque realmente no parece que una simple agravación del tipo delictivo –lesiones, por ejemplo– resulte suficiente para abarcar el mayor grado de antijuricidad de la conducta que el quebrantamiento representa<sup>901</sup>. Así, como hemos afirmado en reiteradas

---

<sup>899</sup> Exposición de Motivos: “Se trata de aquellos supuestos en los que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no la de intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”.

<sup>900</sup> *Op. cit.*, pág. 291 *in fine*.

<sup>901</sup> En palabras de la SAP de Madrid núm. 400/2018, de 23 de mayo (EDJ 2018/580)

ocasiones, el delito de quebrantamiento conlleva el paso previo del agresor por el aparato judicial, en numerosas ocasiones, previa estancia en dependencias policiales en situación de detenido; y, sin embargo, pese a todo ese proceso, la medida o la pena impuesta no han tenido el efecto disuasorio deseado. Y la perspectiva resulta aún más grave si lo contemplamos desde el punto de vista de la víctima, la cual experimentará un mayor temor y contemplará la ineficacia de las medidas adoptadas.

La SAP de Madrid núm. 400/2018, de 23 de mayo (EDJ 2018/ 537401), recoge un supuesto en la que una pluralidad de mensajes telefónicos constituyen un delito continuado de quebrantamiento, un delito continuado de amenazas y un delito de acoso. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación y aprecia concurso ideal entre el delito continuado de quebrantamiento de condena con el delito continuado de amenazas y con el delito de acoso, de suerte que deja sin efecto la pena impuesta por el delito de quebrantamiento. El argumento utilizado es que “la totalidad de los hechos que configuran el quebrantamiento de condena viene aquí representada por las comunicaciones descritas en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada. Y estas comunicaciones, en sí mismas, resultan también constitutivas del delito continuado de amenazas previsto en el artículo 169.2 del Código Penal, siendo así que el contenido de los mensajes que carece de

---

537401), FD 5: “El concurso de normas o leyes hace referencia a aquellos supuestos en los que un único hecho puede subsumirse en varias normas penales, siendo que una de ellas capta por completo, o de manera suficiente, el contenido de desvalor de qué, de manera tal que, si efectivamente se aplicaran ambas o todas ellas se incurriría en un supuesto de doble valoración, con vulneración del principio *ne bis in idem*”.

significado explícitamente amenazante ha servido también para configurar el delito de acoso o *stalking*, de modo tal que una misma conducta resulta constitutiva de dos o más delitos”.

¿Qué ocurre desde el punto de vista penológico? Si lo calificamos como concurso de delitos, habrá de aplicarse el apartado 2<sup>902</sup> del artículo 77 CP en relación con el apartado 1 del mismo texto sustantivo. Recordamos que el art. 153.3 CP eleva las penas previstas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto (penas de prisión de seis/tres meses a un año o, alternativamente, en ambos supuestos, pena de 31 a 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad) a su mitad superior<sup>903</sup>, en caso de concurrir, entre otras circunstancias, el delito de quebrantamiento. Por su parte, el art. 468.2 CP impone la pena de prisión de seis meses a un año para las víctimas del art. 173.2 CP.

Por tanto, en el caso de víctima mujer cónyuge o en situación de análoga relación de afectividad con el agresor, las penas de prisión previstas en los arts. 153.1 y 468.2 CP son idénticas. Sin embargo, el art. 153.3 CP prevé estas penas en su mitad superior, lo que obliga a fijar el intervalo de 9 meses de prisión a un año. Este último intervalo será el que los tribunales apliquen si aprecian el concurso de normas del art. 8.1 CP; e idéntico tramo, en su mitad superior, si lo contemplan como concurso de delitos del art. 77.2

---

<sup>902</sup> “2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

<sup>903</sup> No podemos entrar a valorar, en estos momentos, esa auténtica puerta de salida que es el art. 153.4 CP.

CP. Por tanto, dado el estrecho margen de discrecionalidad, puede afirmarse que la distinción no ofrece diferencias penológicas significativas.

Pero la cuestión no resulta tan pacífica como parece. Como nota, merece destacar el habitual esfuerzo didáctico que, en materia de concurso del delito de quebrantamiento con otras figuras delictivas, suelen realizar los diferentes juzgados y tribunales. Por ejemplo, acabamos de valorar la aplicabilidad del concurso ideal de delitos, partiendo de la concepción que el comportamiento es único y conlleva dos delitos: las lesiones, en el caso arriba apuntado, y el quebrantamiento. Pero ¿por qué no considerar estos mismos hechos como un supuesto de concurso medial de los apartados 1 y 3 del art. 77 CP? Esto es, configurar el delito de quebrantamiento como un medio necesario para poder agredir a la víctima. La idea es perfectamente defendible. Por todas, la SAP de La Coruña, de 18 de junio de 2014<sup>904</sup>, en un caso de Tribunal del Jurado, en su Fundamento de Derecho Quinto, fija las penas con arreglo a las normas del concurso medial del art. 77.3 CP (que, por otro lado, es el criterio seguido por la acusación y defensa) para el caso de concurrencia de un delito de quebrantamiento de medida cautelar y otro de asesinato.

No resulta contradictorio con lo expuesto hasta el momento porque para el tipo de homicidio o su cualificación no existe, como para las lesiones o amenazas, un subtipo agravado que expresamente contemple su concurrencia con el delito de quebrantamiento. Así, para estos supuestos de muerte –o tentativa, al menos– no hay óbice para poder apreciar la concurrencia de

---

<sup>904</sup> EDJ 2014/133802 (ECLI:ES:APC:2014:1127).

delitos, dado que tales conductas son objeto de punición por preceptos independientes que no colisionan entre sí<sup>905</sup>.

Numerosos comentarios merece la SAP de Barcelona, de 23 de octubre de 2014 (EDJ 2014/256786). Los siempre innovadores juzgadores catalanes exceptúan de la regla general del concurso de leyes el supuesto recogido en la sentencia: quebrantamiento de pena de alejamiento sobre su expareja y lesiones sobre la misma, en presencia del hijo común<sup>906</sup>. En este caso, lo califican como concurso medial de delitos a resolver por el art. 77.2 CP –lo que constituye un error, por cuanto debería aplicarse el art. 77.3 CP–.

La calificación de los comportamientos delictivos engloba la modalidad concursal por la que se acusa, con lo cual el órgano sentenciador queda vinculado en función del llamado principio acusatorio. Y es que si la acusación opta por apreciar concurrencia de normas o de delitos, la sentencia debe ser congruente con esta petición, porque la misma conlleva importantes consecuencias penológicas que, de permitirse su valoración discrecional por el juzgador, puede producir una evidente indefensión<sup>907</sup> (art. 24 CE) en el

---

<sup>905</sup> Y ello facilita, asimismo, la tarea del juzgador, fundamentalmente, a la hora de apreciar la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sin perjuicio de aquietarse, en definitiva, a las normas del art. 77.3 CP.

<sup>906</sup> Especial mención merece la referencia al subtipo agravado del art. 153.3 por causa de “presencia de menores”. Para el tribunal, resulta indiferente que el menor sea de muy corta edad, dado que “el precepto no hace distinción alguna entre las edades de los menores, ni establece un límite mínimo de edad”.

<sup>907</sup> Art. 789.3 LECrim.: “La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3”.



sometido al proceso penal. Por tanto, no se trata de una cuestión menor, sino de una parte fundamental de la calificación que el acusador debe perfilar adecuadamente, a fin de no permitir absoluciones no deseadas.

A este respecto, la STS, Sala 2ª, núm. 1400/2005, de 23 de noviembre, concluye que “la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas o de delitos ha de ser necesariamente una valoración jurídica en virtud de la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible<sup>908</sup>, nos hallamos ante un concurso de normas, y en el caso contrario, ante un concurso de delitos”.

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS, de 20 de noviembre de 2006, estableció que “el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a las más graves de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”, luego aclarado por el Acuerdo plenario de 27 de noviembre de 2007, que vino a disponer que “el anterior acuerdo de esta sala, de fecha 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

---

<sup>908</sup> De igual modo, la STS Sala 2ª, de 4 de febrero de 2020 (EDJ 2020/506088), FD 4: “cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP”.

delito objeto de condena”, con lo que se produjo un cambio en la línea jurisprudencial.

La SAP de Madrid, de 18 de septiembre de 2019<sup>909</sup>, declara que la juzgadora de instancia no puede hacer uso de la posibilidad permitida por el TS, por no estar conforme con el concurso de normas propuesto por el MF y no cabe condenar por un concurso ideal de delitos: “si la acusación hubiera solicitado la condena por los dos ilícitos, sin incluir en su calificación la relación de concurso de normas entre ellos, y hubiera omitido la pena de algunos de los delitos, la imposición de la pena omitida en su mínimo legal, sería acorde con el criterio asentado en el indicado Pleno y la jurisprudencia que lo aplica y no se produciría ninguna vulneración del principio acusatorio. Pero este no ha sido el caso, ya que el MF no ha omitido u olvidado ninguna pena de obligada imposición, sino que ha hecho una calificación jurídica específica, en la que incluye la aplicación de la normativa del concurso de leyes conforme a la cual solo ha solicitado una sola pena, porque era la única que se podía imponer.

Al no respetar el juzgador esa calificación jurídica –la del concurso de normas–, incluyendo de forma sorpresiva y sin haber hecho uso de la tesis de los arts. 788.3<sup>910</sup> y 733 de la LECrim otra –la del concurso de delitos–, e

---

<sup>909</sup> EDJ 2019/710505.

<sup>910</sup> La SAP de Asturias de 18 de diciembre de 2019 (EDJ 2019/794925) confirma la condena dictada en instancia por un delito de lesiones leves de género, un delito de coacciones leves de género y un delito de quebrantamiento de medida cautelar, estando todas las infracciones en concurso de normas a resolver por el principio de especialidad (art. 8.1 CP); con arreglo a la modificación que de sus conclusiones realizó el Ministerio Fiscal una vez practicada la prueba.

imponiendo más penas que las solicitadas por la acusación, ha vulnerado el principio acusatorio.

Sin embargo, el planteamiento inverso sí parece posible: cuando la Sala considera que existe concurso de leyes y, sin embargo, la juzgadora de instancia ha apreciado concurso real de delitos. La SAP de Gerona núm. 82/2015, de 13 de febrero, afirma: “Es por ello por lo que la Sala no puede aceptar la condena separada del delito de quebrantamiento de medida cautelar y del delito de amenazas agravadas por el quebrantamiento de medida cautelar, puesto que nos hallamos ante un concurso de normas que debe solventarse aplicando el principio de absorción, sancionando la conducta enjuiciada solamente como una amenaza agravada y descartando una punición separada que integraría un *bis in idem* proscrito en el ámbito penal<sup>911</sup>.”

La consecuencia de la estimación del recurso no puede ser otra que absolver por el delito de quebrantamiento de medida cautelar<sup>912</sup>; y la Sala confirma el resto de los pronunciamientos de la sentencia condenatoria, que incluye una condena por un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia contra la mujer del art. 171.4 y 5 del Código penal.

Esta misma sentencia, cuyo planteamiento es inatacable, introduce un matiz interesante, al dejar entrever que estas reglas de aplicación no son invocables cuando el quebratamiento es continuado. Sin embargo, no podemos sino disentir de esta consecuencia. La SAP de Barcelona de 10 de

---

<sup>911</sup> EDJ 2015/57226.

<sup>912</sup> Esta misma consecuencia es la que adopta la SAP de Valencia de 12 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/319106), FD 2.

Julio de 2007<sup>913</sup> declara que “por aplicación del principio de legalidad, sí procede modificar la que hizo el juez y objeto de acusación por el Ministerio Fiscal en cuanto a los delitos continuados de quebrantamiento de condena y continuado de amenazas. Ambos delitos existen en el presente caso y en ello se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia pero nos encontramos no ante un concurso de delitos sino ante un concurso de normas, puesto que partiendo de los hechos, se acredita la existencia de un delito continuado de quebrantamiento de condena (...) y se acredita la existencia de amenazas telefónicas y en persona con ocasión del quebrantamiento de tales prohibiciones, ello debe resolverse a favor del subtipo agravado del art. 171.4 y 5 en relación al art. 74 CP”.

Como señala la SAP de Alicante, de 7 de mayo de 2010<sup>914</sup>, calificar como delitos independientes una amenaza y un quebrantamiento de condena o de medida cautelar incurre en una violación del principio de legalidad, rectificable de oficio; o, dicho sea de otro modo, una infracción del principio *non bis in idem*. Por voluntad del legislador, nos encontramos ante un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8.1 del Código penal, en virtud del principio de especialidad en favor de los subtipos agravados.

---

<sup>913</sup> EDJ 2007/246303.

<sup>914</sup> EDJ 2010/159531.

## II.- Concurso de delitos

Es tradicional en esta materia distinguir entre los denominados quebrantamientos puros<sup>915</sup>, esto es, aquellos que no llevan aparejado ninguna otra infracción penal; y el resto, más frecuentes en la práctica<sup>916</sup>, representados por los supuestos en los que el agresor, además de no respetar la pena o medida de protección impuesta para la mejor protección de la víctima, como sobre ésta un segundo delito, normalmente constituido por lesiones o amenazas, incluidas sus versiones más leves. La cuestión que debemos analizar tiene una gran importancia porque representa, en un primer momento, un evidente fracaso de las barreras de protección con las que el legislador pretende amparar a la víctima, cuya sensación de vulnerabilidad aumenta en lógica medida.

Como estudiaremos en el último capítulo de nuestro trabajo, esta distinción ha tenido relevancia, inclusive, en aspectos competenciales, dado que si el quebrantamiento no aparecía acompañado de otro acto violento, la

---

<sup>915</sup> VIGO CUBILLED, B., *Problemática de la ejecución de las penas del art. 48 del Código Penal*, en “Cuadernos penales José María Lidón”, núm. 15/2019, editorial Deusto, Bilbao, 2019, pág. 199.

<sup>916</sup> En cualquier caso, más allá de resultar más o menos habituales en la práctica forense, el delito de quebrantamiento se comete sea cual sea la finalidad perseguida, pues no se exige por el legislador para apreciar su concurrencia que el agresor pretenda cometer otro ilícito (golpear, insultar, amenazar...). Precisamente, es esta mayor habitualidad la que justifica que analicemos si procede aplicar un concurso de delitos cuando el legislador no ha contemplado específicamente el supuesto agravado.

instrucción del delito era competencia del juzgado de instrucción y no del juzgado de violencia sobre la mujer. Así lo explica con toda claridad la Circular FGE 6/2011 y, sin perjuicio de ahondar sobre esta materia más adelante, podemos adelantar que, vía normas de reparto aprobadas por juntas de jueces, por un elemental criterio de claridad y respeto al principio de especialización, en nuestros días, del delito de quebrantamiento –en cualquiera de sus versiones típicas– conocen siempre aquellos juzgados, exclusivos o meramente especializados, que tienen reconocidas competencias exclusivas en materia de violencia sobre la mujer.

No obstante, existe la posibilidad que incluso el Tribunal del Jurado pueda conocer del delito de quebrantamiento, pese a no estar incluido en la enumeración del artículo 1 de su ley orgánica<sup>917</sup>. Y ello resulta admisible por la especial redacción de su artículo 5, número 2, párrafo 2º, que dispone que “la competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: *a)* que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; *b)* que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; *c)* que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad”.

De esta suerte, el legislador abre una puerta a poder ampliar las competencias del Tribunal del Jurado a delitos que, inicialmente, no están

---

<sup>917</sup> LOTJ 5/1995, de 22 de mayo (B.O.E. núm. 122, de 23 de mayo).

contenidos en la redacción de su artículo 1<sup>918</sup>. En lo que a nosotros nos interesa, la redacción del supuesto incorporado en la letra c) presenta evidentes similitudes con la configuración legal del concurso medial del art. 77 CP; sin embargo, éste exige una necesidad que no se aprecia del todo en el art. 5.2 LOTJ, lo que indudablemente favorece la ampliación de las competencias del Tribunal del Jurado o, en palabras de la STS, Sala 2ª, de 26 de junio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3938), ello supone una “manifestación de una indudable *vis atractiva* favorable a este procedimiento”. Por tanto, no resulta algo extraño la aparición de sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial<sup>919</sup> por causa de sumarios instruidos por el procedimiento previsto para el tribunal del jurado donde se juzgue –además– la existencia de un delito de quebrantamiento, singularmente, en el ámbito de la violencia sobre la mujer (por todas, la STS, Sala 2ª, núm. 408/2019, de 19 de septiembre, ECLI:ES:TS: 2019:2865).

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el

---

<sup>918</sup> En palabras de la STS, Sala 2ª, de 26 de junio de 2009 (EDJ 2009/127318), FD 3: “nos hallamos, en realidad, ante una nueva y específica norma atributiva de competencia por “conexión” art. 5 LOTJ que amplía incuestionablemente la relación “*numerus clausus*” (*sic* en la STS de 30 de junio de 2004) de tipos delictivos sometidos “*per se*” al conocimiento del Jurado, nueva y distinta norma competencial a la que obligadamente también habrá de atenderse”.

<sup>919</sup> Por Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS, de 29 de enero de 2008, “Conforme al artículo 240.2, apartado 2, de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración de lart. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado”.

italiano, el Derecho penal español distingue entre el concurso de delitos real, medial e ideal. El primero de ellos, definido como una mera acumulación de infracciones (art. 73 CP<sup>920</sup>), debe respetar las limitaciones del art. 76 CP. En cuanto a los otros dos, la reforma operada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha puesto fin a la tradicional asimilación<sup>921</sup> entre ambas figuras, por cuanto los efectos penológicos de una y otra ya no son idénticos. De hecho, para mayor claridad, el Código dedica a regular sus consecuencias, respectivamente, el apartado 2 del art. 77 al concurso ideal y el apartado 3 para el concurso medial<sup>922</sup>. Ello fuerza irremediabilmente a la necesidad de motivar la decisión de aplicar una u otra, puesto que las consecuencias en lo relativo a la cuantía de la pena son diferentes.

La jurisprudencia es pacífica y constante en el reconocimiento de que “la determinación de cuándo un delito es un medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos” (STS núm. 1632/2002, de 9 de octubre<sup>923</sup>).

Más recientemente, en el mismo sentido, la STS núm. 36/2017, de 26

---

<sup>920</sup> Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

<sup>921</sup> Y así se recogía por la jurisprudencia: *vid.*, por todas, la SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2014 (EDJ 2014/256786), FD Segundo.

<sup>922</sup> La Circular FGE 4/2015, de 13 de julio, sobre la interpretación de la nueva regla penológica previsto para el concurso medial de delitos, lleva a cabo una interesante exposición sobre esta figura y fija, como no podía ser de otro modo, los criterios hermenéuticos que habrán de observar los fiscales en sus escritos de calificación.

<sup>923</sup> EDJ 2022/39430.



de enero<sup>924</sup>, F.D. 1.3, afirma: “el medio necesario, como dice el art. 77 del CP, no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una acción cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. Para que proceda la estimación del concurso ideal –se dijo en la Sentencia de 9 de febrero 1990– no basta la preordenación psíquica, porque la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual” (STS de 19-9-1996, citada por la STS 1289/2000, de 12 de julio). “Ahora bien, tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea (STS núm. 892/2008, de 11 de diciembre<sup>925</sup>).

En definitiva, e independientemente de la representación mental del sujeto infractor (otra cuestión será su valoración como actos preparatorios y

---

<sup>924</sup> ECLI:ES:TS:2017:202.

<sup>925</sup> EDJ 2008/253411.

formas imperfectas de ejecución), sólo podrá apreciarse la concurrencia de concurso medial cuando exista una conexión entre los hechos de tal intensidad que uno es imprescindible para permitir la ejecución del otro.

Así pues, ya no podemos hablar de un concurso ideal impropio, sino que hemos de referirnos al concurso medial como categoría propia; por cierto, menos grave en lo relativo a las penas que el concurso real, pero, a su vez, más gravosa para el penado que el concurso ideal, ya que éste aplica en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, esto es, sin aplicar *stricto sensu* el principio de absorción, mientras que, en el concurso medial, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Y, en ambos supuestos, sin que la aplicación de estas reglas pueda, en ningún caso, conllevar el mismo rigor que el concurso real de los delitos.

Por tanto, el legislador establece una suerte de gradación, donde el supuesto más grave –penológicamente hablando– es el concurso real, para ir descendiendo hasta el concurso medial<sup>926</sup> y concluir en el ideal. Para los dos últimos casos, el legislador trata de alcanzar un punto intermedio, donde considera que la mera acumulación de infracciones resulta injusta y, al mismo tiempo, no quiere dejar impune la existencia de otras infracciones. A este respecto, convendría aclarar el exacto sentido de la expresión “pena superior” a que alude el art. 77.3 CP, dado que el criterio de la determinación de la mitad superior de la pena para el concurso ideal se encuentra asentadísimo en

---

<sup>926</sup> La Circular FGE llega a calificarlo de “privilegio” frente al concurso real.

doctrina y jurisprudencia<sup>927</sup>.

A este respecto, la Circular FGE 4/2015 da buena cuenta de los problemas hermenéuticos de la norma, descartando que estemos ante un nuevo supuesto de aplicación de la “pena superior en grado”<sup>928</sup>. Utiliza para ello dos argumentos: el más importante, el sistemático, y es que el legislador utiliza expresamente la expresión “pena superior en grado” cuando quiere su aplicación; el segundo, en beneficio del reo, ya que –como veremos a continuación– resulta menos restrictivo para el condenado aplicar esta *pena superior*, que la pena superior en grado.

Desde un punto de vista práctico, habrá que tomar un suelo, representado por un día más que la pena a imponer por el delito más grave; y un techo, constituido por un día menos que la pena resultante de sumar ambas infracciones. En ese intervalo, el órgano de enjuiciamiento habrá de establecer la cantidad concreta objeto de la condena, atendiendo básicamente al principio de proporcionalidad (STS, Sala de lo Penal, núm. 92/2019, de 20 de febrero, FD Primero.6<sup>929</sup>) y dificultando sobremanera a la defensa los medios de impugnación por esta causa.

---

<sup>927</sup> A modo ejemplificativo, la SAP de Sevilla, Sección 1ª, núm. 100/2014, de 19 de febrero, FD 6 (ECLI:ES:APSE:2014:698), detalla cómo elaborar su cálculo: “Al delito de estafa le correspondería igualmente una pena de veintiún meses a tres años de prisión, al constituir dicha sanción la mitad superior de la correspondiente al delito, ya que el mismo viene castigado con pena de seis meses a tres años de prisión. Al haberse cometido el delito de forma continuada la pena privativa de libertad iría de veintiocho meses y quince días a tres años de prisión”.

<sup>928</sup> Lo que no es óbice para que ello hubiera tenido lugar. Así lo reclamaba el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2012 que, finalmente, cristalizaría en la LO 1/2015.

<sup>929</sup> ECLI:ES:TS:2019:564.

Siempre habrá de operarse con tres límites:

1) la pena final habrá de ser superior a la concretamente imponible para el delito más grave;

2) la pena final no podrá superar la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos (teniendo en cuenta los criterios del art. 66 CP) y

3) la pena final no podrá exceder del límite de duración previsto en el art. 76. Dentro de esta horquilla, habrá que estar a la discrecionalidad judicial para fijar la cuantía en concreto, por lo que se exige nuevamente una minuciosa motivación<sup>930</sup>.

Lo cierto es que, en definitiva, habrá que estar al caso concreto. La SAP de Gerona de 25 de septiembre de 2017<sup>931</sup> confirma la resolución de instancia que condena por un delito de quebrantamiento de condena, así como por un delito de maltrato en el ámbito de violencia sobre la mujer del art. 153.1 CP y

---

<sup>930</sup> Como recoge la STS, Sala de lo Civil, núm. 303/2015, de 25 de junio, FD 4 (ECLI:ES:TS:2015:2981), al afirmar: “La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo. De esta forma, la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009). Esta Sala ha venido exigiéndola aplicación razonada de las mismas que consideran adecuadas al caso en cumplimiento de las funciones o finalidades que implícitamente comporta la exigencia de la motivación: la de permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y la de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS de 5 de noviembre de 1992 , 20 de febrero de 1993 y 18 de noviembre de 2003, entre otras)”.

<sup>931</sup> EDJ 2017/303197.

un delito de coacciones. Es decir, no aprecia el concurso medial entre el quebrantamiento y las lesiones<sup>932</sup>, a diferencia de otras sentencias arriba comentadas, y aplica las reglas de la acumulación de delitos (concurso real). Lo cierto es que el recurrente ni siquiera plantea esta posibilidad, la cual favorecería penológicamente al condenado, sin perjuicio que la misma pudiera ser valorada de oficio por el tribunal. En efecto, el sujeto aparece condenado por el quebrantamiento a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y, por el delito de maltrato, apreciando la circunstancia agravante de reincidencia y la circunstancia atenuante analógica del art. 21.7 en relación con el art. 20.2, a las penas de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 2 años y prohibición de aproximarse a menos de 200 metros respecto de la víctima a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por ella y comunicarse con ella por cualquier medio durante 2 años. Sin embargo, si aplicamos las reglas del art. 77.3 CP, dado que la infracción más grave es el maltrato, habría que aplicar una pena superior a los nueve meses de prisión e inferior a los quince meses, que habría que concretar en la resolución judicial pero que, en todo caso, siempre beneficia al sujeto frente al concurso real. En cuanto a las penas de aproximación y de alejamiento –nos referimos a las que motivaron el quebrantamiento y a las que

---

<sup>932</sup> De la relación de hechos probados, no cabe inferir, en ningún caso, que el delito de coacciones pueda integrarse en alguna clase de concurso, dada la independencia de los hechos que lo configuran.

son impuestas *ex novo* por causa del delito de lesiones– será necesario proceder a la refundición de las condenas<sup>933</sup>, a fin de no dejar impune este nuevo delito, que demuestra aún más la necesidad y conveniencia de proteger de la víctima.

Ya advertimos que se echa en falta una mayor certidumbre jurídica<sup>934</sup> en cuanto a la posibilidad, por parte de los operadores jurídicos –abogados, básicamente–, de conocer o anticipar en gran medida si los órganos judiciales van a apreciar por sistema el concurso medial de delitos entre el quebrantamiento y el ataque contra la libertad personal de la víctima o si, por el contrario, esta concurrencia resulta tan casuística que no puede imaginarse el resultado final.

En este sentido, encontramos en la jurisprudencia –mal llamada– menor una variedad de supuestos tan amplia que convierte en fútil cualquier intento

---

<sup>933</sup> Sobre esta materia, véase la interesante Sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 367/2015, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2597), en la que anticipa los requisitos exigidos para la refundición de condenas tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal *ex* L.O. 1/2015, de 30 de marzo; destacando el hecho que se asume la doctrina jurisprudencial, que elimina la exigencia de conexidad para la refundición de condenas, al acoger un criterio exclusivamente temporal.

<sup>934</sup> La STC núm. 135/2018, de 13 de diciembre (BOE núm. 13, de 15 de enero de 2019), FJ 5, establece: “podremos definir la seguridad jurídica como la certeza de la norma que hace previsible los resultados de su aplicación. Sendos aspectos –certeza y previsibilidad– se encuentran íntimamente vinculados. Muestran las dos vertientes objetiva-subjetiva, definitorias de la seguridad jurídica, que aparecen reflejadas en la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando afirma que la seguridad jurídica debe ser entendida desde un plano objetivo como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1); pero además, desde una perspectiva subjetiva como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5)”.

por reconducir la cuestión a un patrón común. Así, la SAP de Gerona, de 13 de febrero de 2015<sup>935</sup>, aprecia concurso de normas y no de delitos en quien, quebrantando su medida de alejamiento impuesta en sede instructora, profiere amenazas de muerte a su ex-pareja. Señala la citada Sentencia que “la Sala no puede aceptar la condena separada del delito de quebrantamiento de medida cautelar y del delito de amenazas agravadas por el quebrantamiento de medida cautelar, puesto que nos hallamos ante un concurso de normas que debe solventarse aplicando el principio de absorción, sancionando la conducta enjuiciada solamente como una amenaza agravada y descartando una punición separada que integraría un *bis in idem* proscrito en el ámbito penal”. El juzgador no deja lugar a dudas: el legislador prevé expresamente, en el párrafo segundo del art. 171.5 CP<sup>936</sup>, el quebrantamiento de medida cautelar como subtipo agravado de las amenazas leves en el ámbito doméstico, “figura ésta que propone una penalidad menor que la que resultaría al castigar los hechos separadamente”. Por consiguiente, no cabe condena por el quebrantamiento cometido, dado que el desvalor de este comportamiento se configura legalmente como una agravante. De hecho, en la sentencia analizada, la Sala absuelve por el delito de quebrantamiento, a fin de corregir la decisión de instancia.

---

<sup>935</sup> EDJ 2015/57226.

<sup>936</sup> Dice así: “Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior, cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

La SAP de Madrid de 2 de febrero de 2017<sup>937</sup> absuelve por el delito de coacciones y aprecia exclusivamente un delito continuado de quebrantamiento de condena, por estimar que no concurren los presupuestos necesarios para apreciar el delito del art. 172.2 CP. Merece la pena resaltar que la sentencia recurrida no apreció delito medial entre el quebrantamiento de la prohibición de comunicación y el envío de múltiples cartas postales por parte del condenado, sino que acordó su punición como delitos independientes. Ningún pronunciamiento realiza la AP de Madrid sobre esta cuestión, limitándose a absolver por el delito de coacciones.

Otra cuestión a plantear en el concurso de delitos es la prescripción. Con arreglo al art. 131.4 del Código penal, “en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”. Para el delito de quebrantamiento, las penas previstas para el tipo (prisión de seis meses a un año y multa mayor de tres meses) son de las definidas como menos graves (art. 33.3 CP) y, por tanto, el delito de quebrantamiento prescribe a los cinco años *ex* art. 131.1 CP., a contar desde que se cometió la infracción<sup>938</sup>.

El precepto en cuestión no corresponde a la redacción original del texto de 1995. Responde a una “reforma técnica”, en palabras del propio legislador, introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En efecto, la jurisprudencia ya venía exigiendo esta redacción a la luz de su

---

<sup>937</sup> EDJ 2017/27952.

<sup>938</sup> Art. 132.1 CP.



doctrina.

Por todas, la STS 1006/2013, de 7 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:51), FD 2, establece: “Pero es conocida la doctrina de esta Sala, en el sentido de que en los supuestos de concurso medial el plazo de prescripción del conjunto delictivo será el que corresponda al delito más grave, en este caso la estafa. Este plazo ha de computarse desde la fecha de consumación del delito-fin, y no del delito instrumental, cuando éste es anterior como sucede en el caso actual. En el Acuerdo adoptado para unificación de criterios en la Sala General celebrada el 26 de octubre de 2010, el Pleno decidió ratificar su doctrina en el siguiente sentido: "En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado”.

Y añade, en su FD 3º: “Como señala la sentencia de 9 de julio de 1999, núm. 1125/1999, reiterada en la STS 1493/99, de 21 de diciembre de 1999, caso Roldán, la doctrina de esta Sala, a los efectos del cómputo de la prescripción y como regla general, se inclina por el criterio del resultado (Sentencias de 26 de octubre de 1971, 27 de diciembre de 1974, 21 de abril de 1989 y 26 de octubre de 1993), pues en los delitos de resultado éste constituye un elemento del tipo, sin el cual la infracción penal no se perfecciona: “La prescripción comienza cuando el delito termina, y en consecuencia el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico”.

Fuera de los casos en los que el delito de quebrantamiento es configurado como subtipo agravado de otro (singularmente, lesiones, amenazas o coacciones), y por tanto concurre con otros, habrá de estarse al delito de mayor pena, en su mayor parte coincidente con el plazo de cinco años, salvo en el supuesto de homicidio/asesinato. El plazo de prescripción del delito de quebrantamiento se computará desde el momento de la consumación o, en su caso, de la tentativa, del mismo<sup>939</sup>.

---

<sup>939</sup> La STS núm. 650/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4218), considera consumado el delito de quebrantamiento de condena a la pena de prohibición de comunicarse con la víctima cuando ésta recibe diversas llamadas telefónicas del condenado, aunque no llegara a atenderlas.

### III.- Continuidad delictiva

Llegados a este punto, debemos entrar a analizar en el presente tipo delictivo la continuidad delictiva prevista en el artículo 74 CP<sup>940</sup>. Su apreciación –o no– puede tener importantes consecuencias penológicas para el condenado, habida cuenta que, de no apreciarse la continuidad delictiva, el sujeto quedaría sometido a las reglas del concurso real, lo que redundaría en su perjuicio.

Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de diciembre de 2017<sup>941</sup>, estima la concurrencia de continuidad delictiva en la comisión de un delito de quebrantamiento de condena. La diferencia entre una sucesión de actos delictivos aislados y una continuidad delictiva se basa en la permanencia en la situación antijurídica, de manera que la situación antijurídica generada por el quebrantamiento se prolonga en el tiempo hasta la reposición de la situación jurídica dispuesta por la orden. (...) En otros términos, es preciso que se haya repuesto la situación jurídica dispuesta por la orden de privación de libertad para que se pueda calificar típica una nueva conducta de quebrantamiento de

---

<sup>940</sup> Art. 74.1 CP: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

<sup>941</sup> ECLI:ES:TS:2017:4665.

condena, medida de seguridad, prisión medida cautelar, conducción o custodia, pues la mera perpetuación de la situación generada por el quebrantamiento es la propia que se deriva de la nota de permanencia en la situación antijurídica.

La vulneración de la prohibición establecida sobre el sujeto no exige, para la realización del tipo, una continuidad delictiva en la ejecución del comportamiento<sup>942</sup>, esto es, una pluralidad de actuaciones personales dirigidas a consumir este incumplimiento. Basta, por tanto, una sola desobediencia, para apreciar la concurrencia del delito de quebrantamiento. Lo verdaderamente relevante no es la pluralidad de actos, sino la unidad de determinación del sujeto. El supuesto más representativo es el de la reanudación de la convivencia, prolongada en el tiempo “de manera que la situación antijurídica generada por el quebrantamiento se prolonga en el tiempo hasta la reposición de la situación jurídica dispuesta por la orden”<sup>943</sup>. Dicho sea en otros términos, deberá apreciarse la continuidad delictiva si los bienes jurídicos protegidos y el precepto infringido por tales comportamientos son idénticos<sup>944</sup>.

---

<sup>942</sup> El delito continuado aparece regulado en el art. 74 CP, cuyo primer apartado establece: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

<sup>943</sup> STS, Sala 2ª, núm. 846/2017, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4665).

<sup>944</sup> Existiendo identidad de tipo penal y de bien jurídico protegido, resulta indiferente que los hechos se encuentren en distinto grado de ejecución, esto es, pueden coexistir comportamientos que ya hayan lesionado el bien jurídico con otros que tan sólo lo hayan puesto en peligro.

Como señala la SAP de Madrid, Sección 27ª, de 26 de junio de 2018<sup>945</sup>, “resulta unánime y reiterada la jurisprudencia que admite la posibilidad de la continuidad delictiva en el delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar, que precisa de los siguientes requisitos: un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de “hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión”, por ello esa “pluralidad dentro de la unidad final” es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos, ya que en éstos la acción es única aunque los delitos sean plurales, en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único”.

Una cierta “conexidad temporal” dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación. El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”. Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de “una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos”; lo segundo se da, no cuando la

---

<sup>945</sup> EDJ 2018/544262.

intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace (re)caer al delincuente en la repetición de la comisión delictiva.

Respecto de la homogeneidad del *modus operandi* en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido, el elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa). Se requiere que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas, aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo.

En el delito continuado, aparecen una pluralidad de acciones que responden a una misma determinación delictiva, si bien ejecutadas con ánimo de aprovechar una misma ocasión y en un mismo contexto espacio-temporal. Por ejemplo, éste sería el caso de quien, sometido a una prohibición de comunicación, telefonea repetidamente a la víctima a lo largo de todo el día.

El delito continuado es más grave que el delito único, ya que contiene varios hechos, de ahí su penalidad especial<sup>946</sup>. En palabras de la STS núm. 527/2010, de 4 de junio (Rec. 1497/2009), las reglas penológicas del delito continuado no son sino unas reglas específicas de aplicación de la pena para los supuestos que define. Esas reglas son las previstas en el art. 74 del Código

---

<sup>946</sup> Entendida como incremento de la respuesta penológica. Acuerdo Pleno de la Sala Segunda del TS, de 30 de octubre de 2007: “El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena”.

penal, que prevé una primera regla penológica, en el apartado primero, la pena señalada para la infracción mas grave en su mitad superior; en los delitos patrimoniales, regla segunda, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado y una tercera regla para los supuestos de notoria importancia y pluralidad de personas, que se corresponde lo que ha sido conocido con el nombre de delito masa.

La aparente contradicción de estas reglas, y la pluralidad de soluciones en la imposición de la pena, pues se llegó a informar que existían dos reglas de determinación de la pena en el delito continuado, la de los delitos patrimoniales y las de los demás delitos, hizo que la Sala Segunda, reunida en Pleno no jurisdiccional, alcanzara el Acuerdo de 30 de octubre de 2007 en el siguiente sentido: “El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración”.

La continuación en el delito presenta problemas en los frecuentes supuestos de la comisión de varios quebrantamientos en los que alguno o algunos de ellos es la cualificación de un delito de lesiones o amenazas de violencia de género, al tiempo que entre todos los quebrantamientos se da un dolo unitario no renovado o continuidad delictiva<sup>947</sup>. Es más, en nuestra jurisprudencia, tanto el Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 221/1997, de

---

<sup>947</sup> Conclusiones XV Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, celebrado en Ciudad Real los días 7 y 8 de octubre de 2019, p. 12

4 de diciembre, ECLI:ES:TC:1997:221), como por el Tribunal Supremo (SSTS, Sala Segunda, núm. 1074/2004, de 18 de octubre, y núm. 253/2009, de 4 de marzo<sup>948</sup>) han ido mucho más allá y han negado eficacia de cosa juzgada a la sentencia condenatoria por delito continuado respecto de hechos individuales que, pudiendo haberse integrado en tal continuidad, no fueron objeto de acusación, de forma que la condena posterior por esos otros hechos sería legítima.

Son dificultades que debemos asumir cuando contemplamos el delito de quebrantamiento como tipo autónomo; pero, al mismo tiempo, como cualificación de otros delitos como el de lesiones (art. 153.3 CP) o maltrato habitual (art. 173.2 CP). La introducción de especialidades tales como el apartado segundo del artículo 468 CP, exclusivamente, por causa de protección a las víctimas de violencia de género o doméstica; implica objetivar conductas cuyo mayor reproche penal sólo puede justificarse en base a juicios de valor que ni siquiera se discuten en Sala.

Otro buen ejemplo de semejantes presunciones representa la agravante de parentesco, regulada en el art. 22.4º CP<sup>949</sup>, cuya aplicación está prevista para delitos en protección de bienes eminentemente personales, como los que venimos analizando. Como señala la STS núm. 351/2019, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2466), “es evidente que el fundamento de las agravaciones

---

<sup>948</sup> ECLI:ES:TS:2004:6559 y ECLI:ES:TS:2009:1243.

<sup>949</sup> Art. 22.4º CP: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.



recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva acabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género”.

Desde un punto de vista técnico, es posible defender la aplicación de esta agravante y la subsiguiente supresión de la especialidad que supone el número 2 del art. 468 CP. Al mismo tiempo, podríamos reconducir los supuestos de cualificación ya referidos a las reglas del concurso medial del art. 77.3 CP porque es evidente que la voluntad de quien quebranta es principalmente lesionar –por ejemplo– a la víctima, ignorando las barreras que se le han impuesto, y confirmando al mismo tiempo, que ese juicio de riesgo inicial que justificaba la imposición de las prohibiciones, se encontraba totalmente justificado. El legislador ha optado por las vías contenidas en nuestro Código porque objetiva (es decir, garantiza) el mayor castigo sin necesidad de desarrollar actividad probatoria alguna orientada hacia el carácter discriminador de la conducta reprimida. Y este modo de proceder merece una honda reflexión.

En ocasiones, semejante postura obliga a realizar auténticos ejercicios

de equilibrio. La STS, Sala Segunda, núm. 613/2009, de 28 de mayo, declaró que “el art. 153.3 CP contiene un subtipo agravado cuando concurren en la ejecución del hecho determinadas circunstancias que enumera, unidas de forma disyuntiva. Por ello, bastando la concurrencia de una de ellas (el uso de armas) para integrar el subtipo agravado, la otra (quebrantamiento de la pena), constituiría el delito previsto en el art. 468.2 CP. 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”. Por ello, condenó al imputado como autor de un delito de maltrato del art. 153.1 y 3 (con armas) en concurso medial con un delito de quebrantamiento del art. 468.2 del CP.

Tal posición jurisprudencial motivó que en las Conclusiones de los Fiscales Delegados del año 2009, refrendadas por el FGE, se adoptara el siguiente acuerdo: “En el caso de que concurren varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva en el art. 153, 171 o 174 del CP, que pudieran constituir un delito independiente, se aplicarán las normas del concurso medial previsto en el artículo 77 del CP (quebrantamiento de condena o medida cautelar, allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas)”<sup>950</sup>.

La doctrina ofrece toda su lógica, puesto que si acumulásemos las cualificaciones del art. 153.3 CP (presencia de menores, empleo de armas, acometimiento en el domicilio común o de la víctima y quebrantamiento), el

---

<sup>950</sup> Circular FGE 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos para la persecución de la violencia doméstica.

reo se vería injustamente beneficiado cuando, además, el legislador<sup>951</sup> no lo ha querido así. Por tanto, para salvar esta dificultad, el Alto Tribunal opta por una decisión inteligente y, a nuestro parecer justa: aplicar la cualificación, en este caso, por la utilización de armas y sancionar el quebranto por la vía del art. 77.3 CP, de suerte que no queden actos impunes ni, por otro lado, resulte una pena desproporcionada.

Por último, los artículos 470 y 471 CP regulan los supuestos de participación en la evasión de presos, tanto por parte de particulares –art. 470– como por parte de funcionarios públicos –art. 471–. En este último caso, se establece un tipo cualificado con un aumento significativo de la pena, dado que el funcionario no sólo ayuda al interno a fugarse sino que, además, incumple con su obligación laboral y de dependencia funcional (infidelidad en la custodia).

Se ha señalado que el legislador equipara aquí la comisión de un hecho, cual es colaborar en facilitar la evasión de internos del centro penitenciario, a la omisión del deber de evitar la fuga de los internos en tales establecimientos<sup>952</sup>, lo que constituye una singularidad dentro de la regulación ordinaria de los delitos de omisión, los cuales responden al incumplimiento de

---

<sup>951</sup> STS 418/2012, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3726), FD 6º: “No existe ninguna norma en el Código Penal, que, ante la estructura de un tipo cualificado mixto alternativo niegue a las circunstancias que resulten anodinas o innecesarias para alumbrar dicho subtipo, la posibilidad de actuar como agravantes genéricas si realmente se hallan simultáneamente previstas en el art. 22 del Código (STS 246 /2011, de 14 de abril ), por lo que no se puede compartir la tesis de que la alevosía se haya subsumido en el subtipo agravado de lesiones del art. 148.1 CP”.

<sup>952</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, 1999, pág. 534.

un mandato dirigido a la comisión de una acción.

El primero de los artículos incriminadores de la fuga de presos –nos referimos al artículo 469 CP<sup>953</sup>– no puede ser incluido en dicha conclusión dado que el particular tiene la condición de tercero y no está obligado por su profesión a la custodia<sup>954</sup> de aquéllos.

Además, dicho precepto contempla, aunque no necesariamente, un supuesto de coautoría, al regular la alta probabilidad de realizar la evasión con la concurrencia de otros, quienes van a disponer del dominio sobre el hecho y, por consiguiente, puede permitir la aparición de formas imperfectas de ejecución.

Cabe, no obstante, señalar algunas deficiencias, como es la ausencia de tipicidad del comportamiento del preso consistente en evadirse del establecimiento sin violencia o intimidación o sin concurrir fuerza en las cosas.

Cierto es que será difícil que pueda ocurrir este suceso sin ninguna de estas circunstancias, pero su hipotética concurrencia podría producir la

---

<sup>953</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *Quebrantamiento de condena y evasión de presos*, en “Revista de Estudios Penitenciarios”, n.º 244, Ministerio del Interior de España, 1991, pág. 14: “Poca probabilidad del que en el quebrantamiento de una pena distinta a la prisión puedan concurrir instrumentalmente violencia, intimidación o fuerza han debido aconsejar aplicar el tipo agravado exclusivamente a la fuga”.

<sup>954</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, pág. 25, critica la utilización alternativa de los términos “conducción o custodia”: “Conducción no es sino una circunstancia penitenciaria lógicamente irrelevante a los efectos de delito, de forma que quien quebranta la conducción hace lo mismo con la condena o la prisión. La custodia (...) más bien tiene el sentido de velar o preservar a los internos de los perjuicios de la propia ejecución y, por tanto, de ella se derivan fundamentalmente deberes para la administración penitenciaria”.

paradójica impunidad del comportamiento del fugado y, por el contrario, la incriminación del particular que haya favorecido la huida *ex art. 470.1 CP*.

En definitiva, si la situación antijurídica creada por la transgresión de algunos de los supuestos del art. 468 CP es objeto de restauración, no cabe apreciar el delito continuado y los actos deberán castigarse por separado. Hasta aquí, no parece que pueda suscitarse controversia alguna.

Sin embargo, en el ámbito de la violencia de género y doméstica, los intereses objeto de protección complican este planteamiento inicial, claro y sencillo. En efecto, respecto de las penas contenidas en el art. 48 CP, y cuyo quebranto también abarca el art. 468 CP, es de reconocer que, junto al contenido de las mismas, existe un segundo componente fundamental cual es la protección de la víctima. Si algún sentido tiene la imposición de las prohibiciones de aproximación y comunicación, el mismo es la necesidad de mantener protegida a la víctima, así como reforzar a ésta en su sensación de seguridad; en definitiva, lograr que la perjudicada por semejantes comportamientos delictivos se sienta segura.

Por tanto, cabe colegir –y así lo hace nuestro Alto Tribunal– que en estos últimos casos es suficiente que la víctima se sienta perturbada en su percepción de riesgo o, en palabras de la sentencia referida, la perturbación de las condiciones de seguridad dispuestas y que son perturbadas en su situación jurídica con cada concreto acto de acercamiento, con reiterado incumplimiento de la orden dispuesta para seguridad de la víctima.

Por último, en el ámbito típico del delito de quebrantamiento de condena –o de medida cautelar– merece algún comentario específico el supuesto de continuidad delictiva. Así, resulta sencillo imaginar cómo el sujeto que infringe la prohibición de comunicación llamando a su ex-pareja o enviándole mensajes de whatsapp; no se conforma con hacerlo en una sola ocasión, sino que la llama insistentemente o le envía múltiples mensajes. En todos estos casos, debe apreciarse la continuidad delictiva del artículo 74 CP.

Por tanto, se trata de un supuesto que aparecerá, con bastante frecuencia, en el ámbito forense. Aunque la materia no está exenta de polémica<sup>955</sup>, puede parecer desproporcionado el establecimiento de penas independientes por cada uno de los supuestos de transgression (concurso real de delitos), cuando parece evidente que la predeterminación criminal (o designio criminal<sup>956</sup>) es la misma. En otras palabras, hay una sola voluntad perversa por parte del infractor que, desconociendo las barreras de protección establecidas judicialmente, con su quebrantamiento trata de acceder a la víctima.

Ahora bien, la cuestión no deja de ser una decisión del legislador<sup>957</sup>.

---

<sup>955</sup> A propósito de la confusa redacción de que el art. 74 CP adolece, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 4ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 290, afirma que “el casuismo normativo asumido traiciona el propósito del legislador. El arbitrio judicial debió ser genérico y unitario para todos los tipos de delito, motivado en los especiales fundamentos de agravación propios de la institución”.

<sup>956</sup> ZÁRATE CONDE, A. y GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho penal, Parte general*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2019, pág. 315.

<sup>957</sup> STC 160/2012, de 20 de septiembre (B.O.E. núm. 250, de 17 de octubre), FD 2, letra c), salvaguarda “el reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de

Queremos decir que, ciertamente, esta acumulación de delitos también tiene una mayor repercusión sobre la persona digna de protección. Así, la insistencia en la ejecución de llamada o acercamiento constante provoca, sin duda alguna, una situación de angustia y amedrentamiento en la víctima muy superior al supuesto aislado. Es decir, parece evidente que la mujer que comprueba cómo su cónyuge merodea continuamente alrededor de su vivienda sufrirá un estado de temor mucho más importante que quien, de manera aparentemente casual, se encuentra con su agresor en un sitio público. Por tanto, limitar estos supuestos a un delito de quebrantamiento continuado, o incluso a “forma específica de agravación propia de un tipo cualificado en virtud de reiteración de la práctica de los actos de ejecución delictiva”<sup>958</sup>, puede resultar insuficiente.

De nuevo, debemos coincidir con el entendimiento de la necesidad de dejar al arbitrio judicial la fijación de las condiciones para poder apreciar la concurrencia de concurso, de un tipo u otro, valorando las circunstancias concurrentes. Deben ser los tribunales quienes fijen las condiciones en las cuales mejor se protejan los intereses en concurrencia, valorando el mayor grado de antijuricidad que estos comportamientos representan.

Así, la reciente e interesantísima de la Sala Segunda del TS núm.

---

los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”.

<sup>958</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pág. 290.

39/2020<sup>959</sup>, de 6 de febrero, declara no haber lugar a la casación y confirma la concurrencia de un concurso real entre un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar y un supuesto agravado de amenazas del art. 171.4 y 5 del Código Penal, subtipo agravado consistente en haberse realizado dichas amenazas quebrantando la citada medida cautelar.

La aludida Sentencia razona adecuadamente, de forma extensa y pormenorizada, las razones que llevan a exceptuar (lo que define como “construcción doctrinal básica”) en este caso la apreciación del concurso del normas del art. 8.1.1.º CP –principio de especialidad- atendiendo al examen del comportamiento concreto protagonizado por el condenado: 63 mensajes de texto enviados, infringiendo la prohibición de comunicación, y otro más, que también supone una infracción de la prohibición temporal, conteniendo unas amenazas. El Alto Tribunal convalida la decisión de los tribunales inferiores porque, de adoptarse otra solución, “se fomentaría la impunidad de todas las infracciones de la orden de alejamiento cometidas por el ahora recurrente distintas a aquella en que, además, profirió amenazas contra su ex pareja, o bien de la propia amenaza si ésta se quisiera subsumir en el art. 468.2 CP, lo que no es posible técnicamente”.

Y, en efecto, así es.

Como venimos razonando, no pueden adoptarse soluciones *a priori* alejadas de los supuestos de hecho analizados; sin perjuicio que, en la mayor parte de los casos, deba aplicarse el principio de especialidad. Pero, como

---

<sup>959</sup> ECLI:ES:TS:2020:447.



advertimos, igual que existen límites para evitar penas desproporcionadas, tampoco parece justo para la víctima que la reiteración delictiva –en casos como el que contempla la STS– quede sin la debida imputación. Sin embargo, es de reconocer –y así lo hacemos en estos momentos– que todo ello va en perjuicio de la seguridad jurídica, entendida como el derecho de los operadores jurídicos a conocer la interpretación de las normas, máxime las penales.

En suma: el propio hecho de individualizar 1 de entre los 64 quebrantamientos y dotarle de singularidad propia no deja de ofrecer problemas; aunque, en este caso, parece razonable que dentro de la única amenaza con quebrantamiento no puedan subsumirse un número tan elevado de quebrantamientos, pero ¿y si resultase un número inferior? Aquí ya surgirían dudas y nos remitiría a un factor cuantitativo, no previsto normativamente.

En todo caso, si en el concurso de normas sólo existe un delito, cuando apreciamos una pluralidad de conductas que no pueden quedar subsumidas en un solo delito, debe apreciarse el concurso de delitos. Y existe un segundo factor, esencial a nuestro entender, que es la posibilidad que con ese solo delito podamos abarcar la total significación antijurídica del comportamiento delictivo<sup>960</sup>. Si es así, existirá un concurso de leyes; pero si debemos apreciar

---

<sup>960</sup> En palabras de la STS núm. 615/2016, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3166): “La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un

la concurrencia de varios delitos para abarcar el total desvalor, en ese caso, tendremos que reconocer la presencia de un concurso de delitos, en la modalidad que proceda. Y todo ello –y volvemos al principio– al solo y único objeto de respetar el principio non bis in idem, al que ya hemos relacionado con el principio de legalidad constitucional (arts. 9.3 y 25.1 CE), en directa conexión con la interdicción de penas desproporcionadas contemplado en el art. 1.1. CE (la idea de justicia como valor superior del ordenamiento).

Por cierto, como mejor prueba de la exigida *finezza* con la que es necesaria abordar estas situaciones de concurrencia, la propia STS núm. 39/2020 reconoce como concurso de delitos el caso en que concurren simultáneamente dos de las circunstancias previstas en el art. 153.3 CP<sup>961</sup>, siendo una de ellas el quebrantamiento de condena o medida cautelar, y siendo el ofendido una de las personas contempladas en el art. 173.2 del mismo texto legal. En este caso, se estima que el delito de quebrantamiento debe ser objeto de una punición separada respecto de un delito de lesiones agravado por realizarse, por ejemplo, en presencia de menores o en el domicilio común.

---

concurso de delitos”.

<sup>961</sup> “3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

## **CAPÍTULO XII**

### **ASPECTOS JUDICIALES Y PROCESALES**



## I.- La orden de protección y la medida de alejamiento

Según la teoría general, las *medidas cautelares* pueden ser definidas como los actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso penal<sup>962</sup>. Sus características son las siguientes: sólo se conciben durante la pendencia de un proceso penal; pueden ser decretadas de oficio – salvo la prisión provisional– o a instancia de parte, en cualquier momento durante la tramitación del proceso y, por último, tienen un carácter provisional, es decir, pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, siempre y cuando varíen los presupuestos<sup>963</sup> que justificaron su adopción.

En un trabajo de tesis sobre el delito de quebrantamiento, el análisis de estas medidas resulta imprescindible, habida consideración que su inobservancia provoca la aparición del delito tal y como se define en el apartado 1 del art. 468 CP. De hecho, estadísticamente, es más frecuente la instrucción de quebrantamientos de medidas cautelares que de condenas. Además, en el ámbito de la violencia de género y doméstica, encontramos que

---

<sup>962</sup> Cfr. la formulación efectuada por ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 192: “resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimientos del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie”.

<sup>963</sup> Dichos presupuestos son el *fumus boni iuris* o existencia de un hecho que revista las características de infracción penal, del que además exista una persona que aparezca como presuntamente responsable; y el *periculum in mora* o temor a que el investigado pueda obstaculizar o impedir el desarrollo normal del proceso.

estas medidas, más allá de garantizar la buena marcha del procedimiento y la eficacia de la resolución final que se dicte, se encuentran profundamente orientadas hacia la protección física y psíquica de las víctimas, las cuales pueden hallarse en una situación de riesgo ante eventuales reiteraciones, precisamente, por provenir de sujetos muy cercanos a la víctima y que pertenecen o han pertenecido a su ámbito familiar o afectivo.

El principal obstáculo que encontramos al abordar el estudio de la presente materia es su dispersión legislativa, que pese a no haber provocado graves problemas en la práctica (salvo algunas cuestiones competenciales a las que nos referiremos en el siguiente apartado) sigue siendo llamativa. Contemplamos hasta tres niveles de protección de las víctimas:

a) Uno general, al amparo de los arts. 13 (para cualquier tipo de delitos) y 544.*bis* LECrim., en relación con las víctimas en general de determinados delitos (los del art. 57 CP)<sup>964</sup>;

b) Un segundo nivel de protección reforzada para las víctimas de violencia doméstica y de género, conforme art. 544.*ter* LECrim.; y

c) Un tercer nivel de máxima tutela que añade a las anteriores la L.O. 1/2004, aplicable únicamente a las víctimas de violencia sobre la mujer y no a

---

<sup>964</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 LECrim.

otras víctimas de la violencia doméstica<sup>965</sup>.

La *orden de protección* aparece regulada por Ley 27/2003, de 31 de julio (BOE núm. 183, de 1 de agosto), que modifica el art. 13 LECrim. e introduce el nuevo<sup>966</sup> art. 544 *ter* del mismo texto procesal. En su Exposición de Motivos (II) proclama entre sus objetivos esenciales el pretender que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal; lo que equivale a proveer una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

Por ello es de colegir que la *medida de alejamiento* aparece regulada en el art. 544 *bis* y la orden de protección en el artículo siguiente, con la gran e importante novedad de que este último permite la adopción –simultánea a la imposición de medidas penales– de otras medidas de naturaleza civil cuyo contenido viene a coincidir en gran parte con las contempladas en el art. 158

---

<sup>965</sup> Arts. 61 a 69, bajo el título «Medidas Judiciales de protección y seguridad de la víctima».

<sup>966</sup> Pero, ¿realmente constituye una novedad? *Vid.* GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., *Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?*, Diario *La Ley*, núm. 6716, 2007.

del CC.

Las medidas recogidas en el art. 544.*bis* LECrim. son las siguientes:

- Prohibición de *residir* en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma.
- Prohibición de *acudir* a dichos lugares.
- Prohibición de *aproximarse* a la presunta víctima<sup>967</sup>.
- Prohibición de *comunicarse* con ella.

Dichas medidas se adoptarán, según la Ley, “*con la graduación precisa*”. Ello implica acordar tanto la vigencia temporal de la medida como la distancia<sup>968</sup> que debe guardar el presunto autor respecto de la beneficiaria de la medida, en el caso del alejamiento.

Por lo que respecta al procedimiento para su adopción, nada dice el art. 544.*bis* LECrim. Pueden acordarse de oficio por el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, de la propia perjudicada o de su representación procesal. A diferencia de la orden de protección del art. 544.*ter* LECrim., la solicitud no requiere la cumplimentación de formulario alguno por la peticionaria; una

---

<sup>967</sup> El alejamiento, además de como medida cautelar de protección, puede aparecer también en sentencia, como pena accesoria contemplada en el art. 57 CP o como medida de seguridad del artículo 105.1 g) CP; como condición para la suspensión de la pena impuesta en sentencia condenatoria (art. 83.1, 1º y 1º bis CP); y, por último, puede ser impuesta como una de las reglas de conducta para el mantenimiento de la situación de libertad provisional (art. 93 CP).

<sup>968</sup> Conforme a la sentencia del Pleno del TS de 21 de diciembre de 2018, se acuerda que: “esta Sala entiende que la distancia establecida en la prohibición de aproximación debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta”.



segunda diferencia –más relevante– con la orden es que las medidas del art. 544.*bis* LECrim. pueden adoptarse *inaudita parte*, es decir, sin oír al imputado, siempre y cuando exista riesgo para la víctima y aquél no haya podido ser citado. De hecho, podrá dictarse una medida del art. 544.*bis* LECrim. cuando, solicitada en forma una orden de protección, no sea posible celebrar la comparecencia prevista en el art. 544.*ter* L.E.Cr. Recordemos que mientras la medida no sea notificada al investigado no podrá imputársele un delito de quebrantamiento en caso de incumplirla.

El art. 544.*bis* LECrim. establece en su último párrafo que, en el caso de incumplimiento de la medida por parte del inculpado, el Juez convocará a la comparecencia prevista en el art. 505. Dicha comparecencia tendrá por objeto: la imposición de la prisión provisional<sup>969</sup>, en los términos del art. 503 LECrim.; en su caso, una orden de protección o bien, finalmente, la adopción de alguna otra medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal del imputado, como el aumento de la distancia de alejamiento, la prohibición de acudir a una población o la entrega del pasaporte.

Cabe criticar la inexplicable ausencia en la regulación legal de la correspondiente deducción del testimonio para imputar al sujeto un delito de

---

<sup>969</sup> La prisión provisional exigiría, no sólo la existencia de indicios suficientes contra el imputado, sino que además el quebrantamiento suponga un incremento del riesgo para la vida o integridad física o psíquica de la mujer. La STC 62/2005, de 14 de marzo, recuerda que los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la justificación de dicha medida no varían por el hecho de que se adopte en el marco de un suceso de violencia habitual en el ámbito doméstico.

quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.1 del CP. Además, como el investigado por quebrantamiento normalmente es presentado en calidad de detenido, puede suceder que se presente ante Juzgado diferente al que conoce del asunto en el que se adoptó la medida cautelar (sería el caso, por ejemplo, de que se presentase ante el Juzgado de Instrucción de guardia al estar fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer o por haber ocurrido los hechos en un partido judicial diferente). Ello no impediría la celebración de la comparecencia del art. 505 LECrim. por parte del Juez de guardia y como consecuencia de la misma, tampoco impediría el dictado de un auto agravando la medida cautelar, remitiendo a continuación dichas diligencias al Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente para su acumulación al procedimiento en el que consta la medida cautelar, si el estado procesal lo permite<sup>970</sup>. Contra el Auto que acuerde o deniegue la adopción de una medida del art. 544.bis LECrim. cabe interponer recurso de reforma y subsidiaria apelación.

En cuanto a la *orden de protección*, que podrá ser adoptada tanto por el Juzgado de Instrucción como por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sólo podrá decretarse cuando la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del CP, la cual debe encontrarse en una situación objetiva de

---

<sup>970</sup> Si no fuese posible la acumulación por el estado procesal de la causa en la que se dictó la medida cautelar (sería el caso, por ejemplo, de que el mismo se hubiera transformado en Procedimiento Abreviado y ya se hubiesen formulado escritos de acusación o bien se hubiera dictado Auto de apertura del juicio oral), se incoarían unas nuevas Diligencias Previas por un delito de quebrantamiento de medida cautelar y el delito/s o falta/s que se hubiese cometido al producirse el quebrantamiento (cabe recordar que de ser simplemente un incumplimiento de la medida, la competencia correspondería a los Juzgados de Instrucción).

riesgo<sup>971</sup> por causa de indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, contra la integridad física o moral, contra la libertad sexual, contra la libertad o contra la seguridad.

La orden de protección puede ser acordada de oficio por el Juez o a instancia de las partes (art. 544.ter.2 LECrim.), entendiendo por tales la propia víctima<sup>972</sup>, la persona que tenga con ella alguna de las relaciones del art. 173.2 CP y el Ministerio Fiscal. La solicitante deberá rellenar el formulario normalizado que se recibirá en el Juzgado, de forma inmediata, junto con el atestado policial o denuncia interpuesta. La solicitud de dicho formulario no es

---

<sup>971</sup> Surge en este punto la polémica sobre la desvirtuación de la presunción de inocencia del imputado y la adopción de la orden de protección en el momento inicial de la instrucción del procedimiento penal. Se trata de que no se produzca en modo alguno una merma las garantías procesales del imputado, por lo que la jurisprudencia establece que no basta la mera sospecha; por ello, y especialmente cuando el único elemento de convicción del órgano judicial sea la declaración de la propia víctima, debe requerirse un cierto grado de consistencia en tal incriminación.

A título de ejemplo, el Auto de la AP de Madrid 964/2005 (Sección 5ª), de 1 de abril, resuelve: «No puede negarse en este caso la existencia de estos indicios porque existe una denuncia, un reconocimiento al menos parcial de los hechos y un resultado lesivo objetivado por el médico forense».

*A contrario sensu*, el Auto de la AP de Madrid nº 5/2005 (Sección 2ª), de 19 de enero, afirma: «La apelante indica en su solicitud en sede policial que ha recibido amenazas de muerte de su marido, con el que está en trámites de separación; sin embargo, en su declaración ante el Juzgado de Instrucción no es capaz de concretar ninguna de esas amenazas, ni describe ningún hecho susceptible de constituir algún delito contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual o la libertad y seguridad. Tan sólo refiere una situación ocurrida dos años antes (unas amenazas con un arma) de forma vaga. Al no aparecer indicios de ninguno de estos delitos, tampoco es posible apreciar la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima».

<sup>972</sup> Como beneficiaria de justicia gratuita (art. 2 letra g) Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), con independencia de sus recursos económicos, la víctima de violencia de género puede constituirse como acusación particular desde las primeras diligencias y tendrá derecho de inmediato a la asistencia letrada, incluso, con carácter previo a la presentación de denuncia o querrela.

necesaria en el caso de formularse la denuncia directamente ante el Juzgado.

Si hubiera dudas acerca de la competencia territorial, el Juez que reciba la solicitud deberá iniciar y resolver sobre la orden de protección interesada, sin perjuicio de inhibirse con posterioridad al Juez que resulte competente con arreglo al art. 15 *bis* LECrim<sup>973</sup>.

El juez debe dictar una primera resolución aceptando o denegando<sup>974</sup> la solicitud de orden. En el primer caso, dispondrá de un plazo no superior a 72 horas para celebrar una comparecencia a la que se citará, con carácter de urgencia, a la propia víctima o a su representante legal, al solicitante de la medida, en su caso; y, por último, al presunto agresor, asistido de su Letrado, junto al Ministerio Fiscal. Esta comparecencia de medidas de protección puede ser simultánea a la comparecencia para la adopción de la prisión provisional del art. 505 LECrim.o la celebración de un juicio rápido tal y como se deduce de los arts. 544.ter, 798.3 y 800.1 del mismo texto procesal.

En cualquier caso, es importante destacar que cuando por alguna razón

---

<sup>973</sup> Según el Auto del TS de fecha 2 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:8491A), en materia de competencia territorial, la víctima que cambia de domicilio durante la instrucción, no impide que se mantenga la competencia del Juzgado del primer domicilio.

Más recientemente, el ATS de 8 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:5561A) resuelve que “tal cuestión fue abordada por esta Sala y resuelta en el Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006 en el sentido de que por domicilio de la víctima hay que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio. Es el mismo criterio que sostuvo la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado”.

<sup>974</sup> De estimar que la petición resulta manifiestamente infundada. *Vid.* Auto de la Sección 20ª de la AP de Barcelona de 19 de junio de 2006, considerando correcta la actuación judicial denegando incluso la citación a la comparecencia.

no pudiera llevarse a cabo la celebración de la comparecencia prevista en el art. 544.ter LECrim. (por ejemplo, cuando las partes no hubieran podido ser citadas), el Juez siempre tendría la posibilidad de adoptar alguna de las medidas del art. 544.bis LECrim. En este caso, se daría traslado al Ministerio Fiscal a fin de que informe por escrito sobre la conveniencia o no de adoptar alguna de dichas medidas.

Tal y como dispone el art. 544.ter LECrim., tras la celebración de la audiencia, el Juez ha de resolver lo que proceda sobre la orden solicitada. La resolución ha de adoptar la forma de Auto y debe pronunciarse sobre todas las medidas solicitadas, bien otorgándolas o bien denegándolas. Igualmente debe pronunciarse sobre su contenido y sobre su vigencia.

En todo caso, dicha resolución debe estar motivada, no bastando una motivación estereotipada mediante modelos en los que no se recojan las circunstancias particulares del caso concreto, debiendo comprender un análisis, tanto de los indicios delictivos derivados del atestado y de la declaración de las partes, como de la situación objetiva de riesgo en que se encuentre la víctima. No hay que olvidar que las medidas cautelares suponen una restricción de derechos individuales, por lo que se exige una motivación superior al resto de las resoluciones judiciales.

En cuanto la *duración de la medida* acordada, debe contenerse de forma concreta en el Auto, quedando al arbitrio del Juez el periodo de su vigencia que deberá fijarse valorando las circunstancias del hecho y su gravedad. En la práctica de los Juzgados se suele establecer en el Auto que la orden de

protección permanecerá en vigor durante la tramitación del procedimiento y hasta tanto que recaiga resolución firme en el mismo. Cuando se fija una vigencia temporal limitada (por ejemplo, 6 meses), transcurrido dicho plazo, las medidas quedan sin efecto sin necesidad de que el Juez dicte una nueva resolución.

Si expirado el plazo de vigencia de la orden de protección persiste el riesgo, la beneficiaria de la medida, su representante o el Ministerio Fiscal deben pedir la prórroga de su vigencia. Aunque la Ley no dice nada sobre el procedimiento a seguir para acordar la prórroga, en la práctica se suele dar traslado a todas las partes (Ministerio Fiscal incluido) del escrito por el que se solicita para que efectúen alegaciones por escrito, resolviendo después el Juez.

No obstante, nada impediría que el propio Juez, valorando la persistencia de los indicios y del riesgo para la beneficiaria de la orden, acordara de oficio su prórroga. A tal efecto, el art. 544.ter.11 LECrim. dispone que “en aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”.

De igual manera, dado el carácter provisional de las medidas cautelares, si durante la instrucción de la causa el Juez entendiera desvirtuados los indicios o conjurada la situación de riesgo que justificaron su adopción, podrá

dejarla sin efecto de oficio.

Ya advertimos que la orden de protección, a diferencia de la simple medida de alejamiento, ofrece la posibilidad de adoptar, en una misma resolución, medidas de naturaleza penal<sup>975</sup> junto a otras de carácter civil, confiriendo así a la víctima un verdadero estatuto integral de protección<sup>976</sup>. Una vez que ya nos hemos referido a las primeras, cabe afirmar que la adopción de medidas civiles en el seno de una orden de protección también exige la existencia de indicios de la comisión de un delito y de una situación objetiva de riesgo para la integridad de la mujer. Como presupuesto negativo, establece el art. 544.ter.7 LECrim. que es preciso que “no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil”. Por tanto, en principio, la existencia de un procedimiento civil con solicitud de medidas civiles posibilitará al Juez a denegar las medidas civiles instadas en el seno de la orden de protección.

---

<sup>975</sup> Tal y como dispone el art. 544.ter.6 LECrim., las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualquiera de las previstas en la legislación criminal; especificando, en cuanto a sus requisitos, contenido y vigencia, que serán los exigidos igualmente con carácter general para cada una de ellas.

Dichas medidas deberán constar debidamente anotadas en SIRAJ (art. 544.ter.10 LECrim.) en un plazo no superior a 24 horas (art. 13.1 b) Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula SIRAJ, BOE núm. 33/2009, de 7 de febrero); aunque, en previsión de errores u omisiones en la anotación, el Juzgado que conozca del quebrantamiento exigirá siempre, mediante exhorto, testimonio de la resolución en que se adoptaron las medidas de protección, así como de la fecha de notificación al imputado. Las medidas civiles también tienen acceso al Registro; sin embargo, su incumplimiento no darán lugar a la imputación de delito alguno.

<sup>976</sup> Exposición de Motivos II Ley 27/2003, de 31 de julio. *Vid.* GARCÍA ABURUZA, M.P., *Medidas civiles ante la “violencia” contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de Protección*, Diario La Ley, n.º 6401, 2004.

No obstante, el propio art. 544.ter.7 LECrim. comprende una excepción, “sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 CC”. Quiere esto decir que, valorando las circunstancias concurrentes, previa solicitud<sup>977</sup> de la víctima o del Ministerio Fiscal (sólo cuando existen hijos menores o incapaces) el juez puede estimar necesario que, ya desde ese momento, existan medidas que, con una vigencia inicial de 30 días prorrogables por otros 30, se pronuncien sobre:

- Atribución de la guarda y custodia de los hijos menores.
  - Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.
  - Régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.
  - Fijación de la prestación de alimentos<sup>978</sup> a cargo del progenitor no custodio.
- La cláusula residual del art. 544.ter.7 L.E.Cr. relativa a “cualquier disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”. Así por ejemplo, el Juez podrá acordar la prohibición de que los menores abandonen el territorio nacional sin autorización del otro progenitor para evitar la llamada sustracción internacional.

Igualmente mediante esta fórmula podrá el Juez acordar cualquiera de las medidas del art. 61 y ss. L.O. 1/2004. Estas medidas aparecen directamente

---

<sup>977</sup> O de oficio *ex art.* 61.2 LO 1/2004, de 28 de diciembre.

<sup>978</sup> Ley 5/2008, de 24 de abril de Cataluña (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008), del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista Art. 1.4 letra d), define la Violencia económica: consiste en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijas o hijos, y la limitación en la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja.



relacionadas con la protección de los menores; pero también con la salvaguarda de los derechos de la mujer y de la propia familia, en su conjunto. Como se ha apuntado expresamente, “su significado hay que buscarlo precisamente en esa protección que brindan a la víctima estimando que la ausencia de contacto físico y cese de la convivencia procuran una reducción importante de la conducta delictiva por parte del infractor”<sup>979</sup>.

La LO 1/2004 no establece el cauce procesal para la tramitación de las solicitudes de las medidas previstas en su Capítulo IV, por lo que en principio cabe entender que la celebración de comparecencia judicial no constituye un requisito ineludible siempre que se oiga a la víctima, a la persona solicitante de la medida si es distinta, se posibilite la intervención del Ministerio Fiscal y demás partes personadas y se observen, en suma, los principios de contradicción, audiencia y defensa. No obstante, la referencia a la orden de protección contenida en el art. 62 posibilita que ésta sea el instrumento a través del cual se adoptarán normalmente estas medidas, aún cuando también podrán adoptarse separadamente (Circular 4/2005, Fiscalía General del Estado).

El art. 69 LOVG prevé que las medidas del capítulo IV podrán mantenerse tras la sentencia definitiva (entiéndase en la instancia) y durante la tramitación de los eventuales recursos, a fin de garantizar también la protección de la víctima en el tiempo que transcurre desde que se dicta

---

<sup>979</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M., *Medidas cautelares y su quebrantamiento*, en MARCHAL, N. (coord.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, editorial Cizur Menor, Pamplona, 2010, pág. 225.

sentencia en la primera instancia hasta que recaea sentencia firme, así como en supuestos de anulación de sentencia con retroacción de la causa.

## **II.- Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Instrucción: aspectos competenciales**

La aparición en la LOVG (arts. 43 y ss.) de los juzgados con competencia exclusiva en materia de violencia sobre la mujer motivó, de inmediato, una cierta tensión entre esta nueva<sup>980</sup> clase de órganos judiciales, mejor retribuidos y con mayores medios personales y materiales; y los siempre castigados juzgados de instrucción. Nos referimos, en todo caso, a aquellas capitales de provincia donde coinciden ambos tipos de juzgados, lo cual sólo sucede en algo más de la mitad de las provincias españolas<sup>981</sup>.

---

<sup>980</sup> También la creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en esta materia, y de una Sección equivalente en cada fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales (arts. 70 a 72). *Vid.*, para un mejor análisis, MARTÍ CRUCHAGA, V., *La Fiscalía especial contra la violencia sobre la mujer*, en MARCHAL ESCALONA, N. (coord.), *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, editorial Cizur Menor, Pamplona, 2010, págs. 407 y ss.

<sup>981</sup> En el resto de provincias, esta función será asumida por Juzgados de primera instancia e instrucción (*mixtos*) mal llamados *especializados*, sustituidos en días no laborables o durante los horarios no hábiles por aquel Juzgado que asuma las labores de guardia. Y decimos que la calificación como especializado es impropia por cuanto los jueces sólo habrán recibido algún curso acreditativo al respecto. Nada que ver, pues, con las pretensiones de la LOVG.

En todo caso, el pensamiento del CGPJ no va encaminado –tal vez, consciente de su alto coste económico– hacia el incremento del número de Juzgados exclusivos existentes sino más bien en aumento puntual, en zonas especialmente sensibles, y fundamentalmente

En aquellos primeros años de entrada en vigor de los juzgados especializados, dos eran las disputas más habituales: la puesta a disposición del juzgado de instrucción de detenidos por violencia de género fuera de las horas de audiencia de los Juzgados especializados (por aquel entonces, de 9:00 horas a 14:00 horas, es decir, como cualquier otro órgano judicial) y otras incidencias, como el *habeas corpus*<sup>982</sup>; en segundo lugar, la competencia para conocer de causas instruidas por delito de quebrantamiento de condena/medidas en el ámbito de la violencia sobre la mujer.

Ambas cuestiones fueron debidamente solucionadas, aunque no siempre con la diligencia debida. La primera, mediante la introducción de un régimen de guardias para aquellos partidos judiciales con cuatro o más JVM, durante tres días consecutivos en régimen de presencia de 9:00 a 21:00 horas. En las actuaciones inaplazables que se presenten en los restantes periodos de tiempo, intervendrá el Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción que en esos momentos se encuentre prestando el servicio de guardia, el cual remitirá las diligencias practicadas al órgano competente<sup>983</sup>.

La segunda, por el contrario, ante la falta de previsión legal, fue atendida *prima facie* mediante acuerdos de juntas de jueces en cada partido

---

en la especialización de Juzgados de lo penal (no de nueva creación, sino ya existentes) para el enjuiciamiento y ejecución de asuntos de violencia sobre la mujer; de este modo, todas las provincias contarían con un Juzgado de lo penal especializado. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/EnPortada/ElCGPJ-propone-especializar-33juzgados-de-lo-penal-para-enjuiciar-delitos-deviolencia-degenero> (13/2/2020).

<sup>982</sup> Art. 87.1 d) LOPJ.

<sup>983</sup> Art. 62 bis del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, introducido por Acuerdo de 17 de julio de 2008 del Pleno del CGPJ.

judicial, con arreglo a la potestad reconocida por el Reglamento 1/2005 de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Estas primeras regulaciones distinguían entre quebrantamientos “puros”, esto es, sin presencia adicional de otros delitos –frecuentemente, amenazas o lesiones–, los cuales resultarían de la competencia de los juzgados de instrucción; y quebrantamientos con simultánea comisión de otros delitos de violencia sobre la mujer, que atribuían directamente la competencia en favor de los JVM.

Esta cierta inseguridad fue corregida –definitiva y tardíamente– a través de la reforma operada por el apartado veinticinco del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al introducir una letra g) dentro del art. 87 ter LOPJ, en los siguientes términos: “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 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”.

Gracias a esta reforma se pone punto y final no sólo a una disputa jurisdiccional, sino también científica. Como se ha señalado en relación con la

redacción del art. 83 CP –condiciones para la suspensión de la pena privativa de libertad– la expresión “violencia de género” introducida por la LIVG sólo debe comprender aquellos descritos en el apartado 3º del art. 1 de la misma, excluyendo por tanto el delito de quebrantamiento, dado que el mismo no se identifica con un “acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”<sup>984</sup>.

La aludida posición, corroborada por la Circular FGE n.º 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sin embargo, se muestra minoritaria en la doctrina, que desde distintas perspectivas<sup>985</sup> ha postulado<sup>986</sup> una interpretación extensiva conforme a la cual la expresión “delitos relacionados con la violencia de género” no se limita a los enumerados en el art. 87 ter LOPJ, sino que puede y debe abarcar otros delitos en pro de una protección integral de la mujer.

Por su parte, la Fiscalía defendió una postura ecléctica<sup>987</sup>, de suerte que,

---

<sup>984</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada “violencia de género”*, en AA.VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar*, editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 697.

<sup>985</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, R., *La reforma penal de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, editorial Sepín, Madrid, 2005, págs. 1-3.

<sup>986</sup> 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, n.º 1990, Madrid, 2005, pág. 20.

<sup>987</sup> Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, pág. 4.

reconociendo que el delito de quebrantamiento era competencia de los Juzgados de Instrucción por no aparecer comprendido en la relación del art. 87 *ter* 1 de la LOPJ; cuando el quebrantamiento apareciera acompañado de un acto de violencia, deberían ser competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer pues o bien sería de aplicación el tipo penal agravado específico (153.1 y 3; 171.4 y 5; 172.2 *in fine*, todos del CP) o bien aparecería el delito de quebrantamiento en concurso medial (art. 77 del CP) con el delito violento cometido.

Sin embargo, esta postura mayoritaria doctrinal ha devenido, con el tiempo, legislativamente incorrecta, por cuanto la reforma del año 2015 ha demostrado que la voluntad del legislador es vincular las competencias del JVM enumeradas en el art. 87 *ter* LOPJ con la determinación de lo que es –y no es– violencia de género. Por tanto, tenía razón la tesis minoritaria aludida y, por encima de disquisiciones sobre el bien jurídico realmente protegido en el delito de quebrantamiento (la indemnidad de la víctima junto al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia) o la discriminación hacia gran parte de las víctimas de violencia doméstica<sup>988</sup>; la nueva redacción es

---

Nótese que la Fiscalía fijó su posición a finales del año 2011, siete años después de la reforma legislativa y, por tanto, con un amplio conocimiento de las dificultades suscitadas en la práctica.

<sup>988</sup> Nótese que sólo incluye a los descendientes o menores, por lo que recoge una visión restringida de un concepto más amplio, como el de violencia doméstica. En palabras de MANJÓN-CABEZA, 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*, en *Tutela penal y Tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, págs. 11 y ss.: “esta redacción, 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”.

correcta y proporciona seguridad jurídica, precisamente, lo que la experiencia ha demostrado como muy necesaria para el funcionamiento ordinario de los órganos judiciales<sup>989</sup>.

Una vez atendidos estos antecedentes, debemos centrarnos en analizar qué se entiende comprendido por la Ley Integral en orden a considerar un comportamiento como de violencia de género; y, con arreglo a su artículo 1<sup>990</sup>, son dos las cuestiones a analizar: qué se entiende por relación de afectividad y por convivencia, dado que el vínculo matrimonial no presenta dificultades; como segundo presupuesto, la exigencia de tratarse siempre de un comportamiento de un hombre hacia una mujer y no al contrario, por lo que habrá que valorar las relaciones homosexuales. Ambas cuestiones –ya anunciamos– han sido resueltas por nuestra jurisprudencia, dado el tiempo transcurrido desde la introducción de las reformas legislativas.

La STS 510/2009, de 12 de mayo<sup>991</sup>, indica que hay que examinar estas relaciones afectivas o sentimentales desde una concepción amplia, pues de lo

---

<sup>989</sup> Venimos razonando siempre en cuanto a la competencia objetiva. En cuanto a la territorial, estamos de acuerdo con las Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer –año 2016– cuando afirma: “para la determinación de la competencia territorial se deberá atender, conforme al art. 15 bis) L.E.Crim y el Acuerdo no jurisdiccional del TS de fecha 31 de enero de 2006, al domicilio de la víctima en el momento de la comisión de los hechos, y ello aunque no se corresponda ni con el lugar donde se dictó sentencia o auto por el que se impuso la prohibición que se quebranta ni con lugar en el que se comete el quebrantamiento” (Conclusión IV.-2.-B).

<sup>990</sup> La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia 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 sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

<sup>991</sup> ECLI:ES:TS:2009:3351.

contrario excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor.

La STS núm. 547/2015, de 6 de octubre<sup>992</sup>, señala: “La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que por relación de afectividad debe estimarse:

- a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial;
- b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima”.

Esta sentencia declara como relación de afectividad una relación sentimental de cuatro meses de duración y con convivencia durante los fines de semana.

---

<sup>992</sup> ECLI:ES:TS:2015:4146.



La casuística es enorme y no cabe sentar criterios generales de aplicación. Habrá que estar al caso concreto. Por ejemplo, la idea de noviazgo no es siempre equiparable a la de relación de afectividad. En la STS 640/2017, de 28 de septiembre<sup>993</sup>, se estimó como relación estable un noviazgo de un año, mientras que en la STS 1376/2011, de 23 de septiembre<sup>994</sup>, no se consideró como tal porque la duración del noviazgo fue de un mes.

La STS del Pleno número 677/2018, de 20 de diciembre<sup>995</sup>, ha señalado: “los elementos son los referidos a la relación de pareja matrimonial, de hecho asimilable o la no convivencia en supuestos semejantes a los anteriores que hacen aplicable la sanción por hecho de violencia de género a casos que antes no se incluían, como los referidos a aquellas parejas que no conviven pero que tienen una relación análoga a las anteriores, lo que lleva a admitir especiales situaciones que en su momento eran calificadas de noviazgo y ahora se interpretan en un sentido más abierto y extenso, sin necesidad de exigirse para ello un proyecto de vida en común”.

Esta última Sentencia resulta muy interesante. Conforme a la misma, el elemento intencional de la dominación o machismo no es una exigencia a incluir en el tipo penal del artículo 153.1 del Código Penal cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de una agresión mutua de los miembros de la pareja. Y esto es muy relevante porque acabamos de recoger otra resolución anterior, con menos de tres años de diferencia, que

---

<sup>993</sup> ECLI:ES:TS:2017:3528.

<sup>994</sup> ECLI:ES:TS:2011:8962.

<sup>995</sup> ECLI:ES:TS:2018:4353.

afirma que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad cuando el agresor desprecia la relación de afectividad. ¿En qué quedamos?

La tensión es permanente en el abordaje de la violencia de género: por un lado, la necesidad de objetivar los comportamientos resulta imprescindible para no tener que asumir la carga probatoria del elemento subjetivo en el acto del juicio; pero, por el otro lado, nos encontramos con las propias exigencias de los tipos penales, que sólo se justifican en base a la intencionalidad del sujeto. Baste recordar que el delito de quebrantamiento es eminentemente doloso.

En cuanto al sexo de agresor y víctima, hay que partir de la base que en los delitos de violencia de género se configuran características distintivas tales como las relaciones de poder, las cuales obedecen al marco cultural de la sociedad en la cual se perpetran esta serie de delitos. Tal relación se origina como consecuencia del empleo de la violencia física por parte del hombre contra la mujer, la cual constitutivamente –al menos en la mayoría de los casos– no se encuentra en la capacidad de contener físicamente las agresiones del sujeto activo.

Sujeto activo de la infracción penal ha de ser siempre el hombre, incurso en la relación de afectividad con los sujetos pasivos de la misma. Si bien puede ocurrir que intervengan personas ajenas a la relación sentimental, incluso mujeres, como coautores, inductores, cooperadores o cómplices. En cualquier caso, la intervención determinante ha de ser la del marido, novio, o compañero sentimental, para que sea competencia del Juzgado de Violencia

sobre la Mujer.

Sujeto pasivo habrá de ser, la mujer que haya sido o sea cónyuge, o esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Si bien, en este último caso deberá existir una cierta estabilidad o vocación de permanencia en la relación sentimental, quedando excluidas las relaciones de amistad, o los encuentros esporádicos, en los términos ya expuestos.

También podrán ser sujetos pasivos otras personas del ámbito afectivo o familiar, siempre y cuando la mujer también haya sido víctima de violencia de género. Estos sujetos son:

- Los descendientes propios del agresor o de la esposa o conviviente. Siguiendo el criterio de la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado pueden ser hombres o mujeres, siendo irrelevante la edad, y no existe limitación de grado.

- 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: en este caso los menores o incapaces han de convivir con el agresor o, aún no conviviendo con él, hallarse sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa, la cual, puede no convivir con el agresor, según criterio de la Circular número 4/2005 de la Fiscalía General del Estado. Respecto de los incapaces no es necesaria la relación de parentesco, ni la declaración judicial de incapacidad.

El artículo 87 *ter* letra a) de la LOPJudicial establece como condición para determinar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en relación con las infracciones penales cometidas contra los descendientes, menores o incapaces, en que también se haya producido un acto de violencia de género.

En el caso de violencia ejercida por hombres sobre hombres o entre mujeres entre sí, mediante una relación de afectividad, estaríamos ante supuestos de violencia doméstica y no de género<sup>996</sup>. Se ha popularizado la expresión “violencia intragénero” para referirse a la violencia que un miembro de una pareja LGBT ejerce sobre el otro miembro de la pareja. Pero, pese a las múltiples reivindicaciones de los colectivos *gays*, lo cierto es que así es como se encuentra calificada<sup>997</sup> jurisprudencialmente este tipo de relaciones desde siempre (por todas, STS núm. 1068/2009, de 4 de noviembre). Y, la verdad, tampoco se explica bien esta falta de equiparación.

Un segundo criterio seguido por la LO 1/2004 para la determinación de

---

<sup>996</sup> La SAP de Valencia, Sección 2ª, núm. 45/2019, de 29 de enero (ECLI:ES:APV:2019:1004), en su Fundamento de Derecho 18º declara: “No ha sido condenada la denunciada como autora de un delito de violencia de género, sino como autora de un delito de violencia doméstica. En esta situación, no es aplicable el art. 153.1 CP, donde sólo puede ser sujeto activo un hombre, en una relación con una mujer. No así, las previstas en el apartado segundo, que se refieren a las agresiones domésticas, lo que incluye las agresiones que se produzcan en el seno de una pareja homosexual”.

<sup>997</sup> “Se denomina violencia intragénero a aquella que, en sus diferentes formas, se produce en el seno de las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo. La violencia intragénero no es violencia de género, aunque sí se considera violencia doméstica y está regulada en los arts. 153.2 y 173.2 del Código Penal”. *Vid. Guía de recursos para hacer frente a la exclusión y a discriminaciones por orientación sexual e identidad de género durante la crisis por COVID-19*, Ministerio de Igualdad, Gobierno de España, mayo de 2020, pág. 46.

la competencia de los Juzgados de Violencia de Género es el de la materia, que comprende un catálogo de infracciones penales, una cláusula genérica de cierre y determinadas competencias por conexión<sup>998</sup>. En efecto, el art 87 ter, 1 a) y b) y d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial recoge:

*1. Catálogo de infracciones penales:*

a) Delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, contra la libertad, contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen y contra el honor.

b) Delitos contra los derechos y deberes familiares: el capítulo III del Título XII del Código Penal tipifica como tales el quebrantamiento de los deberes de custodia, la inducción de menores o incapaces a abandonar el domicilio familiar, la sustracción de menores y el abandono de familia, menores o incapaces.

c) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado (art. 87 *ter* d)

d) Delito de quebrantamiento del art. 468 CP, ya analizado.

---

<sup>998</sup> Art. 17 *bis* LECrim.: “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley”.

A este respecto, la Conclusión IV.-2.-C del XII Seminario de Fiscales de 2016 dice: “En el supuesto de que el quebrantamiento de la pena o medida cautelar, vaya acompañado de otro delito que no sea competencia del JVM (...), debe romperse la conexidad siempre que ello sea posible sin afectar al buen fin de la causa, atendiendo a los nuevos criterios restrictivos que regulan la conexidad. No será posible entre la tenencia ilícita de armas y el quebrantamiento de la pena pues estamos ante un concurso de delitos, pero sí en los demás casos”.

2. *Cláusula genérica de cierre*: “cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación”.

Conforme dispone la Circular 4/2005 antes mencionada, con esta cláusula el legislador pretende que ningún acto de violencia de género se escape de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

No obstante, es evidente que no todas las figuras delictivas recogidas en estos títulos son susceptibles de comisión en el ámbito de la violencia de género. Por ejemplo, no tendrán cabida los delitos imprudentes (arts. 142, 146, 152 y 158 del Código Penal), el aborto causado por la misma mujer, la riña tumultuaria, las amenazas contra grupos de población... y ello porque el hecho típico de las mismas no guarda relación con el objeto de esta ley.

Son, por lo expuesto, los tipos específicos de la violencia familiar<sup>999</sup>: los delitos de maltrato ocasional, maltrato habitual, lesiones, amenazas y coacciones, contemplados en los artículos 153, 173, 147, 171 y 172 del CP.

---

<sup>999</sup> A estas infracciones le corresponden el catálogo típico de penas contenidas en el artículo 33 del C.P., debiendo ser excluidas las medidas cautelares conforme al tenor literal del artículo 34 C.P. por no participar de esta naturaleza.

### III.- El artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El artículo 416 LECrim en su redacción actual<sup>1000</sup> ofrece el siguiente tenor literal:

*“Están dispensados de la obligación de declarar:*

*1. 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<sup>1001</sup> 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.*

*2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese*

---

<sup>1000</sup> Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (B.O.E. núm. 266/2009, de 4 de noviembre).

<sup>1001</sup> Suprimido por el apartado cuatro de las disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: exclusión de la obligación de denunciar a los hijos naturales respecto de la madre, en todo caso; y, respecto del padre, cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.

Esta ley supone la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (D.O.U.E. de 14 de noviembre) por las 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 2011/220/JAI del Consejo.

Sin embargo, las particularidades del art. 416 LECrim. poco o nada tienen que ver con las exigencias comunitarias de cobertura y protección de las necesidades de las víctimas.

*confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.*

*3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación”.*

Por otra parte, este precepto debe ponerse en conexión con el art. 418, párrafo 1º y, para el momento del juicio oral, con el art. 707 del mismo texto procesal; ambos con idéntica significación y finalidad<sup>1002</sup>.

Este artículo, y su evolución legislativa y jurisprudencial, es un buen ejemplo de lo que, en otros momentos, hemos definido como impulsos del Derecho penal español gracias a la iniciativa legislativa para la protección de la violencia de género. Sólo su aplicación extensiva en este ámbito justifica sus continuas revisiones, por cuanto, desde el año 2006 (Informe del Grupo de Expertos de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, reiterado en el año 2011) se viene instando desde diversas asociaciones y movimientos de corte feminista<sup>1003</sup> la necesidad de no aplicar este artículo en

---

<sup>1002</sup> Art. 24.2 *in fine* CE: “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

<sup>1003</sup> También apoyado desde importantes sectores institucionales, como el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, el CGPJ y la propia Fiscalía General del Estado. *Vid.* PERAMATO MARTÍN, T., *La ruptura del silencio cómplice*.



el contexto de la violencia frente a mujeres que es, precisamente, donde más sentido puede quizás tener. Ahora bien, siendo indudable la evolución, se trata de valorar en estos momentos si la progresión se ha realizado en el sentido más adecuado.

La justificación de la exención<sup>1004</sup> parece evidente: la libertad o, más técnicamente, la no exigibilidad al testigo de tener que declarar en contra de quien mantiene vínculos de parentesco o afectividad. Y se trata de una facultad exclusiva del testigo quien, aunque pueda favorecer al reo, sólo a él le incumbe y no puede ser invocada por el presunto culpable ni puede ser objeto de delegación.

La STS núm. 134/2007, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1947), FD 1, resuelve: “La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado. Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima

---

*Especial referencia a la obligación de denuncia a los profesionales y a la dispensa del art. 416 de la LECrim.*, VI Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, Madrid, 2016. Igualmente, punto 15 de la Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados (n.º expdte 162/000004 y 162/000135), en el seno del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género.

<sup>1004</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 384, habla de excepción al deber de colaborar con los tribunales.

puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido”.

Pues bien, como iremos analizando, toda la evolución hermenéutica realizada ha ido orientada hacia la supresión de esa libertad de actuación del testigo y el aseguramiento de su carga probatoria. Siempre –claro está– en la perspectiva que estamos ante declaraciones que pueden permitir la condena del inculpado.

Y es que la existencia de la exención se justifica en la protección de las relaciones familiares (art. 39 CE) o en el derecho a la intimidad (art. 18 CE)<sup>1005</sup>; en relación con un principio de puro sentido común, cual es no pretender que alguien incrimine a su cónyuge o a su madre, por ejemplo; o, más graves quizás, forzar al testigo a falsear o limitar su declaración. Es un derecho de los familiares para no ser compelidos a declarar (STC 94/2010, de 15 de noviembre). Se concede, por consiguiente, al testigo el privilegio de permanecer callado para no forzarle a mentir ante un posible dilema moral. En definitiva, puede callar, pero no falsear su declaración.

En mejores palabras, la STS núm. 319/2009, de 23 de marzo (Rec. 11295/2008), afirma: “Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio (...)Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un

---

<sup>1005</sup> STS núm. 292/2009, de 26 de marzo (Rec. 11433/2008), FD 3º.

testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría”.

Con anterioridad a la reforma del año 2009, la doctrina y la jurisprudencia<sup>1006</sup> venían defendiendo la necesidad de equiparar el vínculo matrimonial todas aquellas relaciones donde pudiera apreciarse la convivencia “*more uxorio*” como, de otro modo, ya venía reconociéndose en otros ámbitos del Código penal, como los artículos 23, 173 y 454. Sin embargo, se excluyen las relaciones de noviazgo<sup>1007</sup>; lo que reconduce la cuestión a un análisis del caso concreto, que dificulta el establecimiento de reglas generales. Tras la reforma, actualizado el texto, y reconocido expresamente la ampliación más allá del vínculo conyugal o convivencia, debemos fijar nuestra atención en otros aspectos de la norma de mucha mayor trascendencia práctica.

Estas cuestiones aparecen dirigidas a analizar las consecuencias de la extinción del vínculo matrimonial o de la convivencia, así como la posibilidad de defender la validez (valor probatorio) de la denuncia y manifestaciones

---

<sup>1006</sup> Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado en su reunión del día 1 de marzo de 2005, prescribe: “A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”.

La STS núm. 134/2007, de 22 de febrero (Rec. 10712/2006), FD 1, afirma: “La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos”.

<sup>1007</sup> XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, año 2006, al que ya nos hemos referido en otras ocasiones.

realizadas en instrucción por quien después se acoge a la dispensa<sup>1008</sup>. No obstante la posición que podamos adoptar al respecto, para la jurisprudencia más reciente, la actitud procesal que la víctima haya podido adoptar en el proceso va a resultar definitiva en orden al reconocimiento –o no– del derecho a la dispensa a declarar.

Y es que nuestro Tribunal Supremo, ante la falta de nuevas reformas legislativas, ha ido subsanando, mediante la fijación de criterios interpretativos, la mejor doctrina en orden a la aplicación del precepto en cuestión, comenzando por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 24 de abril del año 2013, que dice así:

La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

Pese a no quedar expresamente recogido en el Acuerdo<sup>1009</sup>, la

---

<sup>1008</sup> No cabe aplicar en estos supuestos los arts. 714 y 730 LECrim.; la jurisprudencia lo niega expresamente (por todas, STS núm. 225/2020, de 25 de mayo, ECLI:ES:TS:2020:1559) y, aunque a regañadientes (Circular FGE 6/2011), la Fiscalía así lo ha aceptado.

<sup>1009</sup> Al respecto, los Fiscales puntualizan, en su Conclusión II.1.- letra c) del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, año 2006, respecto del momento en que debe apreciarse la existencia de parentesco a efectos de aplicar el art. 416

jurisprudencia (STS 270/2016, de 5 de abril) también ha venido excluyendo del ámbito de aplicación del art. 416 –y no será necesario advertirle del contenido del art. 261, ambos de la ley procesal penal– cuando la persona acude *motu proprio* a formular la correspondiente denuncia porque “ciertamente hay que distinguir cuando como denunciante se acude a las autoridades para denunciar hechos de los que ha sido víctima para que actúen e inicien una investigación de aquellos otros supuestos en los que se cita como testigo a una persona incluida en la esfera de aplicación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y así se ha pronunciado esta Sala, como es exponente la Sentencia 449/2015, de 14 de julio , en la que se declara que otra cosa sería contradictorio con la clara y libre iniciativa de ser denunciante de hechos de los que ha sido víctima”.

En cualquier caso, semejante cuestión acredita bien a las claras que el Acuerdo de 2013 seguía sin satisfacer plenamente a las líneas de pensamiento de corte progresista que pretendían, al menos en sede de violencia sobre la mujer, suprimir la aplicación del art. 416 LECrim. En parte por esas presiones<sup>1010</sup> y, en otra parte, por las limitaciones que seguía ofreciendo la regulación legal (y ante la pertinaz inacción del legislador) tuvo lugar la celebración del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 23 de enero de 2018, con el siguiente Asunto:

---

de la LECrim., lo siguiente: “Tendremos que estar al momento en que ocurrieron los hechos, conforme al Acuerdo no jurisdiccional de 2013, aunque cuando declaren ya se haya producido la separación legal o de hecho”.

<sup>1010</sup> MAGRO SERVET, V., *Propuesta de reforma de Violencia de Género ante el Senado, Comisión de Igualdad*, Diario *La LEY*, n.º 8974, 2017.

Alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim. Sin embargo, pese a lo que pudiera esperarse, la decisión colegiada cambió el sentido adoptado por las diversas resoluciones judiciales. El Acuerdo decía:

“1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim., impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim.) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”.

Como advertimos, el primer punto es conforme con la doctrina comúnmente observada por los Tribunales; pero, respecto del reconocimiento a la exención no obstante haber intervenido en el proceso como acusación particular, la decisión adoptada no sólo iba en contra de su propia doctrina sino que, además, implicaba un retroceso en la progresión –visible– hacia la supresión o reducción al máximo de este derecho.

Más conforme a la ideología imperante en nuestros días, muy recientemente, el Tribunal Supremo ha dado una última –por ahora– vuelta de tuerca a este tema lo que demuestra, sin duda alguna, que el mismo está demandando una nueva redacción legal por encima de cualquiera otra consideración.

La STS núm. 389/2020, de 10 de julio (Recurso 2428/2018)<sup>1011</sup>, con categoría de Pleno, ha modificado el Acuerdo de 2018, variando la perspectiva con la que, hasta ahora, se contemplaba toda esta materia. La cuestión que se plantea es ¿qué ocurre respecto a hechos ocurridos durante el matrimonio cuando el testigo, en el momento de declarar (y no referido al momento de acaecimiento de los hechos), ya ha extinguido su vínculo matrimonial? ¿tiene derecho a la dispensa?

De una interpretación literal del art. 416 LECrim. no parece desprenderse que pueda acogerse a esta dispensa y los Acuerdos nada especifican. Tratándose de una cuestión de excepción, procedería decantarnos sobre su no admisión. En esta línea, la Sentencia núm. 13/2018, de 5 de junio, de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Rollo de Apelación 9/2018), que no reconoce la dispensa a la testigo denunciante por haberse extinguido el vínculo matrimonial al tiempo de tener que prestar su declaración. Pero esta solución no es clara, plantea dudas, y de ahí la recientísima evolución jurisprudencial.

En efecto, la novedad recogida en la STS núm. 389/2020 es la siguiente: no interesa tanto el vínculo existente al tiempo de la comisión de los hechos enjuiciados como la posición procesal adoptada por quien invoca el derecho a la dispensa del art. 416 LECrim. Lo explicamos.

La dispensa no se limita a hechos ocurridos durante la vigencia del matrimonio (pongamos por ejemplo); de esta suerte, si los hechos son

---

<sup>1011</sup> ECLI:ES:TS:2020:2493.

anteriores al vínculo matrimonial pero, en el momento de declarar, mantiene la condición de cónyuge, podrá acogerse a la dispensa. Por tanto, parece lógico concluir que también debería extenderse la dispensa a hechos ocurridos durante la convivencia matrimonial, pero sobre los que el testigo debe declarar una vez producido el divorcio<sup>1012</sup> porque, pese a la ruptura, continúan subsistiendo los factores emocionales que justifican en gran medida la existencia de la dispensa. Como mínimo, habrá que reconocer que el testigo no será ni tan libre ni tan objetivo como en cualesquiera otro procedimientos<sup>1013</sup>. Sin embargo, ésta no ha sido la línea jurisprudencial dominante, como hemos planteado.

La novísima resolución del Tribunal Supremo prefiere centrarse en la posición procesal del testigo en orden a reconocerle –o no– la exención de declarar, modificando para ello el Acuerdo de 2018. La Sentencia no hace sino concluir un proceso iniciado en el año 2013, cuando se excluía de la dispensa a quien ocupaba la posición de acusación particular; y que concluye ahora, en el año 2020, en el sentido proyectado por el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer y otros operadores jurídicos: negar el derecho reconocido en el art. 416 LECrim. a quien, como víctima, ejerza o haya ejercido la posición de

---

<sup>1012</sup> Y así aparecería justificado el Acuerdo de 24 de abril de 2013 cuando afirma: “La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto”. Nótese cuando dice “estén o han estado”. Otra interpretación carecería de sentido.

<sup>1013</sup> Y optamos por profundizar tan sólo en el vínculo matrimonial; pero en las amplias líneas de parentesco recogidas por el artículo 416 LECrim. no se producen rupturas ni extinción del vínculo, como sí ocurre en el ámbito matrimonial. Por tanto, resultará mucho más complejo denegar el reconocimiento del derecho a la dispensa basada en los argumentos que venimos ofreciendo.



acusación particular en el proceso, dejando sin efecto el segundo punto del Acuerdo de 2018, que implicaba un retroceso en esta línea de pensamiento.

Las razones expuestas por la resolución se basan, en gran medida, en la violencia de género, extrapolando con ello –una vez más– lo particular a lo general: porque hay vida más allá de la violencia sobre la mujer. Las razones son diversas. La primera, que dicha interpretación en conforme al ordenamiento y a su interpretación constitucional. Este argumento resulta difícil de rebatir. Como hemos examinado, los cambios jurisprudenciales han sido constantes y, más que una indeterminación legal, ello ha respondido a un intento, exitoso por lo demás, de forzar el texto normativo hasta conseguir que éste abarque lo que, realmente, no contempla. Si tan evidente era la intención del legislador, hubiera resultado mucho más sencillo tramitar una modificación legislativa que, por lo demás, ha sido siempre la intención de esta corriente feminista y no feminista, mayoritaria al menos en sus manifestaciones.

La segunda justificación es que, con esta nueva doctrina, se protege a las víctimas en mayor medida, aunque la sentencia no explica cómo. Lo cierto es que a la testigo se le priva de su libertad y se pone en tela de juicio su buen raciocinio, por encima de su asistencia legal. A título personal, no soy partidario de restringir derechos y menos aún en este campo, tan íntimamente ligado a la intimidad familiar. En definitiva, el intérprete se arroga la facultad de decidir por otro –como siempre– en pro de un interés mayor<sup>1014</sup>: la

---

<sup>1014</sup> FD Undécimo: “Esto se ve mucho más claro en materia de violencia de género,  
657

represión de la violencia machista. En otros sectores del ordenamiento punitivo no se observa ni el interés ni la rotundidad de cuanto se afirma más que en el ámbito de la violencia de género, lo que representa un pasito más hacia la conformación de un derecho especial propio y privilegiado.

Un tercer argumento, expuesto asimismo con superficialidad, es que este modo de interpretar la dispensa es igualmente conforme con legislaciones de nuestro entorno. Veamos si se está en lo cierto. A este respecto, el art. 199 del Codice di Procedura Penale (facoltà di astensione dei prossimi congiunti) dispone lo siguiente:

*“1. I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato (...)*

*3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale:*

*a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso;*

*b) al coniuge separato dell'imputato;*

*c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato”.*

La regulación italiana resulta mucho más adecuada que la

---

pues cuando la mujer denuncia a su pareja no puede estar dispensada de la obligación de declarar, puesto que tal posición es incompatible con la denuncia. La denuncia ya es una imputación en contra del denunciado” (nótese la rotundidad: “no puede”).

española por el simple hecho de respetar la abstracción y generalidad de la norma jurídica. El legislador italiano no está pensando exclusivamente en atender las necesidades de protección de las mujeres en relación con los actos de agresión masculinos, sino que contempla a los familiares en un sentido amplio para, a continuación, en relación a los cónyuges o meros convivientes, reconocer la dispensa exclusivamente en relación a hechos cometidos por el enjuiciado durante la convivencia, y no por hechos acaecidos con anterioridad o con posterioridad al cese de esa convivencia o a la ruptura del vínculo conyugal.

Por último, el sistema italiano también recoge los supuestos en los que se excluye el derecho a la dispensa, y son la previa presentación de denuncia, querrela o cualquiera otra petición dirigida frente al inculpado o haber resultado ofendidos por el delito, es decir, no se exige su personación en el procedimiento penal. Por tanto, podemos concluir que la legislación española resulta más defectuosa que la de otros ordenamientos semejantes y el hecho que, en lugar de su rectificación legislativa, hayamos asistido en menos de diez años, a tres criterios interpretativos diferentes, evidencia mejor que cualquier otro medio de prueba las carencias de la regulación prevista en el art. 416 LECrim.

La última sentencia del TS modifica el criterio de 2018 y ya no reconoce el derecho a la dispensa para declarar a quien ha cesado en su condición de acusación particular. Por tanto, una vez que ha formulado denuncia contra su agresor (reiteramos que el juzgador tiene su foco dirigido

exclusivamente a la violencia de género) y ha ostentado la posición de parte acusadora; ha renunciado al derecho reconocido en el art. 416 LECrim. y no existe motivo alguno para que lo pueda recuperar.

Pese a que nuestro Alto Tribunal ofrece hasta un total de seis argumentos; en puridad, son todos el mismo, tal y como ha quedado expuesto: la protección de la víctima y la superación del vínculo afectivo con su agresor y para ello, se le niega la posibilidad de modificar su actuación procesal una vez que, al inicio del procedimiento, ha tomado la decisión de denunciar a su pareja o cónyuge e, inclusive, ha solicitado medidas de protección frente a él. Sinceramente, parece más bien que hay que asegurar el caudal probatorio frente a quien es objeto de enjuiciamiento por encima de cualquier otra consideración.

La resolución parte de la debilidad en la personalidad de la mujer<sup>1015</sup>, quien no es capaz de mantener su posición; o, en el mejor de los casos, que cede ante las presiones de su ex- o de los familiares y amigos<sup>1016</sup>. Lo cierto es

---

<sup>1015</sup> ALBERDI ALONSO, I. y ROJAS MARCOS, L., *Violencia: Tolerancia cero*, Obra Social Fundación La Caixa, Barcelona, 2005, afirma que “la idea central del patriarcado es la representación de la masculinidad a través del dominio sobre la mujer”.

<sup>1016</sup> Lo paradójico es que colocamos a la mujer denunciante o testigo en la misma situación de ausencia de libertad de la que, teóricamente, la queremos liberar.

ANDRÉS LAVILLA, S. *et. al.*, *Perspectivas psicológicas de la violencia de género*, 2011, pág. 18, afirma: “la violencia provoca un proceso de victimización prolongado en las mujeres. Esto genera un estado de indefensión, “de no saber que hacer para cambiar las cosas”, de creer que “no se puede hacer nada”, que no estar en su mano, de que “haga lo que haga, da lo mismo”, que va mermando su autoestima y su capacidad de afrontamiento y resolución de problemas, lo que va a favorecer la permanencia en la relación”. Disponible en [https://www.aragon.es/documents/20127/674325/perspectivas %20psicologicas. pdf/63f983b8-ab9b-1399-4616-d94b05719020](https://www.aragon.es/documents/20127/674325/perspectivas_%20psicologicas.pdf/63f983b8-ab9b-1399-4616-d94b05719020).

que se pone al testigo en la tesitura de hacer algo que no quiere, con el consiguiente riesgo de incurrir en falso testimonio o, inclusive, en desobediencia<sup>1017</sup>.

En puridad, lo que concurre en el fondo del asunto es un descontento frente a la redacción legal y, en gran medida, una creación jurisprudencial del Derecho a la que, desafortunadamente, ya nos estamos acostumbrando. Así, bajo el pretexto que el fin justifica los medios, observamos atónitos cómo los tribunales civiles han desarrollado una doctrina completa y ajena a la regulación legal de las cláusulas abusivas en los préstamos bancarios, con arreglo a una interpretación extensiva que el legislador sigue hoy día tratando de acomodar.

En el ámbito penal, el imperativo legal de bajar –sin éxito, desgraciadamente– el número de muertes por violencia de género lleva de nuevo a los Tribunales a corregir el mandato legal hasta el punto de no hacerlo reconocible y, como en este caso, mediante sucesivas y contradictorias interpretaciones que lesionan, sin duda alguna, el imperativo constitucional del artículo 117.3 CE. La propia presencia de tres votos particulares a la Sentencia, y otra adhesión a uno de ellos, ya demuestra lo cenagoso de la materia estudiada.

---

<sup>1017</sup> Voto particular: DEL MORAL GARCÍA.

#### IV.- Los medios de prueba

Importantes consecuencias derivan del reconocimiento del derecho a no declarar contra su cónyuge, pareja o familiar, previsto en el art. 416 LECrim., parejas a las dificultades que este derecho comporta y los intentos jurisprudenciales por forzar el literal de su regulación, en orden a conseguir que, evitando la retractación, pueda fundamentarse una sentencia condenatoria contra el agresor.

Esta cuestión se encuentra íntimamente relacionada con la que nos ocupa en estos momentos, cual es el estudio de las peculiaridades que presentan los diferentes medios de prueba en relación con la comisión del delito de quebrantamiento.

Y es que los delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica y de género, en general; y el delito de quebrantamiento, en particular, son cometidos frecuentemente en un entorno muy privado<sup>1018</sup>, donde no hay testigos y tampoco concurren otros medios de prueba. Por consiguiente, si descartamos la propia autoinculpación del investigado, habrá que atender fundamentalmente a la propia declaración de la víctima (que puede llegar a ser

---

<sup>1018</sup> MONTESINOS GARCÍA, A., *Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, núm. 17, UNED, 2017, pág. 128: “Esta realidad implica que los hechos violentos suelen tener lugar sin testigos, con la sola presencia del sujeto activo y pasivo, por lo que la declaración de la víctima se convierte en la principal prueba de cargo contra el agresor, cuando no la única”.

errática y contradictoria a lo largo del proceso) y a circunstancias tales como mensajes en redes sociales o aplicaciones de telefonía móvil, para poder conformar un acervo probatorio suficiente que permita sostener la acusación del sujeto.

Recordemos que, junto a pruebas directas, existen también indicios que, ordenados lógicamente, pueden acreditar una conexión indudable con arreglo a las reglas de la racionalidad y a las máximas de la experiencia. Para desvirtuar la presunción de inocencia es suficiente una prueba de cargo válidamente obtenida; pero también es admisible un conjunto de ellas que, sumadas a otros indicios, permitan confeccionar un relato lógico y razonable que motiven un juicio de culpabilidad.

En numerosos casos, la mayor parte de la prueba gira en torno a la declaración de la víctima, y es aquí donde surgen los problemas, no sólo porque ésta puede resultar insuficiente de no aparecer refrendada por otras evidencias, sino también porque existe el peligro –en caso de otorgar por principio plena validez a esta declaración– de lesionar la presunción de inocencia<sup>1019</sup> del encausado o, inclusive, caer en la tentación de la comisión de una denuncia falsa.

Otra cuestión, que sólo podemos dejar apuntada, es la falta de medios técnicos en orden a acreditar la credibilidad<sup>1020</sup> de los testimonios de víctimas

---

<sup>1019</sup> Art. 24.2 CE.

<sup>1020</sup> LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. e IGLESIAS CANTE, I., (coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 211: “El testimonio de un testigo o de una víctima no siempre se ajusta a la realidad de los

y testigos. La falta de medios de la que, siguiendo una inveterada tradición, adolece la Administración de Justicia en España, exige a los juzgadores un importante esfuerzo a fin de elaborar un relato coherente, apoyando los testimonios concurrentes con el resto de pruebas e indicios; y, finalmente, cuando ello no es posible, absolviendo al acusado.

A este respecto, la STS núm. 119/2019, de 6 de marzo<sup>1021</sup>, sintetiza los presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima:

1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.

2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.

3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.

4.- El “lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.

5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.

6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.

---

hechos. Las distorsiones que se producen pueden obedecer a dos tipos de problemas. Los primeros son de naturaleza cognitiva: el testimonio puede verse alterado debido a la influencia de información posterior al acontecimiento, que puede producir desde leves imprecisiones en la declaración hasta recuerdos enteramente falsos (...) El segundo tipo de problema es de naturaleza motivacional, y alude a distorsiones voluntarias de la declaración, es decir, a mentiras deliberadas por parte del declarante”.

<sup>1021</sup> ECLI:ES:TS:2019:678.



7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.

8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica<sup>1022</sup>.

En nuestros días, es de descartar lo proclamado por el viejo aforismo *testimoniun unius non valet*, con lo cual se abre la posibilidad de condenar por delitos cometidos en una esfera íntima, contando tan sólo con el testimonio de la víctima. Tal resolución, por la que se declara la culpabilidad, es perfectamente compatible con el respeto y la observancia de la presunción de

---

<sup>1022</sup> La propia resolución matiza que la víctima puede padecer una situación de temor o “revictimización” por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, por lo que también habrán de valorarse los siguientes factores:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

inocencia. En palabras de nuestro TC (STC núm. 126/2011, de 18 de julio, FJ 21º, letra a): “no impone ese derecho la exigencia de que esas pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo”.

Resulta conveniente alcanzar un equilibrio: de no admitirse esta tesis, quedarían impunes semejantes comportamientos delictivos. Por otro lado, de no adoptarse las necesarias prevenciones, podríamos alcanzar resultados no queridos e inadmisibles, básicamente, el dictado de condenas sin base probatoria suficiente.

Por ello, nuestra jurisprudencia exige una *fundamentación fáctica reforzada*<sup>1023</sup> y un juicio de credibilidad acerca del testimonio de la víctima en un triple sentido: la persistencia en sus manifestaciones, ofreciendo una versión de los hechos coherente ya desde el inicio de las primeras diligencias y hasta la celebración del juicio oral; la aparición de otros elementos que, indiciariamente, pudieran corroborar la relación de hechos; y, por último, pero no menos importante, la ausencia de motivos espurios<sup>1024</sup> que hayan provocado la presentación de la denuncia.

Dentro de este acervo probatorio, es habitual la presencia de los

---

<sup>1023</sup> STS núm. 584/2014, de 17 de junio, Rec. 2263/2013.

<sup>1024</sup> ATS núm. 601/2020, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2020: 5783A), FD 1: “los móviles espurios no deben confundirse con la legítima expectativa de quien es víctima de un hecho delictivo de obtener la tutela de los Tribunales en la forma y con las consecuencias previstas en las leyes”.

denominados testigos de referencia<sup>1025</sup>, esto es, aquellos que no han contemplado directamente los hechos acaecidos, pero sí han resultado depositarios de las manifestaciones de la víctima o han podido comprobar algunas de las consecuencias del hecho delictivo, como las lesiones o la ansiedad producida por el ataque. En palabras de la STS núm. 625/2007, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5286), “los testigos de referencias son los que no habiendo percibido los hechos con sus sentidos refieren al Tribunal manifestaciones de otras personas que no comparecen como testigos”.

Nuestro Tribunal Constitucional<sup>1026</sup> admite esta prueba sólo si resulta imposible o muy dificultoso el acceso del testigo directo y sólo muy excepcionalmente como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. En general, la define como una prueba poco recomendable y que debe asumirse con recelo (STC 143/2003, FJ 6) (...); y, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso *Delta*, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso *Isgrò*, § 34; y de 26 de abril de 1991, caso *Asch*, § 27), se ha admitido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta

---

<sup>1025</sup> Art. 710 LECrim.: “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”.

<sup>1026</sup> STC núm. 161/2016, de 3 de octubre, FJ 6, BOE núm. 276/2016, de 15 de noviembre).

extraordinariamente dificultosa (STC 143/2003, FJ 6, citando a las SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002, de 22 de julio, FJ 17, y 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4).

Los testigos de referencia difícilmente pueden constituir prueba de cargo, con la sola excepción que se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo<sup>1027</sup>. Una tal imposibilidad es completamente diferente a una negativa a comparecer que, desembocará, con casi total seguridad, en un archivo por sobreseimiento de la causa o en una sentencia absolutoria, dependiendo de la fase procesal. Pero no cabe duda que, fuera de este supuesto, pueden representar un elemento muy valioso para complementar la relación de hechos enjuiciada y llevar al tribunal a adquirir conciencia de lo acaecido.

Otra cuestión a analizar es la intervención de los menores de edad. En el ámbito de la violencia en el hogar, los menores pueden ser víctimas directas del delito y, en general, perjudicados por el mismo<sup>1028</sup>; además, pueden asumir la posición procesal de testigos, incluso de mera referencia. La legislación<sup>1029</sup> resulta muy laxa y concede a la autoridad judicial amplios poderes para evitar una presencia reiterada del menor en los edificios judiciales, evitándose así la

---

<sup>1027</sup> La STS núm. 703/2014, de 29 de octubre, Recurso 908/2014, establece que en el supuesto que la testigo directo se acoja a la dispensa del art. 416 LECrim. no podrán utilizarse a los testigos de referencia para suplir este testimonio porque no ha existido imposibilidad de acudir a él, sino negativa de declarar ante el plenario.

<sup>1028</sup> Recordemos que algunos tipos delictivos contemplan supuestos agravados, precisamente, por su comisión en presencia de menores, tales como los arts. 153.3, 171.5 párrafo 2º y 172.2 CP.

<sup>1029</sup> Con carácter general, arts. 433, 448, 707, 730, 731 bis y 797.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

confrontación con el encausado; pero, paralelamente, esta ausencia puede ir en detrimento del derecho a la defensa del mismo dado que, pese a tener un solo momento de actuación procesal, las consecuencias de esta intervención pueden ser muy relevantes en el juicio del inculpado.

Como expresamente se ha señalado<sup>1030</sup>, y por mi parte también puedo dar fe de ello, es práctica común que, especialmente en aquellos delitos de índole sexual relacionados con menores, se confeccione una prueba preconstituida en la denominada Sala Gesell, a la cual acude el/la menor con el responsable de su custodia para que, en un ámbito reservado y de confianza para el niño/a, pueda expresarse con libertad y permita valorar la credibilidad de sus acusaciones. La Sala, que sólo es accesible para el psicólogo (art. 26.1 letra b) de la Ley 4/2015<sup>1031</sup>), cuenta con sistema de grabación de audio y video (art. 26.1 letra a) de la Ley 4/2015), cuya autenticidad es garantizada por el LAJ –incorporando una copia de la entrevista a la causa y quedando otra en el sistema propio del servicio–, siendo testigos de todo ello la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y los letrados, pudiendo todos ellos formular las preguntas que, debidamente endulzadas por el profesional, se someterán al menor. Con todas estas garantías, la prueba tendrá todo su valor y eficacia.

Pues bien, no deja de ser cierto que, practicada la prueba preconstituida con todas las garantías, es constante la ausencia de cualquier otra intervención posterior del menor, especialmente, cuando es de edad reducida, dificultando

---

<sup>1030</sup> SALA PAÑOS, D., *Proceso penal: declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del derecho de defensa*, Diario LA LEY, 9 de abril, 2019.

<sup>1031</sup> Ley 4/2015, de 15 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101/2015, de 28 de abril).

en alguna medida la labor del abogado de la defensa. También es correcto afirmar que –como señala el art. 19 del Estatuto– se deben “impedir o reducir los perjuicios que para ellos (los menores) puedan derivar del desarrollo del proceso”; pero este fin, legítimo, no puede entorpecer los derechos del reo.

A este respecto, la STS núm. 178/2018, de 12 de abril<sup>1032</sup>, establece que la regla general debe ser la presencia del menor de edad en el juicio oral, salvo que concurra una causa legítima que impida su declaración. Por tanto, habrá que valorar cada caso en concreto. Tan sólo podrá excusarse su presencia cuando ésta afecte o pueda afectar a su estabilidad emocional y a su normal desarrollo personal, y así quede reflejado adecuadamente, preferentemente en un informe psicológico y no quede afectado el derecho de defensa. Por el contrario, si evitando la confrontación en la sala o de cualquier otro modo, puede eliminarse este riesgo de afectación, deberá comparecer en el juicio. no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores.

Por último, debemos analizar la aparición en el ámbito forense de nuevas formas de comunicación que, con arreglo a la imparable innovación tecnológica, han adquirido una presencia imprescindible en nuestro día a día.

Así, es habitual que el sometido a una prohibición de comunicación lleve a cabo el quebrantamiento de la misma mediante el envío de mensajes a través de diferentes aplicaciones móviles tales como tuenti, messenger o mails; aunque la más utilizada, en nuestros días, es “whatsapp”. Sobre esta

---

<sup>1032</sup> ECLI:ES:TS:2018:1374.

última aplicación de mensajería instantánea, gratuita y ejecutable directamente desde el teléfono móvil; la jurisprudencia lleva años pronunciándose sobre su idoneidad como valor probatorio, habida consideración que su empleo es, prácticamente, universal, sustituyendo un gran número de comunicaciones telefónicas y de otro tipo.

Hay que resaltar que “whatsapp” no sólo permite la remisión de mensajes de texto, sino también facilita la transmisión de imágenes (fotos), notas de voz y compartir la propia ubicación en tiempo real. La validez de estas comunicaciones como medio de prueba dependen, en gran medida, de la actitud procesal que, frente a las mismas, ofrezca la defensa del encausado. Así, en fase instructora<sup>1033</sup>, suele practicarse un cotejo de los mensajes a presencia de las partes y del Letrado de la Administración de Justicia, quien extenderá la oportuna diligencia para dar fe que el texto cotejado coincide literalmente con los mensajes que aparecen en el terminal telefónico de la víctima, incluyendo fecha y hora de remisión. En los supuestos que concurren imágenes o notas de audio o estemos ante conversaciones de gran extensión (imaginemos que estemos ante supuesto de maltrato habitual o que permita acreditar una continuidad delictiva en el quebrantamiento), es suficiente descargar los archivos directamente desde el teléfono de la perjudicada e incorporarlos a la causa, bien en el sistema operativo del juzgado (ADRIANO, en caso de Andalucía) o bien en un soporte externo, tales como CD-Rom o

---

<sup>1033</sup> En su primera denuncia, la propia víctima suele facilitar a los cuerpos policiales el terminal telefónico o el acceso a las diferentes aplicaciones, de suerte que la policía puede ya, desde ese primer momento, incorporar el contenido al atestado y dar traslado del mismo a la autoridad judicial.

USB, los cuales también quedarán bajo la custodia y fe del LAJ<sup>1034</sup>.

Sin embargo, este sistema genera muchas dudas<sup>1035</sup>. Y es que ninguno de los funcionarios judiciales es un perito informático y, evidentemente, el peligro de manipulación subsiste<sup>1036</sup>, lo que deja en entredicho la propia fe pública judicial. Pero el LAJ tampoco puede negarse a practicar la diligencia si la autoridad judicial así lo ha acordado (art. 452.2 LOPJ), dentro de su función de velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

El problema nace, por tanto, cuando la defensa pone en entredicho el valor de las pruebas así obtenidas en fase de instrucción. La STS núm. 300/2015, de 19 de mayo, afirma que “Las conversaciones mantenidas entre

---

<sup>1034</sup> La idea es evitar que pueda impugnarse la validez de estas comunicaciones, afirmando que no quedan suficientemente garantizadas su identidad e integridad. Como afirma la STS núm. 300/2015, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2047), cuando se aportan tan sólo “pantallazos” de impresión, esta autenticidad puede verse ciertamente comprometida. En esta línea: “la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”.

<sup>1035</sup> GARCÍA MESCUA, D., *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales. Tratamiento procesal*, editorial Comares, Granada, 2018, pág. 35: “por muy correcta y detallada que esté el acta, en realidad solo puede acreditar la existencia de las comunicaciones, sin poder entrar en mayores complicaciones técnicas como la constatación de que el texto no ha visto conculcada su integridad. De nuevo habrá que estar a la correspondiente prueba pericial informática complementaria”.

<sup>1036</sup> En palabras de MAGRO SERVET, ante el Colegio de Abogados de Alicante, “es indispensable que realice una prueba pericial que identifique el verdadero origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido. En este sentido, apuntó a la relativa facilidad con la que los mensajes pueden ser modificados e incluso la existencia de aplicaciones que permiten crear conversaciones inexistentes.” Visto en Diario Información, de 25/01/2019. <https://www.informacion.es/alicante/2019/01/25/whatsapp-procesos-acoso-o-malos-5615753.html>



XXX e YYY, incorporadas a la causa mediante "pantallazos" obtenidos a partir del teléfono móvil de la víctima, no son propiamente documentos a efectos casacionales. Se trata de una prueba personal que ha sido documentada *a posteriori* para su incorporación a la causa. Y aquéllas no adquieren de forma sobrevenida el carácter de documento para respaldar una impugnación casacional”.

No queda claro la naturaleza de estos medios de prueba, dado que, si no constituyen prueba documental, ¿qué son en realidad?, ¿qué es una prueba personal?

De todo lo expuesto, se deduce que la ausencia de dudas sobre la autenticidad de los cotejos, grabaciones o transcripciones emanadas de estas aplicaciones de mensajería, deben provocar, irremediablemente, su admisión como medio de prueba. Por otro lado, no parece lógico que su impugnación por la defensa sea admisible siempre y por cualquier causa –incluidas las manidas fórmulas genéricas de inadmisión– sino que debe exigirse un principio de prueba o, cuanto menos, sospechas fundadas de falsedad o manipulación para admitirse la realización de una pericial que acredite la validez de la prueba aportada<sup>1037</sup>.

---

<sup>1037</sup> En palabras de la STS núm. 375/2018, de 19 de julio (ECLI:ES: TS:2018: 2949): “no es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción *iuris tantum* de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad –por la existencia de sospechas o indicios de manipulación– se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su

## **V.- El acto formal de requerimiento al sujeto a prohibición**

En el ámbito penal<sup>1038</sup>, la idea de requerimiento aparece asociada a un acto de comunicación por el que se exige al condenado que lleve a cabo una determinada conducta o prestación (como las multas) o que, por el contrario, se abstenga de llevar a cabo un comportamiento (como las prohibiciones de aproximación y/o comunicación con la víctima).

El requerimiento es un momento importante porque, a partir del mismo, comienza la ejecución de la sentencia y resulta fundamental que ésta se cumpla de manera exacta, esto es, en los mismos términos contenidos en la resolución judicial de condena. Por ello, el requerimiento no puede convertirse en un acto meramente rutinario inspirado en modelos globales o genéricos sino que, por el contrario, debe realizarse de manera individualizada y expresamente dirigida a la persona condenada.

En el ámbito de estudio del delito de quebrantamiento, la necesidad de un buen acto de requerimiento es evidente. En dicho acto de comunicación se

---

contenido. Ahora bien, tal pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba”.

<sup>1038</sup> La idea del requerimiento no es desconocida en el resto de los órdenes jurisdiccionales. En el orden civil, p. ej., arts. 149.4º, 152.5, 256.1.6º (diligencias preliminares), 329.2 (deber de exhibición de documentos), 440.3 (desahucios), 551.3.º (requerimiento al ejecutado), etc.; pero también en el orden social (arts. 239.3, 247 y 285.2 de la Ley de Procedimiento Laboral) y en el orden contencioso-administrativo (arts. 30, 46, 48.10 y 116.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

notificarán al condenado el contenido de las penas impuestas, incluyendo las sustitutivas, sus fechas de cumplimiento y finalización, con apercibimiento expreso de las consecuencias de su inobservancia; entre otras, la revocación de la suspensión de las penas privativas de libertad, la sustitución de la pena de multa por prisión o la comisión de un delito de quebrantamiento.

El requerimiento es una diligencia que se realiza a presencia del Letrado de la Administración de Justicia<sup>1039</sup>, donde el sujeto debe ser identificado perfectamente como, asimismo, debe recoger de manera exacta y precisa el contenido de las penas cuya ejecución comienza en ese mismo instante. En lo relativo a las penas de prohibición y comunicación, dichos requerimientos, además de expresar sin ningún género de dudas los datos de identificación personal del sometido a estas medidas y de las víctimas amparadas por las mismas, deberán recoger la distancia (en metros<sup>1040</sup>) como exigencia inexcusable a fin de evitar la desproporción de la medida, los lugares donde no le está permitido acudir y, por último, los canales o medios por los que el requerido no podrá comunicar con la persona protegida.

Hecho este primer planteamiento, lo cierto es que no es la primera vez que abordamos esta cuestión<sup>1041</sup>, por lo que no necesitaremos profundizar en exceso. Hay que partir de la base de que lo realmente trascendente en el ámbito judicial es que el obligado a cumplir la prohibición tenga pleno

---

<sup>1039</sup> Arts. 453.1 y 456.6 letra a) de la LOPJ.

<sup>1040</sup> La STS núm. 691/2018, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4361), declara que “la distancia establecida en la prohibición de aproximación debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta”.

<sup>1041</sup> Ap. 2 Cap. IV.

conocimiento de la misma en el momento de la comisión de los hechos. El requerimiento –como acto formal– representa un medio de prueba ideal para acreditar la conciencia previa, pero no significa que sea el único medio admitido para acreditarlo ni que, pese a su concurrencia, el acusado no pueda desvirtuarlo.

A modo de ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 23ª, núm. 189/2015 (EDJ 2015/48235), declara que, pese a no aparecer en las actuaciones la notificación fehaciente al acusado del auto por el que se adoptó la medida cautelar, el mismo tenía pleno conocimiento de la prohibición en el momento de ocurrir los hechos. Para alcanzar este convencimiento y anudar la declaración de culpabilidad que conlleva, el tribunal de apelación valora exclusivamente el reconocimiento que, con arreglo a su declaración ante el juzgado de instrucción, el procesado llevó a cabo en sede judicial<sup>1042</sup>.

Pronunciamiento que, a todas luces, supone un exceso judicial. Resulta difícil estimar desvirtuada la presunción de inocencia cuando no consta en autos el requerimiento fehaciente, el acusado se negó a declarar en el plenario y la única prueba sobre la que sostener la condena son las manifestaciones realizadas por el mismo en fase de instrucción (las cuales, dicho sea de paso,

---

<sup>1042</sup> A mayor abundamiento, como precisa la STS de 27 de abril de 1998, el principio *in dubio pro reo*, no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo (...) de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

no se graban en soporte audiovisual, sino que son objeto de resumen y transcripción al dictado de la autoridad judicial). Todo ello parece insuficiente como prueba de cargo y, a mayor abundamiento, la pena impuesta –siete meses– quedó fijada muy próxima al límite mínimo –seis meses–, denotando la *mala conciencia* del órgano sentenciador.

Como ya hemos analizado, el delito de quebrantamiento sólo puede ser cometido dolosamente, esto es, con conocimiento cierto de la ilicitud del comportamiento desarrollado o, en otras palabras, con conciencia que el comportamiento realizado infringe la prohibición acordada judicialmente. Que el agresor conozca el mandato judicial que le afecta no exige una previa formación jurídica porque existe en la conciencia general una idea aproximada de lo que está permitido y de lo que no lo está. Evidentemente, si un juez ordena directamente a un ciudadano a que se abstenga de desarrollar algún comportamiento, apercibiéndole expresamente de las consecuencias penales en caso de desobedecer el mandato; resulta manifiesto lo irrelevante del nivel jurídico del actor. Pero no resulta intrascendente –todo lo contrario– el momento de ser compelido a ello, que es inherente a la notificación de la propia resolución judicial que contiene la prohibición.

Con enorme precisión, la SAP de Madrid, Sección 16ª, núm. 4/2016, de 5 de enero, FD 2, declara<sup>1043</sup>: “Premisa necesaria, por tanto, para que pueda formularse un juicio de antijuridicidad de la acción es que no sólo el interesado tenga conocimiento, mediante su notificación fehaciente, de la

---

<sup>1043</sup> EDJ 2016/6873.

sentencia o resolución firme en cuya virtud se le impone una pena o medida, sino también que exista constancia en las actuaciones de que dicho destinatario conoce el tiempo y modo en que debe cumplir tales penas o medidas, y únicamente a partir de la previa comprobación de que se cumplen tales exigencias legales el quebrantamiento es posible, pues sólo así puede considerarse que el interesado ha podido representarse los elementos objetivos del tipo, de modo tal que, adquirido dicho conocimiento fehaciente, la consumación de la conducta típica se produciría cuando se realice la actividad prohibida por la sentencia o resolución judicial. Para ello ha de constar el expreso requerimiento al obligado a respetar la orden de alejamiento derivada de la medida cautelar o pena para que cumpla con ellas a partir de una fecha determinada, por el plazo señalado en aquélla y hasta el cumplimiento o extinción de la condena o alzamiento de la medida, intimándole, incluso, a que se abstenga de desobedecerlas bajo los apercibimientos legales oportunos”.

En conclusión, el documento donde consta el requerimiento, debidamente ratificado por el sometido a la prohibición junto a su letrado/a (aunque esta asistencia no sea preceptiva), pasa a ser un elemento fundamental que debe encontrarse a disposición del órgano enjuiciador para poder pronunciar una sentencia condenatoria<sup>1044</sup>.

En cualquier caso, no podemos perder de vista que lo verdaderamente

---

<sup>1044</sup> Y a fin de evitar la desaparición del documento, en nuestros días, se procede a la digitalización del mismo, dentro del normal desarrollo del expediente electrónico de la Administración de Justicia (Ley 18/2011, de 5 de julio, Cap. II). El documento –ya digitalizado– puede ser firmado electrónicamente por el LAJ, con lo que adquiere la protección de su fe pública judicial (art. 452.1 LOPJ).

importante en toda esta cuestión es que el sujeto –al tiempo de la comisión del delito de quebrantamiento– tuviera conocimiento de la prohibición impuesta, su alcance y las consecuencias de su incumplimiento<sup>1045</sup>. Por eso, no resulta imprescindible (aunque sí muy conveniente, por las mayores garantías que ofrece) que el acto del requerimiento tenga lugar en sede judicial. Piénsese en aquellos casos donde la medida de protección ha sido acordada *inaudita parte*<sup>1046</sup>, esto es, sin haber oído previamente al denunciado; y, tras su adopción, ha sido notificada personalmente al mismo a través de un agente de la autoridad. En estos casos, la medida se encuentra en vigor desde el momento de su notificación<sup>1047</sup> y, por tanto, puede servir de base para la atribución de un delito de quebrantamiento, con idéntica eficacia.

En estos supuestos, se produce una disfunción temporal entre el momento de la adopción de la medida y su entrada en vigor, que sólo puede coincidir con la notificación del obligado a su cumplimiento. El razonamiento

---

<sup>1045</sup> La STS 41/2019, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:160), califica el delito de quebrantamiento como un delito pluriofensivo, en cuanto que no sólo protege el respeto a las resoluciones judiciales, sino que de forma indirecta, la finalidad de la norma es dotar de protección a la víctima, en este caso de una infracción de violencia de género: “el quebrantamiento es un delito doloso, que exige que concurra el elemento subjetivo consistente en la voluntad de incumplir el mandato judicial y alterar la seguridad de la persona protegida por la orden o menoscabar la integridad física o psíquica de la perjudicada”.

<sup>1046</sup> Entendido desde un punto de vista amplio, tanto en aquellos supuestos en los que el presunto agresor no quiere acudir, pese a ser debidamente citado, como en aquellos otros en los que no ha podido practicarse la citación, por ejemplo, por no haber podido ser localizado antes de la celebración de la comparecencia.

<sup>1047</sup> STS 778/2010, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6966), FD Único 4: no es necesario un acto de requerimiento de su cumplimiento, dado que en sí mismo ya contenía un claro requerimiento de someterse a él, en tanto le advertía que el incumplimiento de la prohibición podía ser “constitutivo de un delito de quebrantamiento de medida cautelar”.

es más que evidente: no puede exigirse a nadie que aquiete su comportamiento a una determinada prohibición, si el sujeto no ha tenido conocimiento del mandato que le ha sido impuesto.

Semejante lapso de tiempo puede –y suele– ser muy breve, dado el celo con el que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado atienden esta serie de requerimientos judiciales; pero, en ocasiones, pueden transcurrir varios días. Paralelamente, pese a la anotación de la medida en SIRAJ, el sistema también prevé esta posibilidad a la que nos estamos refiriendo y permite la anotación de la fecha de adopción de la medida y, como un campo separado, la fecha de su notificación (además de la cancelación, cuando tenga lugar). De este modo, el Letrado de la Administración de Justicia puede anotar todo el procedimiento en SIRAJ, incluyendo los datos personales de los intervinientes y las medidas adoptadas; sin embargo, el sistema no calificará las prohibiciones como “activas” hasta tanto en cuanto aparezca anotada la fecha de notificación al investigado. Por tanto, el LAJ puede y debe anotar el procedimiento el día de su adopción y deberá introducir la fecha de notificación, una vez los agentes comuniquen al juzgado que, efectivamente, se ha producido la notificación al agresor.

No obstante, el acusado por quebrantamiento siempre podrá argüir la existencia de un error –de prohibición, en este caso– ante posibles defectos formales de los actos de notificación realizados fuera de la sede judicial; aunque será difícil que semejantes alegaciones prosperen, dado que las propias



resoluciones suelen ser muy claras<sup>1048</sup> en su redacción, sin necesidad que el requerimiento tenga por qué completarla. Pero no olvidemos que el acto del requerimiento no forma parte del tipo penal y que sólo será un elemento más de la valoración conjunta de la prueba<sup>1049</sup>; aunque la práctica forense nos demuestra que su presencia tiene gran importancia para fundamentar una sentencia condenatoria; pero siempre orientado a acreditar ese elemento subjetivo del injusto que es el conocimiento previo de la imposición judicial de una prohibición.

Señala la SAP de Tenerife núm. 401/2019, de 21 de noviembre<sup>1050</sup>: “En efecto, de los defectos formales en los que puede haber tenido el acto de la notificación no excluyen el conocimiento que de hecho, según su propia declaración, tuvo el acusado, de que una autoridad le entregó una resolución judicial explicándole que no debía acercarse a la víctima y de que esa resolución le imponía el alejamiento respecto de la víctima. Tales defectos no excluyen el tipo subjetivo”.

Un requerimiento, practicado con todas la exigencias formales que venimos relacionando, excluye el error de tipo, no así el de prohibición. Si el dolo supone el conocimiento de los elementos que dan lugar al tipo penal y el consentimiento en la actuación del agente, es decir, el actor sabe y quiere lo que hace, el error supone una falta de conocimiento que resulta relevante a la

---

<sup>1048</sup> Art. 218.1 LEC.

<sup>1049</sup> STS núm. 325/2020, de 17 de junio, Rec. 3593/2018: “No es posible una simple valoración conjunta de la prueba, sin dar cuenta el Tribunal de las fuentes probatorias concretas de las que se ha servido para obtener su convicción judicial”.

<sup>1050</sup> ECLI:ES:APTF:2019:2006.

hora de efectuar el juicio de reproche porque el agente no sabía lo que hacía o ignoraba la naturaleza penal de lo que hacía<sup>1051</sup>. Al ser impelido expresamente del contenido de las prohibiciones y ser apercibido expresamente de las consecuencias de su contravención, el enjuiciado por un delito de quebrantamiento no tiene margen para poder alegar y justificar semejante grado de desconocimiento.

No obstante, sí podría (y, en ocasiones, tales alegaciones reciben favorable acogida en los tribunales<sup>1052</sup>) alegar error de prohibición en cuanto que, pese a conocer la existencia de la prohibición y ser consciente que las resoluciones judiciales no son disponibles por las partes –por ejemplo, por haber solicitado el cese de las medidas de protección, de mutuo acuerdo– concurren ciertas circunstancias que llevan al sujeto a creer erróneamente que puede acercarse o comunicarse con la víctima. Sobre estas cuestiones ya nos hemos pronunciado suficientemente con anterioridad<sup>1053</sup>.

Una última cuestión que conviene abordar es la competencia a la hora de practicar estos requerimientos. En nuestros días, no existen problemas competenciales, pese a la pobreza<sup>1054</sup> de normas legales al respecto. Cuando se

---

<sup>1051</sup> STS núm. 539/2014, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2702).

<sup>1052</sup> STS núm. 748/2018, de 14 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:398).

<sup>1053</sup> Cap. V, ap. 3.

<sup>1054</sup> Sólo el art. 801. 4 LECrim., en sede de diligencias urgentes de juicio rápido, recoge una disposición que al respecto establece: “Dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Secretario judicial seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución”.

trata de medidas adoptadas durante la instrucción de la causa (medida de alejamiento u orden de protección), las notificaciones y requerimientos han de ser practicadas por el órgano que las adoptó, ya sea un Juzgado de Instrucción o un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. El requerimiento de las penas será llevado a cabo por el Juzgado de lo Penal, el cual descontará en sus liquidaciones de condena el tiempo de prohibición sufrido en la fase anterior al juicio oral. La notificación de estas liquidaciones (las del órgano sentenciador, que podrá ser también la Audiencia Provincial) resulta imprescindible –con los matices expuestos– cuando se trata de penas y podrá dar lugar a la expedición de requisitorias, nacionales e internacionales, en caso de no ser hallado el condenado para la realización de la comunicación personal y en sede judicial.

Cabe teóricamente entender que tales actos de comunicación, pese a su trascendencia, puedan ser practicados a través del Procurador con plena validez, con arreglo a los arts. 160 y 182 LECrim. No obstante, un sistema tan garantista como el español permitirá fundamentar un recurso con arreglo a la falta de notificación personal, con grandes posibilidades de ser estimado ante instancias superiores.

En suma, como venimos defendiendo, si el requerimiento personal no es imprescindible para fundamentar acusación por delito de quebrantamiento, siempre que quede probado que el sujeto era consciente de sus limitaciones al tiempo de la comisión de los hechos enjuiciados, cabe argüir que la misma pueda ser completamente eficaz a través del profesional personado en autos.

## **VI.- Revocación de la suspensión de ejecución de la condena**

Esta materia se regula en el artículo 86 CP, tras su redacción otorgada por el número cuarenta y cinco del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por el que se establecen las causas y consecuencias de la pérdida por parte del condenado del beneficio de suspensión de ejecución de la condena<sup>1055</sup>. La reforma de 2015 simplifica y agiliza el sistema, priorizando la decisión sobre la suspensión en el momento mismo del dictado de la condena y no derivándola hacia el momento posterior de la incoación de la correspondiente ejecutoria lo que, evidentemente, suprime trámites dentro de una muy sobrecargada jurisdicción penal.

Por este motivo, las especialidades introducidas por la LO 1/2004 en materia de violencia de género, desaparecen en la actual regulación. Así, anteriormente, los arts. 83.1.6ª, párrafo segundo y 84.3 CP, imponían obligatoriamente al condenado condicionalmente los deberes de las reglas 1ª, 2ª y 5ª del art. 83.1. El incumplimiento de dichos deberes durante el plazo de suspensión, determinaba la revocación de la suspensión (lo que no ocurría en los otros delitos). Actualmente, la única especialidad<sup>1056</sup> en materia de

---

<sup>1055</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, 2010, págs. 569-570: “puede incluirse en los sistemas de sometimiento a prueba del condenado, consistentes genéricamente en la suspensión del cumplimiento de la condena durante un cierto período en el que se establecen determinadas condiciones que, si son cumplidas, permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal sin necesidad de ingresar en prisión”.

<sup>1056</sup> A los efectos que nos interesan en estos momentos. La imposición, con carácter

violencia sobre la mujer (y también, como novedad, extensible a la violencia doméstica) es la prevista en el art. 84 párrafo 2 del CP cuando dispone que “el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª 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”.

Más allá de la valoración que pueda motivarnos esta nueva regulación legal, lo cierto es que supone un acierto cortar la tendencia legislativa de crear sucesivas especialidades y excepciones orientadas exclusivamente a tutelar la violencia de género. Resulta, a mi entender, más justo<sup>1057</sup> y sencillo delimitar un único marco legal, independientemente de alguna mínima puntualización. Así sucede con el propio artículo 86 CP. Ninguna particularidad contempla respecto de la protección de víctimas domésticas.

Con arreglo a esta nueva legislación, hemos de distinguir entre el incumplimiento “grave” y el “no grave o reiterado”, donde sólo el primero conllevará necesariamente la revocación. En el segundo supuesto, se podrán imponer nuevas prohibiciones o, inclusive, prorrogar el plazo de suspensión. Será la autoridad judicial quien valore esta gravedad, entendida como

---

preceptivo, de las prohibiciones del art. 48 CP, como penas accesorias para los supuestos de violencia de género y doméstica, es objeto de regulación en el art. 57.2 CP.

<sup>1057</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, P., *Violencia de género y Derecho penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo*, *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, en “Cuadernos de Derecho Judicial”, IXm CGPJ, 2007, págs. 31 y ss.; GETEALONSO-CALERA, M<sup>a</sup>.C., *Status personal de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004 (una aproximación desde la perspectiva civil)*, en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 1581 y ss.

demostrativa de una voluntad firme y decidida orientada hacia el incumplimiento.

Según la SAP de Huelva núm. 337/2017, de 20 de septiembre<sup>1058</sup>, con la actual redacción, la comisión de un delito dentro del plazo de suspensión “no es ya por sí misma causa imperativa de revocación” (Aguilera de Paz), a diferencia de lo que sucedía en la anterior regulación, de forma que la remisión definitiva y la no revocación es posible salvo que el delito cometido –al igual que dispone el art.86.1.a) CP– “ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión ya no puede ser mantenida”, de forma que el juez o tribunal “tendrá que valorar si la conducta delictiva en cuestión es relevante para el pronóstico de peligrosidad criminal del sujeto” (Barquín Sanz), no ofreciendo el legislador pauta o criterio alguno en orden a la determinación de tales delitos (García San Martín), así sin perjuicio de la interpretación que la jurisprudencia deberá hacer del citado precepto sustantivo “podemos entender que el nuevo delito sea de la misma naturaleza; si se trata de delitos de diferente naturaleza cometidos en contextos diferentes, puede entenderse que el fundamento de la suspensión sigue vigente” (Cano Cuenca).

En esta misma línea, la reforma descarta la revocación automática de la suspensión y, por consiguiente, el inmediato cumplimiento de la pena inicialmente impuesta, para el caso que el penado delinquiera pendiente el plazo de suspensión; para, en cambio, y en su lugar, introducir un nuevo

---

<sup>1058</sup> ECLI:ES:APH:2017:745A.

parámetro, más orientado a la resocialización, que sintetiza la expresión “ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida” (art. 86.1 a) CP ).

En este sentido, la SAP de Huelva núm. 251/2017, de 16 de junio<sup>1059</sup> (Rec. 246/2017), afirma: “Consideramos que este nuevo delito no pone de relieve la frustración de la expectativa de no volver a delinquir, al tratarse de un delito que ni afectaba al mismo bien jurídico ni al pronóstico de reiteración delictiva; y teniendo en cuenta además que la condena en relación con este segundo delito revela una actuación de carácter puntual sin que consten más condenas con posterioridad, considera este Tribunal que no justifica la frustración de la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión”.

En el marco del delito de quebrantamiento, surgen además algunas particularidades que merece la pena comentar.

La STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 839/2016, de 7 de noviembre (Rec. 20374/2016), con relación a la doctrina del Código Penal de 1973 sobre redención de penas por el trabajo, establece lo siguiente sobre la pérdida del beneficio en caso de quebrantamiento de condena:

1º En los casos en que esté pendiente proceso penal por quebrantamiento de condena, será precisa sentencia firme de condena para la pérdida del derecho de redención de penas por trabajo *ex art. 100.1 (CP 1973)*.

---

<sup>1059</sup> ECLI:ES:APH:2017:607A.

2° En los casos en que por prescripción del delito u otra causa similar, no sea posible la sentencia condenatoria, los Jueces y Tribunales competentes deberán valorar si los datos fácticos existentes en la causa constatan la existencia del quebrantamiento en cuyo caso podrán acordar la pérdida de tal derecho.

La redención de penas por el trabajo, estaba considerada como un derecho de todo recluso, excepto de quienes quebrantaran o intentaran quebrantar su condena, pero no anulaba los benéficos conseguidos, sino sólo impedía *pro futuro* disfrutar de las posibilidades que ofrecía la institución. La redención de penas se regulaba en el art. 100 CP 1973<sup>1060</sup> y en los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, modificado por disposiciones posteriores. Este sistema fue suprimido por el vigente Código Penal de 1995, sin perjuicio de su valor fundamental para el tratamiento y reinserción social del recluso y como factor para obtener beneficios penitenciarios diferentes a la reducción de condena.

La STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 683/2019, de 29 enero (Rec. 10426/2018), establece que el quebrantamiento de una pena de localización permanente determina la imposición de una pena de multa y no prisión. Para el Alto Tribunal, en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal debe atenuar su alcance y acomodarse a la verdadera

---

<sup>1060</sup> Este sistema de redención de pena, surgió en plena Guerra Civil, mediante Decreto de 29 de mayo de 1937, aplicándose a los presos procedentes del bando republicano, ampliándose posteriormente al introducirse en el Código Penal de 1944, con carácter general.



gravedad que le es propia. Desde el plano de la literalidad, el tipo, en su modalidad agravada no se refiere a los penados que estuvieran cumpliendo pena privativa de libertad sino de los que estuvieran “privados de libertad”, lo que da lugar a la interpretación del Ministerio Fiscal relativa a la distinción entre una privación material de libertad, y otra restrictiva de tal libertad.

Un tercer pronunciamiento, la STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 603/2018, de 28 noviembre (Rec. 828/2018), sienta doctrina sobre el incumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad, conforme a la cual, en resumen, si los trabajos son impuestos como condición para la suspensión de la pena privativa de libertad, su incumplimiento no constituye delito de quebrantamiento de condena.

Excluida por la reforma del Código Penal de 2015 la duplicidad de sustitución de pena y suspensión condicionada de pena, el régimen de falta de realización de las condiciones de la suspensión no acarrea otras consecuencias que las previstas en el art. 86.1 CP -si el incumplimiento es grave y reiterado- que es revocar la suspensión y ejecutar la suspendida, o las del art. 86.2 CP, si el incumplimiento no es calificado de tal intensidad, en que la consecuencia es de menor onerosidad y se limita a las agravaciones del nº 1 del citado artículo. En todo caso no cabe, salvo la excepción prevista en el ordinal 4 del mismo art. 86 CP, decidir sin el procedimiento previo allí establecido. Por tanto, tampoco cabe hablar de tipicidad, ni como quebrantamiento de condena ni como desobediencia desde la imputación de tales incumplimientos, en los casos en que el trabajo en beneficio de la comunidad es una condición de

suspensión y no pena principal. La consecuencia a que se refiere el art. 49, 6ª, párrafo segundo, del CP –tipicidad como quebrantamiento de condena– solamente puede predicarse en supuesto en que los trabajos constituyan pena principal.

La cuestión se complica cuando la sanción penal y la extrapenal no sólo coinciden en el mismo hecho, sino que cumplen funciones muy parecidas. Ocurre así, por ejemplo, con el quebrantamiento de condena (evasión de presos), que no sólo está castigado en el primer apartado del art. 468 con una pena de prisión de seis meses a un año cuando la pena quebrantada sea una privativa de libertad, sino que, además, lleva consigo que el recluso que pretendió fugarse sea sancionado también en el ámbito penitenciario disciplinario a un sistema de cumplimiento más riguroso o a celdas de aislamiento. El Tribunal Constitucional (STC 8/1986, de 1 de julio) considera correcta la duplicidad de sanciones en este caso y, de un modo general, las sanciones disciplinarias contra los reclusos, argumentando que la “especial relación de sujeción”<sup>1061</sup> que vincula al recluso con la Administración justificaría la potestad sancionatoria autónoma de ésta.

---

<sup>1061</sup> La STC 94/1986, de 8 de julio, estableció que no infringe el *non bis in idem* la aplicación de una pena por quebrantamiento de condena y, al mismo tiempo, la privación del beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo (art. 100,1 CP anterior), puesto que este segundo supuesto no tiene su fundamento en el castigo del delito cometido sino en el incumplimiento de una «condición» a la que se encuentra sometida la redención de penas por el trabajo (también, STC 35/1996, de 11 de marzo). En cambio, fuera de las relaciones de sujeción especial, la STC 177/1999, de 11 de octubre, anuló una condena por delito ecológico, porque la Administración ya había sancionado el hecho sin dar preferencia a la actuación de los Tribunales.

## **VII.- Competencias civiles del Juzgado de Violencia sobre la Mujer**

Los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer son órganos judiciales unipersonales mixtos, que asumen competencias tanto en el orden penal como en el orden civil. Sobre el ámbito civil<sup>1062</sup>, cabe destacar que la Ley Orgánica opta por atribuir a dichos Juzgados competencias civiles más allá de las meramente cautelares, siendo la premisa fundamental en esta materia que la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es accesoria o derivada de la competencia penal de los mismos (art. 87.ter LOPJ) y, por tanto, sólo está justificado que estos órganos jurisdiccionales tengan competencias civiles cuando se produce un acto de violencia sobre la mujer.

En virtud de la reforma operada por la LO 1/2004, las cuestiones relativas a la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer aparecen reguladas en los artículos 87.ter de la LOPJ y 49.bis de la LEC, siendo necesario, para atribuir la competencia objetiva a los Juzgados de Violencia, que concurren simultáneamente tres requisitos:

1º.- Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto algunas de las

---

<sup>1062</sup> SOLÉ RESINA, J., *El papel del Derecho civil en la lucha contra la violencia de género*, en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 1798.

materias recogidas en el apartado 2, que damos por reproducido<sup>1063</sup>.

Debemos destacar al respecto algunas particularidades, relativas al conocimiento por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del procedimiento de modificación de medidas civiles definitivas:

- Si la sentencia de nulidad, separación o divorcio, cuya modificación se pretende, se ha dictado previamente por el mismo. Aunque dicha sentencia se hubiere dictado por el Juzgado de Primera Instancia o de Familia, si, posteriormente al tiempo de presentación de la demanda hubiera pendiente ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer un procedimiento penal por comisión de un acto de violencia de género y concurren los requisitos del art. 87.ter LOPJ.

- Por otro lado, se ha suscitado también cierta polémica en torno a si las acciones civiles ejercitadas entre parejas de hecho sin hijos menores podrían ser o no competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, llegándose a una respuesta afirmativa cuando se ejercitan acciones de “trascendencia familiar” (entendidas en un sentido amplio como análogas a las derivadas de las uniones matrimoniales), como podría ocurrir con la ratificación de las medidas civiles que puedan acordarse en el seno de una orden de protección, tales como la solicitud de alimentos o el uso del domicilio. Este es el criterio seguido por la FGE en su Circular 4/2005.

---

<sup>1063</sup> Nótese que este marco competencial coincide con los procedimientos no dispositivos recogidos en el art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo los procesos relativos a la capacidad y al reconocimiento civil de resoluciones eclesiásticas (Fiscalía General del Estado, Circular 4/2005).

La redacción dada al art. 87.ter.2 LOPJ establece que de estos procedimientos “podrán conocer” los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, si bien, el término “podrán” no significa que la asunción de dichos procesos sea facultativa para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino que éstos serán competentes para conocer de aquéllos cuando concurren los presupuestos del apartado tercero (FGE, Circular 4/2005).

- Amén de los procedimientos anteriormente mencionados también será competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer el procedimiento de visitas de los abuelos de los artículos 250.13ª de la LEC y 160 del Código Civil, si son parte en el procedimiento, lógicamente, como codemandados, el agresor y la víctima.

- Otro supuesto controvertido es la atribución a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el conocimiento del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. Al no hacer referencia el legislador a dicho procedimiento en su enumeración, podría pensarse que estos procesos quedarían excluidos de la competencia de dichos Juzgados. No obstante, la tesis mayoritaria entiende que, en virtud de lo dispuesto en el art. 807 LEC<sup>1064</sup>, si el Juzgado de Violencia dictó la sentencia matrimonial que disolvió el régimen económico matrimonial será competente para tramitar el procedimiento de liquidación, ya que se trata de una competencia por conexión. Por ello, nunca conocerá de la liquidación el Juzgado de Violencia,

---

<sup>1064</sup> “Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio”.

aunque existiera procedimiento penal ante el mismo, si la sentencia de nulidad, separación o divorcio se hubiera dictado por el Juzgado de Primera Instancia o de Familia.

2º.- Desde el punto de vista subjetivo, que concurren las dos circunstancias siguientes: “que alguna de las partes en el proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo” –art. 87.ter.3.b LOPJ– y “que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género” –art. 87.ter.3.c LOPJ–.

- De la dicción literal de este apartado quedan excluidos, por tanto, los cómplices.

- El criterio mayoritario entre la doctrina es entender que el término “imputado”<sup>1065</sup> debe considerarse en un amplio sentido, esto es, como expresión de la condición procesal del sujeto frente al que se dirige el procedimiento penal, que actualmente se identifica con el término investigado.

---

<sup>1065</sup> LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Preámbulo VI: “La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor intelectual, tales como imputado, por la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas (...) la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal”.

No resulta precisa una imputación judicial en sentido estricto (procesamiento o inculpación en auto de procedimiento abreviado).

- Para considerar imputado a un sujeto bastaría alguna resolución judicial que le confiera oficialmente tal carácter, ya sea la admisión a trámite de la querrela o denuncia, o simplemente la citación para declarar en calidad de posible responsable por algún delito.

- A mayor abundamiento, es de aclarar que la atribución de competencia civil es independiente de la posición procesal de la víctima o el agresor como demandante o demandado (a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer), sin que la ley exija que ocupen posiciones enfrentadas, aunque esto sea lo habitual. Así, por ejemplo, el condenado en el proceso penal seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer podrá ser el demandante en el proceso civil de nulidad, separación o divorcio. Igualmente puede suceder que víctima y agresor compartan la misma posición frente a terceros; por ejemplo, si como actores, ambos progenitores hacen valer la necesidad de asentimiento en la adopción o se oponen a medidas administrativas de protección de menores. Lo mismo cabe decir si los cónyuges promueven la separación o divorcio de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

3º.- Desde el punto de vista formal, dispone el art. 87 *ter* 3 d) de la LOPJ: “Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya dictado una orden de protección a una víctima de

violencia de género”.

Para que se dé este requisito no basta con la mera presentación de la denuncia, sino que es necesaria la calificación de los hechos objeto de la misma como infracción penal y manifestación de violencia de género, seguida de la incoación de las diligencias oportunas (diligencias urgentes, diligencias previas, sumario, jurado) ante el Juez competente, que es el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Respecto a la adopción de una orden de protección, es indiferente que la misma se haya otorgado por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer o por un Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

Si se dan los requisitos expuestos en los apartados a), b) y c) de este epígrafe la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer será “exclusiva y excluyente” en el ámbito civil tal y como dispone el art. 87.ter.3 LOPJ.

En sede de competencia territorial, en los asuntos civiles competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer se produce una subordinación del proceso civil a las normas de competencia territorial del proceso penal, desplazando la aplicación de las normas de atribución de la competencia en procesos civiles de familia determinadas en los artículo 769 y 779 de la LEC.

Por el contrario, si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no se considerase competente para el conocimiento de una demanda civil interpuesta por la presunta víctima (bien porque se hubiese dictado ya



sentencia absolutoria o sobreseimiento firmes en el procedimiento penal, bien porque se hubiese extinguido ya la responsabilidad criminal), debería inhibirse al Juzgado de Primera Instancia o de Familia competente según los fueros generales civiles del art. 769 LEC, que podría o no coincidir con el del domicilio de la víctima.

Si la demanda civil fue presentada directamente ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y la parte actora hubiera dejado constancia de su elección de fuero para este caso, el Juzgado de Violencia se inhibirá a favor del Juez de Primera Instancia o de Familia escogido. Si no consta la elección deberá ser requerida al efecto antes de proceder a la inhibición a favor del escogido.

En cuanto a la competencia funcional, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer es competente para la ejecución de las resoluciones que dicte en asuntos civiles por aplicación del art. 545 LEC, incluso aunque posteriormente recaiga en el proceso penal por violencia de género un pronunciamiento absolutorio o de sobreseimiento libre o archivo firmes.

Los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán conocidos por la Audiencia Provincial correspondiente, en Sección Especializada o no, pues a diferencia del orden penal, en el orden civil la especialización no es obligatoria.

El sistema de recursos, obviamente, se acomoda a las reglas procesales generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación de los arts. 87.ter.2

LOPJ y 49.bis.5 LEC.

El artículo 57 de la L.O. 1/2004 añadió un nuevo artículo 49.bis a la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que se regula la pérdida de competencia del Juez Civil cuando se produce un hecho penal relacionado con la violencia de género, se haya iniciado un procedimiento penal o no. Dicha medida pretende acumular en un mismo Juzgado especializado aquellos procesos civiles y penales que se encuentren vinculados por la identidad de los sujetos implicados en ambos. En dicho artículo se diferencian y regulan tres posibles situaciones:

a) Cuando el Juzgado de Familia tiene conocimiento de la comisión de un acto de violencia sobre la mujer que haya dado lugar a la iniciación de un procedimiento penal o a una orden de protección –art. 49.bis.1 LEC–. En este caso el Juzgado de Primera Instancia o de Familia deberá inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente, salvo si se hubiere iniciado la fase de juicio oral. Este supuesto es el único de los tres regulados en el art. 49.bis LEC en que se prevé la inhibición del Juez Civil de oficio, ya que en los dos siguientes es preciso que sea requerido al efecto por el Juez de Violencia sobre la Mujer.

b) Cuando el Juzgado de Familia constata indicios de la existencia de un acto de violencia y no le consta que se haya iniciado proceso penal, ni dictado orden de protección –art. 49.bis.2 LEC–, en tal supuesto:

1º.- El Juez de Primera Instancia o de Familia, tras verificar que

concurrir los requisitos del art. 87.ter LOPJ, citará a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia en el plazo de 24 horas.

- Se debe citar a dicha comparecencia además de al Ministerio Fiscal, a todas las partes personadas que deberán comparecer debidamente asistidas y representadas. En consecuencia, si aún no está personado en autos el demandado no será necesaria su citación.

- En el supuesto que no comparezca la mujer a dicha comparecencia, ésta se dará por terminada y el Mº Fiscal, a la vista de lo actuado, decidirá lo procedente en cuanto a la presentación de la denuncia y de la Orden de Protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

- Si iniciado el juicio civil llega a conocimiento del Juzgado existencia de un acto de violencia sobre la mujer, no procederá la celebración de la comparecencia, sin perjuicio de dar traslado al Mº Fiscal a los efectos oportunos<sup>1066</sup>.

2º.- Tras la celebración de la comparecencia el Fiscal tiene que decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género y a solicitar, en su caso, orden de protección (no podría solicitar orden de protección sin una denuncia penal previa) ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

---

<sup>1066</sup> Conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid del 23 al 25 de noviembre de 2005.

3º.- En el caso de que el Ministerio Fiscal interponga denuncia o solicite orden de protección deberá entregar una copia de la denuncia o solicitud al Juzgado de Primera Instancia o de Familia que estuviera conociendo del pleito civil, el cual seguirá conociendo del asunto hasta que, en su caso, sea requerido de inhibición por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente, al que deberá remitir los autos, debiendo comparecer las partes ante el mismo. Aunque no se recoge expresamente en la redacción de este artículo, hemos de entender que tal preceptiva inhibición sólo podrá tener lugar, al igual que en el supuesto estudiado en el apartado anterior y por las mismas razones, hasta la fase del juicio oral<sup>1067</sup>.

c) Conocimiento por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de que se está tramitando ante un Juzgado de Primera Instancia o de Familia una demanda civil –art. 49 bis.3 LEC–.

Se trata del supuesto inverso al previsto en el apartado 1 de dicho artículo. En este caso es el Juzgado de Violencia sobre la Mujer quien debe requerir de inhibición al Juez Civil desde el mismo momento en que tenga conocimiento de que concurren los requisitos del art. 87.ter.3 LOPJ, debiendo el Juez de Primera Instancia o de Familia inhibirse de inmediato con remisión de los autos al Juzgado de Violencia. La primacía de la jurisdicción penal sobre la civil es más que evidente. Expresamente se indica en el apartado 4 del art. 49.bis LEC que el tribunal se inhibirá sin que antes de tomar esta decisión tenga que oír a las partes y al Ministerio Fiscal. Igualmente se resalta que no

---

<sup>1067</sup> FGE, misma Circular.

se admitirá la declinatoria. Aquí operará también –aunque el legislador no lo diga expresamente– la limitación “salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral” en el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia o de Familia.



## CONCLUSIONES

“–Advierta vuestra merced, señor don Quijote, que si el caballero cumplió lo que se le dejó ordenado (...) ya habrá cumplido con lo que debía, y no merece otra pena si no comete nuevo delito”.

*El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha.*  
MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA





1.- La figura del quebrantamiento representa un supuesto típico clásico en el Derecho penal español, que aparece ya en su primer Código penal, el de 1822, y no ha dejado de estar presente en ninguno de los Códigos posteriores. Este hecho no debe extrañarnos. La monopolización de la violencia por parte del Estado conlleva necesariamente adoptar las medidas necesarias para, en primer lugar, resolver los conflictos y, en segundo término, asegurar la observancia de las soluciones acordadas. Si el cumplimiento de las resoluciones judiciales quedaran al capricho de sus destinatarios, en el fondo, estaríamos confesando el fracaso del sistema y legitimando cualquier modalidad de solución privada.

El delito de quebrantamiento actualmente se contiene en el número 1 del artículo 468 CP, el cual es heredero de toda una evolución legislativa, como se ha aludido. Podemos concluir que, en esta cuestión, el legislador del siglo XXI ha sabido recoger todos los beneficios de un desarrollo de casi doscientos años. Así, en nuestros días, se configura como un delito autónomo, lo que permite delimitarle de la figura de la reincidencia y mantener la configuración del delito de evasión o favorecimiento de presos; su descripción típica equipara *condena con medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción y custodia*, consiguiendo abarcar así a quien está preso o sufre sólo prisión provisional, o a quien está detenido o permanece en libertad bajo el cumplimiento de una prohibición cautelar de aproximación. Y, por último, se incardina sistemáticamente dentro de los “delitos contra la Administración

de Justicia”, lo que representa un acierto porque dota de autonomía al tipo delictivo al identificar –con plena independencia– el bien jurídico protegido, el respeto debido a la autoridad judicial en la observancia de sus resoluciones.

2.- La represión frente a la violencia en el ámbito doméstico y, singularmente, contra la mujer, no ha tenido lugar por los cauces tradicionales. Todo se ha acelerado. No ha existido debate doctrinal, por innecesario. Sencillamente, porque ante una verdad evidente –lo que resulta muy singular– ratificada por un amplísimo consenso político la crítica no tiene cabida. En puridad, no deberíamos lamentarnos de que, por una vez, la Justicia haya evolucionado con cierta rapidez.

Sin embargo, hay más. En esta cuestión (y sólo en ella) no ha preocupado tanto la resocialización del delincuente como la protección de la víctima. Podríamos discutir si el planteamiento es o no correcto, pero es indudable que resulta único. La práctica forense así lo demuestra. Los medios materiales y humanos y la propia urgencia que la materia impone a los operadores jurídicos –y a las fuerzas policiales– son exclusivas de la lucha frente a la violencia sobre la mujer por encima, inclusive, del resto de miembros de la unidad familiar, algunos tan sumamente vulnerables como los menores, los incapaces y los ascendientes de avanzada edad.

A diferencia del resto de sectores del ordenamiento penal, en la denominada lucha contra la *violencia de género* (traducción que hace alusión

al sexo femenino) concurre el abandono de la idea de resocialización frente a la búsqueda de una mayor retribución y de la prevención general. En efecto, resulta tan importante proteger a la mujer como sancionar al delincuente machista de forma severa y rápida. Y también cabe afirmar que este castigo ha de ejecutarse de una manera que propicie que todos sean muy conscientes de las consecuencias de cometer cualquier acto de violencia sobre un sector de la población tan numeroso (más del 50%) como desamparado.

Desde mi punto de vista, el debate no debe girar en torno a si la legislación sobre VG o VD confiesa una insuficiencia del sistema penal español o si produce una vulneración de sus principios informadores. Ni siquiera deberíamos entrar a valorar la eficacia de las medidas adoptadas. La cuestión sería, más bien, la de plantearnos si gracias a esta materia hemos conseguido hacer evolucionar el Derecho penal y, por consiguiente, se ha abierto una nueva senda por la que debemos transcurrir y, en consecuencia, adaptar progresivamente toda la materia a estos principios; o si, por el contrario, habría que entender que esta perspectiva favorable no es la correcta, y en su virtud habría que considerar esta legislación especial como un sector privilegiado dentro de un Derecho penal general.

La respuesta no es sencilla. Nos movemos en un entorno de derechos y libertades, individuales y colectivas, reconocidos y garantizados. Admitir restricciones sobre los mismos en pro de una mayor seguridad general resulta, a la vez que ilusorio, ciertamente peligroso. Nada acredita que la supresión de los controles a los poderes públicos redunde en beneficio para los ciudadanos,

todo lo contrario. Tampoco se demuestra que esta eliminación de barreras protectoras resulte necesaria para combatir el delito. Además, nos planteamos esta perspectiva sólo para una determinada categoría de delitos y no en general, lo que redundaría en la excepcionalidad de la materia. Difícilmente, con estas premisas, vamos a desarrollar una política criminal justa y adecuada.

El fin del Derecho penal no puede ser otro que, protegiendo a todos los ciudadanos, asegurar la libre y pacífica convivencia dentro de la comunidad organizada políticamente en forma de Estado. El Derecho penal tiene a su disposición las herramientas más agresivas para respetar y hacer respetar dos ideas fundamentales: la libertad y la seguridad. Ninguna actuación legislativa en esta materia puede aceptarse si restringe nuestra libertad y seguridad, salvo que esté orientada a garantizar estos mismos derechos y libertades en los demás. Llegados a este punto, la pregunta que debemos hacernos sería: ¿semejante discriminación legislativa es necesaria para garantizar nuestra libertad y seguridad?

**3.-** En el delito de quebrantamiento subyace una idea de fracaso. Básicamente, del delincuente, quien no ha aprendido nada de su paso por la maquinaria judicial, pero también del propio sistema. Un “sistema” que no ha sido capaz de imbuirlo en la ausencia de beneficios del comportamiento delictivo. Si el delincuente no se atiene a las reglas de conducta, después de haber sido castigado por ello, el motivo es que el diseño del proceso de reinserción ha fallado, ¿o no?

Y es que partimos de la base que todo delincuente es reinsertable con arreglo a un sistema de coste-beneficio, en el que se abstendrá de delinquir si las consecuencias derivadas de su criminal comportamiento son lo suficientemente negativas. Ocurre que, en ocasiones, ello parece no ser así en la realidad de las comunicaciones sociales. Y en este punto aparece una doctrina penal, orientada al tratamiento del delincuente como sujeto de derechos y deberes, esto es, como ciudadano que es consciente de las reglas sociales, aunque las conculque, frente al cual surge la aparición de la hipótesis de exigencia de aislamiento de un sujeto que no es reinsertable por cuanto no reconoce las normas de convivencia y se manifiesta como un enemigo de la sociedad.

Si el delincuente de VG llega a ser considerado como un enemigo de la sociedad, ya no es necesario preocuparnos por su rehabilitación, pese al mandato constitucional; lo verdaderamente relevante es su neutralización, esto es, que no pueda seguir provocando daños a la sociedad; porque el enemigo no respeta y desconoce las normas de convivencia: prácticamente, desde su peculiar perspectiva, no lesiona porque ignora su existencia. En definitiva, admitiendo una posición evidentemente funcionalista, el sistema autoriza el tratamiento diferente a quienes no son ciudadanos más o menos cumplidores. Y bajo este paraguas podemos intentar proporcionar cobijo a la explicación de las especificidades de las reformas introducidas por el legislador en su combate frente al fenómeno de la violencia sobre la mujer.

Pero semejante tesis presenta enormes problemas prácticos. El

fundamental, a mi entender, es la selección de comportamientos que pueden ser objeto de sanción por la vía del Derecho penal del enemigo. Su adopción ha de prevenir en todo caso frente a la sanción de personalidades y no de concretas acciones delimitadas normativamente conforme a un criterio de valoración no discriminatoria. Igualmente problemático es que no aparecen diseñados precisos criterios que sirvan de guía al legislador en orden a determinar cuándo se justifica este Derecho excepcional. No parece justo ni adecuado tratar a tantas personas como *outsiders* de la sociedad, por el mero propósito de querer reducir la violencia sobre las mujeres al abordar el ordenamiento penal el otorgamiento de la correspondiente protección.

4.- El legislador penal configura a la mujer víctima de malos tratos en el ámbito familiar de una manera especial: podríamos decir que provee a la misma un tratamiento caracterizado por dispensarle una especial sensibilidad. Y esto es algo muy positivo. Las singularidades con lo que cuenta una mujer que busca la protección penal de la comunidad se sintetizan en la supresión de aquellos obstáculos que, de ordinario, dificultan el acceso de los ciudadanos a la Administración de Justicia: una asistencia jurídica gratuita, especializada y desde el primer momento; una cobertura social, asimismo individualizada y urgente; y, por último, una tramitación realmente preferente y rápida del asunto ante órganos judiciales especializados, dotados de todos los medios materiales y humanos para ello.

Pues bien, el legislador conoce perfectamente que, pese a la previsión

de tales medios singulares, la mujer victimizada puede vivir en un contexto familiar y social que, en numerosas ocasiones, no le ayuda a superar estas graves crisis y, por el contrario, tiende a arrastrarla a permanecer en la sumisión. De ahí que hayamos examinado posturas que, por ejemplo, defiendan la supresión de la dispensa prevista en el art. 416 LECrim., lo que supondría una nueva especialidad en la materia, sostenida por una mera presunción. Dicha creencia, de la que se parte en todo caso, es que la mujer que se encuentra en alguna de estas circunstancias de clima familiar agresivo, acusa una alteración en sus facultades intelectivas y volitivas, de suerte que tiene por naturaleza a permanecer e incluso a aceptar la lógica de una sumisión que le es impuesta. Estaríamos ante una suerte de incapacidad mental transitoria que inhabilita a la mujer a adoptar decisiones válidas en derecho.

El planteamiento no es sencillo. En nuestros días, la institución familiar no atraviesa precisamente sus mejores momentos. Las personas podemos tener lazos de amistad más influyentes que muchos de los que derivan de relaciones familiares. Tampoco está claro que, siempre y en todo caso, la mujer carezca de medios económicos o sufra tal estado de perturbación, que no pueda decidir plena e independientemente. Además, no es difícil apreciar una gran contradicción cuando se defiende la validez de la denuncia de la mujer –y su veracidad– pero no así su capacidad para retractarse de ella. Para aquellos que sostienen semejantes posturas, la mujer no perdona por amor o piedad, sino que lo hace por miedo o por presiones familiares o sociales. Ciertamente, ese riesgo existe, esa posibilidad es real; pero, sin entrar a valorar caso por caso,

negar la autonomía de la voluntad de una persona o excluirla de un derecho que todos reconocemos como justo –el previsto en el art. 416 LECrim.– implica el reconocimiento de presunciones con claras consecuencias restrictivas de derechos y libertades.

Ahora bien, la víctima del delito de quebrantamiento muestra un perfil diferente. Ella ya ha dado ese paso al frente que significa la presentación o, cuanto menos, el mantenimiento de la denuncia frente a su agresor. No es alguien emocionalmente perturbada o con su capacidad intelectual nublada, sin perjuicio que pueda aún sentir miedo del hombre. Lo que resulta evidente es que surge una necesidad inmediata de protección hacia ella –mayor que en otros casos–, toda vez que, mediante el quebrantamiento, el delincuente demuestra su peligrosidad y su desprecio hacia la autoridad judicial. La mujer aparece sometida a mayor riesgo y al percibirlo así la víctima el efectivo temor por ella padecido sin duda puede constituir un factor seriamente perturbador a la hora de adoptar decisiones.

**5.-** Reconocidos los mayores y mejores medios que se hallan puestos a disposición de la autoridad judicial en orden al abordaje de la lucha frente a la violencia sobre la mujer, no obstante es de advertir que, para estos casos, rara vez se hace uso de la posibilidad prevista en el art. 503.1.3º letra c) de la LECrim., esto es, la celebración de la comparecencia para la adopción de la medida de prisión provisional. El legislador pone todos los medios técnicos disponibles, como ocurre con los instrumentos electrónicos de control; pero



pocas veces se hace uso de los mismos en sede judicial.

Ello no se traduce en que defendamos la adopción –siempre y en todo caso– de la medida de prisión provisional en supuestos de quebrantamiento de medida cautelar o pena de violencia de género; pero sí que propugnemos una mayor presencia de esta clase de comparecencias (art. 505 LECrim.) ante la autoridad judicial. Muchas veces, tiene uno la misma impresión que gran parte de la ciudadanía en relación con la multirreincidencia de los hurtos menores, cuyos autores son puestos en libertad tan rápido como acceden a la presencia judicial.

Sería conveniente una elevación generalizada de las penas previstas para el delito de quebrantamiento, sustituyendo la pena de multa por la de prisión de seis meses a un año y elevando este límite máximo a dos años para el supuesto descrito en el art. 468.2 CP y para aquellos privados de libertad. Se trata de un delito más grave de lo que aparenta y su frecuencia en la práctica es demasiado alta. Una cosa es desatender requerimientos policiales y otra muy diferente es que el sometido a presencia judicial no perciba la resolución del juez como un mandato de cumplimiento inexcusable.

Además, volviendo a la cuestión de la comparecencia para prisión, la adopción de esta medida, necesariamente temporal, tendría dos consecuencias muy beneficiosas e inmediatas: la primera, neutralizar el estado de desequilibrio que con frecuencia sufren los agresores de violencia de género, quienes no aceptan el rechazo de la mujer y no admiten que se le niegue el acceso a la misma; en segundo término, reforzar toda la idea de prevención a

que alude esta materia, dado que sólo así se producirá un efecto intimidatorio al percibir los agresores la posibilidad de sufrir un ingreso penitenciario ante la gravedad y trascendencia del comportamiento enjuiciado.

**6.-** Los reproches doctrinales más frecuentes al enfrentar la legislación sobre violencia de género son dos: el distinto tratamiento penal que recibe el autor del delito, por el mero hecho de ser varón, lo que algunos han definido como asimetría penal; y, en segundo lugar, como consecuencia inescindible de lo anterior, la asunción de un implícito retorno a un derecho penal de autor, que recuerda a ordenamientos propios de regímenes totalitarios y no a sistemas democráticos plenamente consolidados.

Frente a estas críticas, suele ofrecerse este argumento: que la violencia de género, entendida como dominación sistemática del hombre sobre la mujer y los desequilibrios que ello comporta (heteropatriarcado), es un fenómeno real; y que, por consiguiente, el fin perseguido, siendo tan loable, debe permitir la relajación de ciertas exigencias legales, en el sentido funcionalista de vigencia de expectativas normativas.

Ello comporta una serie de desfavorables consecuencias: la más evidente, que semejante planteamiento implica reconocer las insuficiencias del propio ordenamiento penal, así como la renuncia a mejorarlo y perfeccionarlo, y la ineludible propensión a la configuración de un derecho penal especial orientado hacia el combate de singulares factores de riesgo en el ejercicio de

la violencia contra la mujer.

El tipo de delito de quebrantamiento acusa todo este cúmulo de tensiones en el número 2 del artículo 468 CP que, desde el punto de vista penológico, se limita a aplicar la misma clase y extensión de pena que la prevista para los supuestos más graves, cuales son aquellos privados de libertad. Lo cierto y verdad es que tras todo este trasfondo doctrinal, la única consecuencia práctica es ubicar el comportamiento delictivo, cuando concurre VD o VG, dentro del tramo de incriminación típica de mayor gravedad. Realmente, con frecuencia, se advierte mayor contundencia de efecto en la detención e ingreso en calabozo del detenido para su puesta a disposición judicial que en la pena en sí.

Así, al final, toda la iniciativa legislativa en materia de protección a la mujer se ha traducido en la desaparición de las faltas y la transposición de su contenido en delitos leves. De hecho, salvo la cualificación del art. 148.4º CP, el resto de supuestos contemplados (lesiones leves, malos tratos, coacciones, amenazas leves), donde también podemos incluir el delito de quebrantamiento, se han limitado a recoger esta suerte de agravación propia, con redacción independiente, por lo que los supuestos graves en sí deberán reconducirse al catálogo general del art. 22 CP.

En este contexto, hablar de máxima protección y tolerancia cero hacia las conductas machistas parece –cuanto menos– atrevido, porque las consecuencias penológicas son escasas. Ello ha servido para argumentar que estamos ante una política criminal más efectista que real o, en otras palabras,

más orientada en aparentar sensación de seguridad y de defensa que en proporcionarla. Porque las estadísticas demuestran que las cifras de muertes no disminuyen (58.4 en el período 1999-2003 frente a 59,4 para el período 2004-2018) y que el resto de medidores –algunos muy discutibles porque son de nueva creación– se mantienen estables. El hecho de introducir reglas especiales solo en los delitos con menor penalidad (lesiones, amenazas, coacciones o quebrantamiento) y no para los supuestos más graves, como homicidios o violaciones, darían carta de naturaleza a semejantes afirmaciones.

En suma, el legislador –ante las dificultades técnicas de semejante planteamiento, así como por las importantes dudas de constitucionalidad que el mismo presenta– ha optado por asumir una suerte de pacto tácito en el que se ha logrado su admisión para los supuestos leves y no se ha planteado siquiera para los supuestos donde la cuantía de las penas es más alta, los cuales se reconducen a las reglas generales. De esta forma, se logra el efecto de prevención general y de intimidación perseguido y se evita poner al Tribunal Constitucional en la tesitura de tener que convalidar decisiones políticas con difícil encaje en nuestro sistema.

**7.-** El tipo de delito de quebrantamiento descrito en el art. 468.1 CP desvalora esencialmente la transgresión del deber institucional impuesto por la norma; pero en el número 2 del artículo 468 CP configura un verdadero subtipo agravado por la concurrencia de un elemento de naturaleza objetiva,

cual es la relación de parentesco o afectividad, que se traduce en la denominada violencia doméstica y sobre la mujer. Se aprecian así unas circunstancias que formalmente se configuran de manera completamente objetivas, pero que, en puridad, aluden a un elemento subjetivo cual es el propósito del infractor en el contexto de un tipo eminentemente doloso.

Esta tensión es permanente en la violencia de género: la necesidad de objetivar los comportamientos para no tener que asumir la carga probatoria del elemento subjetivo en el acto del juicio; y las propias exigencias de los tipos penales configurados en base al propósito pretendido por el sujeto. .

La dificultad no radica en la imposición de pena más grave prevista para el delito de quebrantamiento en los supuestos típicos relacionados con las víctimas del art. 173.2 CP. El problema es que, para ello, se atribuye al delincuente la concurrencia de un componente subjetivo sobre el cual el sujeto apenas puede alegar: la agresión, en sus distintas manifestaciones, como menoscabo sistemático de la dignidad, la integridad física y moral, la estima y la valía personal de la mujer, desde una perspectiva inmemorial de subordinación y dominio por parte del varón.

Si se atendiera al sentido del dicho *inventa lege, inventa fraude*, es de reconocer que aquí las trampas las hace el legislador.

La responsabilidad penal (la culpabilidad normativa) exige que el acusado pueda defenderse; sin embargo, por ejemplo, nadie tiene la posibilidad de alegar frente a la circunstancia de estar o haber estado casado

con alguien. Y la realización del quebrantamiento, desde esta premisa, implica la voluntad de someter a la mujer al dominio del delincuente. Sólo esta voluntad justifica la agravación.

En suma, es de advertir el trasfondo de intimidación que subyace en toda la materia. Pero también parece indudable que la visibilización del problema ha sido total y que se ha conseguido implicar a toda la sociedad en una lucha que era silente. Ahora bien, insistimos, no interesa tanto analizar la bondad de los fines como la idoneidad de los medios empleados.

**8.-** La equiparación de la conducta del art. 468.2 CP al supuesto más grave contemplado en el número anterior del mismo artículo se justifica por tratarse de un comportamiento orientado a causar perjuicio a una mujer –y al resto de víctimas enumeradas en el art. 173.2 CP–, fruto de una mentalidad de dominación machista que el autor concibe como estado natural de su relación afectiva.

Por tanto, no hay problema alguno en configurarlo como un tipo autónomo no ya del art. 468 CP sino del Capítulo VIII –Título XX– del Código penal, por cuanto en este supuesto el tipo de quebrantamiento se torna en pluriofensivo, dado que no sólo pretende proteger la autoridad judicial sino que, además, está directamente orientado a la protección de aquellas víctimas a las que se ha dotado de un protección específica, ya como medida cautelar, ya como pena adicional entre las enumeradas en el art. 57.2 CP.

Precisamente es en este punto donde hay que insistir para defender la validez y autonomía de la cualificación, no en otras disquisiciones que nos llevan al terreno de la voluntad y que, por tanto, son difícilmente defendibles en sede judicial. Y es que tampoco podemos entender los motivos que han llevado al legislador a no incluir el delito de quebrantamiento dentro de la enumeración del art. 57.1 CP. Y, frente al argumento que las prohibiciones acordadas no han resultado suficientes dada la transgresión del condenado por quebrantamiento; puede argüirse que, en primer lugar, junto a la prisión, tales prohibiciones son las barreras de las que dispone el ordenamiento; además, su transgresión representa la mejor prueba que su adopción era justa y proporcionada; y, en último lugar, la desobediencia fundamenta el juicio de la imposición de nuevas y mayores penas, garantizando la protección de la mujer, independientemente del proceloso camino judicial.

Debemos concluir en el reconocimiento de la necesidad de esta rectificación legislativa. Con su inclusión en el art. 57.1 CP, el delito de quebrantamiento justificaría una renovación o una ampliación de las prohibiciones inicialmente acordadas, lo cual supone asumir la importancia de la protección de la víctima. Gracias a la previsión del número 2 del propio artículo 57, no es necesaria mayor precisión legislativa: una ampliación del listado se reputa suficiente. Pero, de nuevo, se revela como más idóneo situar el art. 468.2 CP como un tipo autónomo.

9.- La configuración de un artículo 468 bis CP que recogiera el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar cometido contra alguna de las víctimas enumeradas en el art. 173.2 CP, además de significar la pluriofensividad de los bienes jurídicos protegidos, ofrecería otras ventajas. La principal es que semejante desplazamiento encajaría mejor con la actual redacción del art. 468.3 CP, que pasaría a constituir el nuevo art. 468.2 CP.

La ubicación actual de este comportamiento, justo a continuación de la agravación por género, chirría como una suerte de cuerpo extraño. Y es que la manipulación, en sentido amplio, de los dispositivos electrónicos de control plantea problemas en relación con la propia esencia del quebrantamiento. La inutilización del aparato se configura como la supresión del elemento de vigilancia o control de la prohibición impuesta, siendo así que sólo la infracción de la misma es constitutiva del delito de quebrantamiento. La falta de acatamiento a la decisión judicial se produce cuando se vulnera la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima. La alteración del normal funcionamiento del aparato puede ser el paso previo al quebranto y puede también responder a la negativa en aceptar el control, sin ulterior repercusión sobre la víctima.

En la presente redacción del Código penal, para salvar esta dificultad, esa primera actuación –que puede ser única– se entiende comprendida en la desobediencia que comporta el quebrantamiento. Es cierto que el sentido natural de la inutilización del dispositivo será facilitar el acceso a la víctima



así protegida. También debemos admitir que la mera manipulación, en aplicación del protocolo de seguridad establecido, es de conocimiento inmediato para la víctima y, por consiguiente, ya hay una incidencia en la esfera de invulnerabilidad de la misma, al perturbar su tranquilidad. Y tampoco se trata de una figura desconocida en nuestro ordenamiento, por ejemplo, el supuesto del art. 368 CP, como delito mutilado en dos actos. No parece inviable apreciar el elemento adicional al dolo, representado por el deseo de acceder o perturbar a la víctima. Concorre, en esencia, una desobediencia a la resolución judicial; pero la estrecha vinculación de la medida de control con la protección y vigilancia de la víctima permite su ubicación sistemática dentro del quebrantamiento.

Actualmente, además de para la protección de mujeres, las pulseras electrónicas sólo se utilizan en el ámbito penitenciario, con el mismo sentido de vigilancia y seguimiento de la medida de libertad vigilada. Sin embargo, en estos últimos casos, no hay consecuencias directas para víctimas individualizadas en caso de transgresión del sistema de control. Por tanto, nos movemos con mayor fidelidad dentro de los estrictos límites del delito de quebrantamiento. Queremos decir que, siendo idéntico el acto de manipular el medio electrónico de vigilancia, no es igual que éste se produzca en el ámbito penitenciario que en un contexto de violencia doméstica, dado que en este último hay una afectación directa e inmediata sobre una o varias víctimas determinadas.

La segunda gran ventaja de semejante ubicación sistemática es la

autonomía en la fijación de las penas, al no ser ya representativas de una mera cualificación. Y es que por coherencia, si una pluriofensividad de bienes jurídicos protegidos justifica –a nuestro parecer– la aparición de un nuevo artículo, independiente, de quebrantamiento de condena o medida cautelar cometido contra alguna de las víctimas enumeradas en el art. 173.2 CP, la concurrencia de los mismos bienes jurídicos debe exigir la aparición de un número 2 dentro del hipotético art. 468 bis CP donde se responsabilice a 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.

En nuestra propuesta, el art. 468 CP actual quedaría idéntico tras suprimir su número 2. Y, simultáneamente, se configuraría un nuevo art. 468 bis CP con dos apartados: el primero, coincidente con el vigente art. 468.2 CP, y el segundo, con el mismo contenido que el art. 468.3 CP actual. Con esta nueva redacción respetaríamos la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en uno y otro precepto y permitiríamos fijar con autonomía las penas de ambos comportamientos, en un contexto de protección hacia las víctimas de VG o VD.

De hecho, la manipulación del mecanismo de control en el ámbito de la violencia sobre la mujer o doméstica es merecedor de un mayor castigo que cuando se produce en un contexto estrictamente penitenciario, por su mayor

lesividad y, sin embargo, actualmente, este comportamiento agravado no recibe mayor pena. Con esta solución, podríamos fijar, al alza, una pena diferente.

Desde la perspectiva político-criminal, se refuerza el efecto de prevención general de las penas, gracias a un mayor efecto intimidatorio –más aparente que real– a la hora de reforzar la percepción de la ciudadanía acerca de la mayor gravedad de cualquier comportamiento de violencia sobre la mujer, impresión obtenida no sólo por la mayor gravedad de las penas, sino también por la mayor eficacia e inmediatez de la respuesta proporcionada por todos los operadores jurídicos, fuerzas policiales y hasta los servicios sociales.

**10.-** También propugnamos una generalizada elevación de las penas previstas para el delito de quebrantamiento, tanto en la versión del artículo 468.1 CP como en lo relativo a su agravación de género y a la manipulación de los aparatos electrónicos de seguimiento y control.

Podemos concluir que la respuesta penológica no se encuentra a la altura de las necesidades sociales. La frecuencia del delito de quebrantamiento, la peligrosidad que el delincuente demuestra con su comportamiento rebelde al respeto de las decisiones judiciales y la pluriofensividad hacia las víctimas comprendidas en el art. 173.2 CP, hacen merecedoras a estas conductas de un mayor reproche penal. Las funciones de prevención y de retribución de las penas también lo exigen así.

Si admitimos principios como el de proporcionalidad de las penas y el de intervención mínima del Derecho penal, no hay un supuesto más representativo para la imposición del castigo penal que el que nos ocupa. La perseverancia en su ilegal proceder y la falta de respeto a los mecanismos sociales de reprensión así lo justifican. No obstante, siempre se podría argüir que para esa función ya existe un instrumento específico: la reincidencia. Pero concurren matices, que es preciso apuntar. En el quebrantamiento resalta no tanto la voluntad de seguir delinquiriendo (señaladamente, en los delitos contra el patrimonio) sino, más bien, tras un tortuoso camino judicial, el rechazo de la trascendencia de la resolución de la autoridad judicial, minusvalorándose el sentido social de una irrebasable barrera cual es la del Poder Judicial en el modelo del Estado de Derecho. Se advierte por ello una tendencia hacia una proporcionada ponderación de las penas para los delitos de quebrantamiento, en función de la frecuencia y trascendencia social que el mismo comporta en una adecuada valoración político-criminal del fenómeno.

**11.-** Por lo expuesto, planteamos por nuestra parte la conveniencia de una nueva configuración del ámbito de incriminación del art. 468 CP, que se desdoblaría en dos nuevos hipotéticos preceptos, a los que correspondería la siguiente redacción:

Art. 468 CP:

“Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años si estuvieran privados de libertad, y con la pena inferior en grado en los demás casos.

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 prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses”.

Art. 468 bis CP:

“Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años 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.

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 prisión de seis meses a un año”.

**12.-** Nuestro ordenamiento contiene medios e instrumentos suficientes para combatir cualquier forma de violencia y, en particular, proteger a todas las víctimas de violencia sobre la mujer. Cuestión diferente es que todas esas herramientas –como la prisión provisional o las pulseras electrónicas– aparezcan en la práctica forense con la habitualidad adecuada.

El legislador es consciente de este punto de partida. Pero también es sabedor que debe poner en la primera línea de visibilidad social un problema cuya comisión en la esfera más íntima (familiar) de las personas es, probablemente, uno de sus mayores inconvenientes. Para lograr este objetivo, consciente de los problemas de constitucionalidad que puede presentar una legislación discriminatoria por razón del sexo, ha diseñado todo un sistema de agravaciones específicas limitadas exclusivamente a los delitos de naturaleza leve, obteniendo así un beneficio más preventivo que real; pero que, junto a la puesta a disposición de grandes medios humanos y materiales, se ha traducido en una conciencia generalizada del problema y en la admisión de ciertos excesos en las soluciones.

Si ya existe la agravante de “sexo” y “por razones de género” no tiene sentido que aparezcan dichas agravaciones con virtualidad propia (art. 468.2 CP). Los motivos han quedado expuestos: la agravante exige la demostración de su concurrencia para poder apreciarla; sin embargo, la configuración como subtipo sólo requiere de la más sencilla acreditación de alguna de las relaciones previstas en el art. 173.2 CP.

Centrando el debate en la vigencia de las normas, el Derecho penal no puede quedar limitado a un mero instrumento de represión. Podría haberse creado un Título dentro del Libro II relativo a los delitos en el ámbito de la violencia sobre la mujer y doméstica, por ejemplo, respetando así la distinción entre la mujer y el resto de las víctimas familiares. Sin embargo, el legislador ha preferido normar su presencia en cada uno de los tipos delictivos, dotando así a esta materia de cierta idea de transversalidad. De esta suerte, el poder político ha sorteado el control judicial de constitucionalidad, apenas agravando las penas previstas cuando de violencia doméstica o sobre la mujer se trata.

Se ha alcanzado la máxima visibilidad del problema. Asimismo, se ha innovado e invertido en la Administración de Justicia, como nunca antes. Sin embargo, todo ello ha sido a costa de privilegiar a unas víctimas sobre otras; de forzar los principios informadores del Derecho penal y de suprimir el debate científico. Por más que alabemos la bondad del fin perseguido, hemos creado un antecedente peligroso porque, no olvidemos, la necesidad social ha circulado en mayor medida en un sentido descendente que al contrario. No ha sido una respuesta inmediata a una demanda colectiva, sino más bien una presión ejercida desde el centro de poder real de nuestro Estado sobre un proceso igualatorio entre ambos sexos que, en nuestros tiempos, y afortunadamente, ha devenido ya un anhelado e imparable compromiso político-criminal en el decurso de un Derecho penal moderno.





## **BIBLIOGRAFÍA**



ACALE SÁNCHEZ, María, *La reforma del delito de quebrantamiento de condena*, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 497.

ACHENBACH, Hans, *Imputación individual, responsabilidad y culpabilidad*, en SCHÜNEMANN, Bernd, y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Coords.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 140.

AGNEW, Robert, *Pressured into crime an overview of general strain theory*, Roxbury Publishing Company, Los Ángeles (EE.UU.), 2006.

ALBERDI ALONSO, Inés y ROJAS MARCOS, Luis, *Violencia: Tolerancia cero*, Obra Social Fundación La Caixa, Barcelona, 2005, pág. 11.

ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, *Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada*, en “Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, año LXIX, núm. 2180, 2015, pág. 18.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *Notas sobre las líneas de reforma de las medidas cautelares personales y de evitación de delitos en el proceso penal*, en “Justicia: Revista de derecho procesal”, editorial J.M. Bosch, n.º 1, 2015, págs. 143-196.

AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda, *Derecho penal*, 4ª edición, editorial Oxford University Press, México D.F., 2012, pág.64.

ANDRÉS LAVILLA, Silvia *et. al.*, *Perspectivas Psicológicas de la Violencia de Género*, 2011, pág. 18. Disponible en <https://www.aragon.es/documents/20127/674325/perspectivas%20psicologicas.pdf/63f983b8-ab9b-1399-4616-d94b05719020>.

ANDRÉS-PUEYO, Antonio y ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, *Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación*, en Revista “Psicothema”, vol. 22, nº 3, 2010, pág. 403.

ANDRÉS PUEYO, Antonio y ANTEQUERA FARIÑA, Mónica, *Del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas*, en BUENO ARÚS, Francisco, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, y SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Coords.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal*, editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 56.

ANDRÉS PUEYO, Antonio, LÓPEZ FERRER, Sandra y ÁLVAREZ LÓPEZ, Esther, *Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA*, en “Papeles del psicólogo”, vol. 29, n.º 1, 2008, págs. 107-122.

ANTOLÍN MUÑOZ, Julio Iván, *Análisis práctico del registro central de medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes (SIRAJ)*, en Revista “Acta Judicial” núm. 3, ediciones Jesús Sancho Alonso, 2019, pág. 52.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, tomo I, editorial Giuffrè, Milano, 2003.

ANTOLISEI, Francesco y CONTI, Luigi, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 13ª ed. agg. e integrata a cura di Luigi Conti, Giuffrè, Milano, 1994.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal, Parte general*, editorial Reus, Madrid, 1940.

- *El Código Penal de 1870*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 23, fasc. 2, Dialnet, recurso electrónico, 1970, pág. 231.

- *Historia del Código Penal de 1822*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 18, fasc 2, Dialnet, Recurso electrónico, 1965, págs. 263-278.

APARISI MIRALLES, Ángela, *Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” Tomo IX, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid, 1992, pág. 254.

ARANA GARCÍA, Estanislao, *Uso y abuso del Decreto-ley*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 191, mayo-agosto, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, págs. 337-365.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro., *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*, editorial Dyckinson, Madrid, 2005.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *La progresiva implantación de la prisión electrónica en el ordenamiento jurídico español*, en “Revista jurídica electrónica ORBIS”, editorial CESREI, Brasil, 2011. Disponible en [www.cesrei.com.br](http://www.cesrei.com.br)

ARISTÓTELES (s. IV a.C.), *De la naturaleza de la virtud. Moral a Nicómaco*, Colección Austral, vol. 270, Madrid, 2002.

- *Política*, editorial Gredos, Madrid, 2004, págs. 50 y ss.

ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 192.

ASÚA BATARRRITA, Adela, *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, en *Estudios jurídicos en*

memoria de José María Lidón, Echano Basaldúa, J.I. (Coord.), Universidad de Navarra, 2002, pág. 80.

AYALA GARCÍA, Juan Mateo y ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, *La suspensión de la pena tras la LO 1/2015*, en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (Dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código penal tras la reforma de 2015*, editorial Dykinson, Madrid, 2016.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal*, en “Revista del Poder Judicial” n.º 31, CGPJ, 1993, pág. 34.

- *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal*, 2ª ed., editorial Civitas, Madrid, 2016, Cap. X, III.

BANDURA, Albert, “*Self-efficacy: toward a unifying theory of behavioral change*”, en *Psychological Review*, 84, 1977, págs. 191-215.

BARATTA, Alesandro, *La Politica criminale e il Diritto penale della Costituzione, Nuove riflessioni sul modello integrato delle Scienze penali. Dei delitti e delle pene*, III, editorial Giapichelli, Torino, 1998, pág. 37.

- *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, en “Criminología y Sistema Penal, compilación in memoriam”, editorial B de F, Buenos Aires, 2004, pág. 65.

BARCELLONA, Pietro, *L'uso alternativo del diritto*, vol. I y II, editorial Laterza, Bari, 1973.

BARUDY, Jorge y DANTAGNAN, Maryorie, *La psicoterapia del traumatismo infantil en el marco de un trabajo comunitario y de intervención en red*, en Curso de postgrado sobre “maltrato y abuso sexual”, Universitat de Girona, 2004.

BATTAGLINI, Giulio, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1949.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Capítulo 12, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

BENEYTEZ MERINO, Luis, *Del quebrantamiento de condena*, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, (Dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, vol. II, Bosch, Barcelona, 2004.

BENTHAM, Jeremías, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, Madrid, 1839.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, editorial Iustel, Madrid, 2012.

BERGALLI, Roberto, *La crisis de la resocialización*, editorial Edersa, Madrid, 1979.

BLANCO CORDERO, Isidoro, *El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*, en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, 2004, núm. 6, art. 5, pág. 2. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>

BLASCO PAREDES, MIGUEL, *El art. 384 del Código Penal: Problemas interpretativos y de aplicación*, Ministerio de Justicia: CEJ, 2010.

BLUMSTEIN, Alfred, COHEN, Jacqueline y ROTH, Jeffrey, *Criminal careers and “career criminals”*, volume I, National Academy Press, Washington D.C., 1986.

BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, editorial Gedisa, Barcelona, 1982.

BOLEA BARDÓN, Carolina, *En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género*, en “Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, número 09-02, 2007, págs. 01-26.

BRAGE CENDÁN, Santiago Bernardo, *Cuadernos de Criminología*, Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2013.

BRANDÁRIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, editorial Dykinson, Madrid, 2014.

BUENAGA CEBALLOS, Óscar, *Hegel y el derecho privado. La persona, la propiedad y el contrato*, en “Universitas”, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 20, 2014, pág. 34.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, II, editorial Trotta, Madrid, 1999.

CAMEJO LUCH, Reynerio, *Teoría del aprendizaje*, editorial El Cid, Chile, 2009, pág. 6.

CAMILO MOMBLANC, Liuver, *Legalidad versus tipos penales abiertos en el Código Penal cubano*, en “Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Aulas Peruanas”, vol. 11, 2013, sumario n.º 11, págs. 241-242. Disponible *on line* <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/402562>.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*, en “Revista Vasca de Administración Pública”, número 27, 1990, pág. 20. Obtenida de la web [www.ivap.euskadi.eus](http://www.ivap.euskadi.eus).

CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, 1987, págs. 40 y ss.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, en AEBI, Marcelo F. *et al.*, *Aspectos esenciales de la Criminología actual*, editorial UOC, Barcelona, 2016, pág. 255.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, tomo II, 6ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2004, pág. 326.

CERVANTES RENTERÍA, Ángel, *Crítica al derecho penal del enemigo*, en Revista “Grado Cero Prensa”, 2017, disponible *on line* en la URL: <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2017/03/12/critica-al-derecho-penal-del-enemigo/>

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho penitenciario*, 4ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 49-50.

CGPJ, *Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Seminario, Madrid, octubre 2010.

CGPJ, *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*, 2013. Obtenida de la web [www.observatorioviolencia.org](http://www.observatorioviolencia.org)

CHANG KCOMT, Romy Alexandra, *Consentimiento en Derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2017, pág. 10.

CHAZARRA QUINTO, María Asunción, *El tratamiento del comportamiento postdelictivo en el Código Penal español: especial referencia a la renuncia de pena ante delitos consumados*, en “Actualidad Penal” nº 5, Sección Doctrina, Semana del 27 enero al 2 febrero de 2003, ref. V., editorial La Ley, 2003, tomo 1, pág. 159.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana Mª, *Medidas cautelares y su quebrantamiento*, en MARCHAL ESCALONA, Nuria (Coord.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, editorial Cizur Menor, Pamplona, 2010, pág. 225.

CHOZAS ALONSO, José Manuel (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 193.

CID MOLINÉ, José, y LARRAURI PIJOAN, Elena (Coords.), *La delincuencia violenta: ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CIRCULAR número 4/2005, de la Fiscalía General de Estado, *relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*.

COBO DEL ROSAL, Manuel, *El proceso de elaboración del Código Penal de 1928*, en “Anuario de Historia del Derecho español”, nº 82, Dialnet, Recurso electrónico, 2012, págs. 561-602.

COHEN, Stanley, *Demonios populares y “pánicos morales”: delincuencia juvenil, subculturas vandalismo, drogas y violencia*, editorial Gedisa, Barcelona, 2017.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *Derecho penal, Parte general*, editorial Colex, Madrid, 1990.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena*, en “ADPCP”, tomo 45, fasc. 1, 1992, págs. 120-121.

- *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 204.

CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, editorial Bosch, Barcelona, 1977, págs. 18 ss.

CUETO MORENO, Cristina, *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, editorial Dykinson, 2018.

- *El quebrantamiento de las órdenes de alejamiento: problemática en el ámbito de la violencia doméstica y de género*, Athenaica ediciones universitarias, Sevilla, 2018, pág. 23.

CUTIÑO RAYA, Salvador, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 77.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M<sup>a</sup>., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, editorial Dykinson, Madrid, 2003, págs. 119.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis., *De la política penal hacia una política Victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica*, en “Estudios de Victimología, Actas del I Congreso español de Victimología”, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, (Coord.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 229 y ss.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *El principio de proporcionalidad penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.



DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Tutela cautelar de la víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*, editorial Aranzadi, Madrid, 2008, pág. 16.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el proceso penal*, en *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, CGPJ, Madrid, 2018, pág. 21.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, en Colección Temas Penales, Serie A, N° 4, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006, pág. 19.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo*, en “Nuevo Foro Penal”, n.º 69, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 2006.

DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, *Manipulación, inutilización e incidencias del dispositivo de control de la medida o pena de alejamiento*, editorial Sepín, Madrid, 2017. Sólo para acceso *on-line*.

DE SÉCONDAT, Charles, barón de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 1748.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3ª ed., Porrúa, México, 2001, pág. 86.

- *Lecciones de Derecho penal. Para el nuevo sistema de justicia en México*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2016, pág. 55.

DÍAZ PITA, Mª del Mar, *El dolo eventual*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

DÍAZ ROCA, Rafael, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

- *Teoría general del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 384.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, “RECPC”, 06-03, 2004, pág. 9. 278.

- *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 75, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pág. 63.

- *Política criminal y Derecho penal*, 2ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- *Exigencias sociales y política criminal*, en *Política criminal y Derecho penal – Estudios–*, 2ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 38.

- *Política criminal y Derecho penal –Estudios–*, 3ª edición ampliada, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 51.

DOBASH, Russell P., DOBASH, Rebeca Emerson, *The nature and antecedents of violent events*, en “British journal of criminology” 24(3), UK, 1984, págs. 269-288.

- *Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores*, en *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOÁN, Elena (Coords), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 152.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, *El impago de pensiones como violencia económica*, en ZURILLA CARILLANA, Mª Ángeles, y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar (Coords.), *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Septem ediciones, Oviedo, 2011, pág. 111.

DURKHEIM, Émile, *La famille conjugale*, 1892.

- *Moral Education: a study in the theory and application of the sociology of education*, ed. Everett K. Wilson, New York, 1961.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, *Superar un trauma*, editorial Pirámide, Madrid, 2004.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, y CORRAL GARGALLO, Paz, *Manual de violencia familiar*, 1ª edición, 5ª impresión, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2002, pág. 77.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep María, BACA BALDOMERO, Enrique, y ALONSO RIMO, Alberto, *Manual de Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 158 y ss.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, *La reforma penal de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, editorial Sepín, Madrid, 2005, págs. 1-3.

EXPÓSITO JIMÉNEZ, Francisca, HERRERA ENRÍQUEZ, María del Carmen, VALOR-SEGURA, Inmaculada, *Is miss sympathy a credible defendant alleging intimate partner violence in a trial for a murder?*, en *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 4, n.º 2, 2012, págs. 179-196.

FÄH, Luzia, RAINER, Silvie y KILLIAS, Martin, *¿Un nuevo determinismo? La exclusión de las relaciones probabilísticas y de las influencias situacionales en los enfoques neurocientíficos*, en *Estudios homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez, op. cit.*, 2006, pág. 231.

FARRINGTON, David P., & WEST, Donald J., *Effects of marriage, separation and children on offending by adult males*, en Z.S. BLAU, & J. HAGAN (Eds.), *Current perspectives on aging and the life cycle*, Vol. 4., *Delinquency and disrepute in the life course*, JAI Press, Greenwich, CT, 1995, pág. 252.

FARRINGTON, David P., *Criminología del desarrollo y del curso de la vida*, en *Derecho penal y Criminología como Fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 239.

FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V., *Opportunity makes the thief: Practical theory for crime prevention*, vol. 98, Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate. 50 Queen Anne's Gate, London, 1998.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel, *La falta contra el orden público del art. 636 del Código penal de 1995. Problemática en la determinación del sujeto activo*, en "Diario de las Audiencias y TSJ El Derecho", n.º 126, editorial El Derecho, recurso electrónico, 1998.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *Tribunal Constitucional y Derecho penal: un estudio crítico*, en "Estudios constitucionales", vol. 12 n.º 2. Univ. de Chile, 2014. Disponible online <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200007>.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal, Introducción y Parte general*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 201.

FRIGOLS I BRINES, Eliseu, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de las leyes penales*, editorial Bosch, Barcelona, 2008, pág. 402.

FUENTES OSORIO, Juan Luis, *Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género*, en "Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología", número 15-16, 2013.

GALDEANO SANTAMARÍA, Ana, *Medidas cautelares en violencia de género: servicio de guardia*, Ponencia, 2013, pág. 17.

GARCÍA ABURUZA, M<sup>a</sup>. Paz, *Medidas civiles ante la "violencia" contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de Protección*, Diario La Ley, n.º 6401, 2004.

GARCÍA MESCUA, Daniel, *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales. Tratamiento procesal*, editorial Comares, Granada, 2018, pág. 35.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 5ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 128-129.

- *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA SALGADO, María José, *La jurisprudencia de intereses antes y después del nacionalsocialismo*, en BLÁZQUEZ RUÍZ, Francisco Javier (Coord.), *Nazismo, Derecho, Estado*, editorial Dykinson, Madrid, 2014, pág. 215.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND UTNE, Per, REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Principios de Criminología*, 3ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARROCHO SALCEDO, Ana María, *El consentimiento de la víctima de violencia de género en relación con las penas y medidas de alejamiento*. Temas actuales de investigación en ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009, ediciones Universidad de Salamanca, 2011, págs. 111-136.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Status personal de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004 (una aproximación desde la perspectiva civil)*, en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 1581 y ss.

GIL GIL, Alicia, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 2ª época, núm. 6, UNED, Madrid, 2000, pág. 107. Disponible en <http://espacio.uned.es/fez/collection/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6>

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

- *Código penal*, Prólogo a la decimocuarta edición, editorial Tecnos, Madrid, 2004.

- *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, tomo LIII, Ministerio de Justicia de España, 2000, pág. 97.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, editorial Civitas, Madrid, 2012, pág. 559.

GISBERT GRIFO, Susana, *Desmontando el mito de la asimetría penal en violencia de género*, en “Revista Confilegal”, 2017.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *La reforma de los delitos contra la seguridad vial*, en “Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid”, núm. 25, Dialnet, recurso electrónico, 2012, pág. 123.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> Carmen, *El “presunto” injusto de los delitos contra la violencia de género*, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 93.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, José Luis *et al.*, *Factores de riesgo asociados con la reincidencia policial en violencia contra la pareja en España*, “International Journal of Clinical and Health Psychology”, 2017. Visible en la web [www.elsevier.es/ijchp](http://www.elsevier.es/ijchp)

GONZÁLEZ BLANQUÉ, Cristina, *El control electrónico en el sistema penal*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2008.

GONZÁLEZ RIVERO, Pilar, *Imputación jurídico-penal en situaciones de defecto*, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al prof. Günter Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 296.

GOTTFREDSON, Michael R. y HIRSCHI, Travis, *A general theory of crime*, Stanford University Press, Standorf (USA), 1990, pág. 89.

GOTTFREDSON, Michael R., *Una teoría del control explicativa del delito*, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la Política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, en BUENO ARÚS, Francisco, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, y SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Coords.), editorial Dykinson, Madrid, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 242.

GRANDE SEARA, Pablo y PILLADO GONZÁLEZ, Esther, en *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 29.

GRIFFITH FONTAINE, Reid, *The Mind of the Criminal. The Role of Development Social Cognition in Criminal Defense Law*, ed. Cambridge University Press, USA, 2012, pág. 36.

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, *La nueva Ley de Violencia de Género: Aspectos prácticos y sustantivos*, Sección de Estudios del Boletín de Información del Ministerio de

Justicia, nº 1990, 2005, pág. 20.

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, *Fijada la prohibición de comunicación, cuando el sujeto llama a la víctima por teléfono, si ésta no le atiende o si aquel deja un mensaje en el buzón e voz, ¿constituye delito de quebrantamiento de pena o medida, incluso en grado de tentativa?*, Encuesta Jurídica SP/DOCT/16705, editorial Sepín, Madrid, 2012, pág. 8.

- *Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?*, Diario La Ley, núm. 6716, 2007.

- *Violencia de género: justicia y práctica*, Diario La Ley, número 707, 2008.

GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 185.

HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 138.

HAVA GARCÍA, Esther, *Apuntes de teoría general del delito. Actualizados conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español*, Universidad de Cádiz, 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich., *Principios de la Filosofía del Derecho*, editorial Edhasa, Barcelona, 1821, pág. 36.

HERRERA MORENO, Myriam, *Manual de Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 110.

HERRERO HERRERO, César, *Hacia un Derecho penal equilibrado, plataforma razonable de Política criminal*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 16.

HINDELANG, Michael J., GOTTFREDSON, Michael R. & GAROFALO, James, *Victims of Personal Crime*, Cambridge, MA.: Ballinger, 1978.

HIRSCH, Hans Joachim, *Zur actio libera in causa*, en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70*, editorial Nomos, Geburtstag, Baden-Baden, 1998, págs. 88 y ss.

HIRSCHI, Travis, *Causes of delinquency*, University of California Press, Berkeley, 1969, pág. 18.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Editorial PPU, Barcelona, 1991, pág. 48.

- *Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad*, en “Revista de Derecho (Valdivia)”, vol. 18., n.º 2, Universidad Austral de Chile, 2005, págs. 167-185. Recuperado de <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/747>.

IBARRA BECERRA, Víctor, *La condena de la venganza privada tras la justicia punitiva. Contraste y continuidad entre La Orestíada de Esquilo y el derecho hegeliano*, en Revista “Ideas y Valores”, vol. 65, núm. 162, Universidad Nacional de Colombia, 2016, pág. 294.

IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal español de 1848*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 303.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. 4ª ed., editorial Trillas, México, 1998, pág. 26.

JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 215.

- *Die sogennante actio libera in causa*. en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70*, Editorial Nomos, Geburtstag, Baden-Baden, 1998, págs. 106-107.

- *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, editorial Thomson, Madrid, 2004, págs. 44-45. *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano por PEÑARANDA RAMOS, Enrique et. al., editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 314.

- *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal”, Vol. 7, N.º 11, Argentina, 2001, págs. 23-42.

- *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.) *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 54.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, editorial Civitas, Madrid, 1996.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, editorial De Gruyter, Berlín, 1983, pág. 705.

JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2006.

JAKOBS, Günther, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 39.

JAVATO MARTÍN, Antonio María, *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*, en DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 128.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género (alcance de la reforma otorgada por la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en materia de suspensión y sustitución de penas, y quebrantamiento de condena)*, en VV.AA., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 74.

JAÉN VALLEJO, Manuel, y PERRINO PÉREZ, Angel Luis, *La reforma penal de 2015: análisis de las principales reformas introducidas por el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 58.

JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. José, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores*, en “RECPC” 17-19, Universidad de Granada, 2015, pág. 25

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, *La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3<sup>a</sup> Época, n.º 7, editorial Dialnet, La Rioja, pág. 39.

JUANETEY DORADO, Carmen, *La redención de penas por el trabajo. Una propuesta de reforma de los arts. 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones*, en “ADPCP”, tomo 43, fasc. 3, Dialnet, recurso electrónico, 1990, págs. 886-887.

- *Manual de Derecho Penitenciario*, 2<sup>a</sup> edición, editorial Iustel, Madrid, 2013.

KANTOROWICZ, Hermann, *Some rationalism about realism*, en “The Yale Law Journal”, New Haven (USA), 1934, vol. 43, pág. 1243. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yylj/vol43/iss8/2>.

KINDHÄUSER, Urs, *Acerca del concepto jurídico penal de la acción*, en “Cuadernos de Derecho penal”, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2012, pág. 15. Disponible en [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos\\_de\\_derecho\\_penal/issue/view/44/44](https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/view/44/44)

KURY, Helmut y BRANDENSTEIN, Martin, *Sobre la cuestión de una “nueva punitividad” – Actitudes sancionadoras y políticas sancionadoras*, en BUENO ARÚS, Francisco, GUZMÁN



DÁLBORA, José Luis. y SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Coords.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, editorial Dyckinson, Madrid, 2006, pág. 392.

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María e IGLESIAS CANLE, Inés Celia, (Coords.), *Violencia de Género. La violencia sexual a debate*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 211.

LARRAURI PIJOÁN, Elena, *Introducción a la Criminología y al sistema penal*, editorial Trotta, Madrid, 2016, pág. 79.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Bien jurídico y objeto protegible*, en “ADPCP”, 2007, pág. 29: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2007-10011900163](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2007-10011900163) (Consultado 15 de marzo de 2016).

LAURENZO COPELLO, Patricia, *Violencia de género y Derecho Penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo*, *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, en “Cuadernos de Derecho Judicial”, IX. CGPJ, 2007, págs. 31 y ss.

LAURENZO COPELLO, Patricia, MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup> Luisa, y RUBIO CASTRO, Ana María, (Coords), *La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo*, en *Género, violencia y derecho*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 329-362.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *Las penas y el tratamiento de los maltratadores*, editorial La Ley, Revista “La Ley Penal”, n.º 34, 2007.

LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurispraidenziale*, Universita degli Studi di Roma, 1975, pág. 372.

LOMBROSO, Cesare, *El hombre delincuente*, 1876.

LÓPEZ OSSORIO, Juan José *et al.*, *Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género*, en “Psychosocial Intervention”, vol. 25, 2016. Obtenida en la URL: <http://dx.doi.org/10.1016/j.psi.2015.10.002>

LUCENA, Abdeslam Jesús, *Reformas del delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015*, Dyckinson, Madrid, 2018, pág. 282.

LUHMAN, Niklas, *Politique et complexité*, editorial Cerf, Collection Humanités, París, 1999, pág. 43.

LUNA CASTRO, José Nieves, *La antijuricidad y los elementos subjetivos del injusto, conforme a la doctrina tradicional y su evolución histórica*, “Revista del Instituto de la Judicatura Federal”, n.º 7, México, 2000, pág. 268.

MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván, *El consentimiento en materia penal*, en “Revista Derecho Penal y Criminología”, volumen XXXIII, núm. 95, 2012, págs. 29-49.

MACIONIS, John J. y PLUMMER, Ken, *Sociología*, 4ª edición, editorial Pearson, Madrid, 2011, pág. 103.

MAGRO SERVET, Vicente, *Cuestiones prácticas de actualidad en violencia de género*, editorial Sepín, Madrid, 2006, pág. 17. 278.

- *Propuesta de reforma de Violencia de Género ante el Senado, Comisión de Igualdad*, Diario La LEY n.º 8974, 2017.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *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*, en ARAGONESES, Sara, CUBILLO, Ignacio José, JAÉN, Manuel, MANJÓN-CABEZA, Araceli, NÚÑEZ, José, REQUEJO, María Teresa, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Quebrantamiento de condena y evasión de presos*, en “Revista de Estudios Penitenciarios” n.º 244, Ministerio del Interior de España, 1991.

- *Las consecuencias jurídicas del delito*, editorial Thomson-Civitas, 5ª ed., Madrid, 2011.

MARANO, Hara Estroff, *Why they stay: A saga of spouse abuse*, en la Revista “Psychology Today”, 20 (3), Nueva York, 1996, págs. 56-60.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2005, pág. 132.

MARTÍ CRUCHAGA, Vicente, *La Fiscalía especial contra la violencia sobre la mujer*, en MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás (Coord.), *Manual de lucha contra la violencia de género*, editorial Cizur Menor, Pamplona, 2010, págs. 407 y ss.

MARTIN SÁNCHEZ, María, *El género en la “violencia afectiva”: clave para un examen de constitucionalidad*, en “Revista on line de Estudios Constitucionales”, vol. 13 (1), 2015, pág. 231.

MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia, *Gustav Radbruch: vida y obra*. 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pág. 60.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal*, editorial Dykinson, Madrid, 2017, pág. 95.

MARTINEZ ZATO, Juan José, *Adiós, Código Penal, adiós*, diario “El País”, de 30 de enero de 1980.

MARX, Karl / ENGELS, Friedrich, *La ideología alemana de Feuerbach. Contraposición entre la concepción materialista y la idealista*, 4ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1994, pág. 58.

MASLOW, Abraham, *A theory of human motivation*, editorial Martino Fine Books, USA, reimpresión 2013.

MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz *et. al.*, *Derecho penal. Parte General II*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 100.

MEDIDA ARIZA, Juan José, *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad ciudadana*, editorial Edisofer, Madrid, 2013, págs. 106-107.

MERKEL, Adolf, “Die Strafanwendung beim Zusammenfluß von Verbrechen (Lehre von der Verbrechenkonkurrenz)”, en *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. II, *Allgemeiner Teil*, Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.), Berlín, 1871, pág. 571.

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, Trad. de RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 160 (trabajo original publicado en 1957).

MINISTERIO DE IGUALDAD, *Guía de recursos para hacer frente a la exclusión y a discriminaciones por orientación sexual e identidad de género durante la crisis por COVID-19*, Gobierno de España, mayo de 2020, pág. 46.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, editorial PPU, Barcelona, 1996.

- *Derecho penal, parte general*, 10ª ed., 2ª reimpr., editorial Reppertor, Barcelona, 2016.

MOCCIA, Sergio, *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, editorial Studi di Scienze Penalistiche Integrate, Nápoles, 1992.

MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada, *Órdenes de alejamiento*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada”, nº 4, 2001, pág. 487.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica*, en “InDret. Revista para el análisis del Derecho”, año 2007, n.º 4, págs. 9-10.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *Estudio introductorio a la obra de Günter Jakobs*, en ID., (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 24.

MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, núm. 17, UNED, 2017, pág. 128.

MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 270-271.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Victimización penitenciaria*, en “Revista internacional de doctrina y jurisprudencia”, núm. 14, Universidad de Almería, 2016, pág. 43.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa M<sup>a</sup>., AGUILAR CÁRCELES, Marta María, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 70.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte general*, 9ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ LORENTE, Jesús, *Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico*, en “Revista de Derecho y Proceso Penal” (RDPP) núm. 6, 2001, pág. 123.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Causas de exclusión de la tipicidad*, Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española, Consejo General del Poder Judicial, Espasa Libros S.L.U., 2016. Disponible en <https://dej.rae.es/lema/causa-de-exclusi%C3%B3n-de-la-tipicidad>

MUÑOZ TEJADA, Julián Andrés, *Populismo punitivo y una “verdad” construida*, Revista “Nuevo Foro Penal”, N.º 72, Universidad EAFIT, 2009, pág. 37.

NAVAS MONDACA, Iván, *Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal. Política Criminal*, en “Revista electrónica semestral de políticas públicas en materiales penales”, vol. 10, núm. 20, Universidad de Talca, Chile, 2015, págs. 679-680.

NEAL, David T., WOOD, Wendy & QUINN, Jeffrey M., (2006), *Habits - A repeat performance*. Recuperado de la URL <https://dornsife.usc.edu/assets/>

sites/545/docs/Wendy\_Wood\_Research\_Articles/Habits/Neal.Wood.Quinn.2006\_Habits\_a\_repeat\_performance.pdf

NÚÑEZ PAZ, Miguel Angel, *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno al “no hacer” desvalorado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 13.

NUSSBAUM, Martha C., *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, editorial Paidós, Barcelona, 2007.

OLMEDO CARDENETE, Miguel, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, editorial Atelier, Barcelona, 2001.

ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, *La acreditación de las situaciones de violencia de género*, en “Revista electrónica Elderecho.com.”, 2018.

- *La personación de la víctima de violencia de género en el proceso penal*, editorial Lefebvre, Madrid, 2018. Obtenida de la URL <https://elderecho.com/la-personacion-la-victima-violencia-genero-proceso-penal>.

ORTS BERENGUER, Enrique, *A propósito de la seguridad*, en *Estudios sobre Ciencias de la Seguridad. Policía y Seguridad en el Estado de Derecho*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 13.

ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORWELL, George, *Politics and the English Language*, 1946. Disponible en <https://www.orwellfoundation.com/the-orwell-foundation/orwell/essays-and-other-works/politics-and-the-english-language/>

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático de los penados. Análisis jurídico, económico y social*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 71.

PACHECO, Joaquín Francisco, *Código Penal de 1848, concordado y comentado*, impresión de Manuel Tello, 5ª ed., corregida y aumentada, Madrid, 1881.

PADILLA ALBA, Herminio Ramón, *Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español.*, en “RECPC” 03-04, 2001.

PAGELOW, Mildred Daley, *Women battering: Victims and their experience*, Sage Publications, Beverly Hills (EE.UU.), 1981.

- PALMA HERRERA, José Manuel, *Los actos copenados*, editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- PASTOR ALCOY, Francisco, *Régimen jurídico de la prescripción en el Código penal español*, tesis doctoral, 2015, págs. 62-63.
- PATERNOSTER, Raymond, BRAME, Robert, BACHMAN, Ronet & SHERMAN, Lawrence W., *Do fair procedures matter? The effect os procedural justice on spouse assault*, en “Law and Society Review”, 31, 1997, pág. 169.
- PECES-BARBA, Gregorio, *La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*, en Revista “Poder Judicial” núm. 6, CGPJ, Madrid, 1983.
- PELÁEZ SOLÍS, Filomena, *Asistencia letrada a las víctimas de violencia de género*, Ponencia ofrecida en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia el 27 de noviembre de 2018, Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del CGAE.
- PEÑA GONZÁLES, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC), Lima, 2010, pág. 10.
- PERAMATO MARTÍN, Teresa, *La ruptura del silencio cómplice. Especial referencia a la obligación de denuncia a los profesionales y a la dispensa del art. 416 de la LECrim.*, VI Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, Madrid, 2016.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *La perspectiva de género en el Código penal: especial consideración del artículo 153 del Código penal*, en “Estudios Penales y Criminológicos”, vol. XXX, 2010, págs. 328 y 329.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad*, en MONTEALEGRE LYNETT, Enrique (Coord.) *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 256-257.
- PÉREZ RIVAS, Nicolás, *La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español*, en Revista on line “Ius et Praxis”, Vol. 22. N.º 2, 2016. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200004>.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen (Coord), *Legitimidad y Técnicas de Protección Penal de Bienes Jurídicos Supraindividuales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PESQUEIRA ZAMORA, María Jesús, *La suspensión de los juicios orales. Especial atención a sus causas y tratamiento procesal*, editorial Bosch, Barcelona, 2015.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador*, en “Revista de Castilla La Mancha”, n.º 7, 1989, págs. 55-78.

- *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, editorial jurídica Grijley, Lima, 2004.
- *Derecho penal, Parte general*, tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- *Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht*, en PAWLIK, Michael y ZACZYK, Rainer (Comps.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, págs. 541 y ss.
- *Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico penal: algunas consideraciones críticas. Derecho penal y Criminología*, en “Revista del Instituto de Ciencias penales y criminológicas”, núm. 79, Universidad Externado, Colombia, 2005, pág. 48.
- *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Editorial Católica Española, S.A., Sevilla, 1974.
- *El injusto de la tentativa en los delitos de mera actividad y de omisión pura*, en “Cuadernos de Conferencias y Artículos” n.º 32, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada “violencia de género”*, en AA.VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar*, editorial Colex, Madrid, 2006.
- *La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras*, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, editorial Comares, Granada, 2008, pág. 58.
- *Lecciones de Teoría del delito adaptadas al EEES*, editorial Mergablum, Sevilla, 2012.
- *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 4ª edición corregida y actualizada, editorial Tecnos, Madrid, 2019.
- *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 3ª edición corregida y actualizada, editorial Tecnos, Madrid, 2019.

- *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho, núm. 13, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Escuela Gráfica Salesiana, Sevilla, 1972.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos contra la Administración de Justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Derecho penal español*, en “Revista Oficial del Poder Judicial”, año 4-5, N.º 6 y N.º 7, 2010, pág. 374.

- *Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española*, en VV.AA., *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, págs. 681 a 705. En la URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3104/41.pdf>

- *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, editorial Bosch, Barcelona, 2009.

- *Victimología: aplicaciones penales y victimo-dogmática*, Universidad de Sevilla, Servicopy, Sevilla, 2017.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, editorial Jurídica de las Américas, México, 2009, pág.23.

POLK, Kenneth, *When men kill: escenarios of masculine violence*, Cambridge University Press, USA, 1994.

POLO GARCÍA, Susana, *El impacto de la violencia de género de las decisiones judiciales. Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción penal*, en “Revista on line ElDerecho, Revista de jurisprudencia” de 15 de febrero de 2020. Disponible en <https://elderecho.com/el-impacto-de-la-violencia-de-genero-de-las-decisiones-judiciales-aplicacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-la-jurisdiccion-penal>.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *La Metodología de la investigación científica del Derecho*, UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), 1996. Obtenida de la URL [historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../dtr4.pdf](http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../dtr4.pdf), pág. 74.

PRESNO LINERA, Miguel Angel, *La expansión del Derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana*, en CUERDA ARNAU, M.ª Luisa, y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Directores), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 34.



PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, editorial Bosch, Barcelona, 1950.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *La última respuesta penal a la violencia de género*, Diario *La Ley*, n.º 6420, 2006.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Compendio de Derecho penal*, vol. I., editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

- *Curso de Derecho penal*, tomo II, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Acto, resultado y proporcionalidad*, en “ADPCP”, fasc. 2, 1982, pág. 404.

- *La deriva y crisis de las ideas penales y de la política criminal en España*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, y otros (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 934.

- *De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal español*, T. II., 7.ª ed., editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 1767-1789.

RECASENS I BRUNET, Amadeu, *La seguridad y sus políticas*, editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 37.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, *El origen de los delitos. Introducción al estudio y explicación de la criminalidad*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 126.

REGOJO BALBOA, Juan Pablo, *Presente y futuro de los medios de control telemáticos en el Derecho penal*, en “Actualidad Jurídica Aranzadi”, núm. 877, Madrid, 2014.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, *El Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores*, en Revista “Ars Boni et Aequi” (Año 8 N.º 2), Universidad Bernardo O’Higgins, Chile, 2012, pp. 178-179. Disponible *on line* (<http://www.ubo.cl/>).

ROCA TRIAS, Encarna, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, en “Revista Indret.com”, n.º 4, recurso electrónico, año 2009, pág. 7.

RODRÍGUEZ DEVESA, José M<sup>a</sup>., *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., editorial Carasa, Madrid, 1971.

- *Derecho penal español, Parte general*, 8ª ed. Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, Ministerio de Justicia, tomo 25, fasc. 2, 1972, págs. 289 a 291.

- *Presunción de inocencia. Pena de banquillo (o de telediario)*, Ponencia, pronunciada el día 26 de octubre de 2017, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Gobierno de España.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato social*, 1762.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, editorial Civitas, Madrid, 1997.

- *Derecho penal, Parte general*, tomo I, editorial Civitas, Madrid, 2014.

- *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, en “Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología”, núm. 15, Universidad de Granada, 2013, págs. 01-11. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15.html>

- *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, Revista electrónica “InDret. Revista para el análisis del Derecho”, pág. 4, 2012. Disponible *on line* [www.indret.com](http://www.indret.com)

- *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- *Observaciones sobre la “actio libera in causa”*, en “ADPCP” Tomo 41, nº 1, 1988, pág. 22.

- *Política criminal y sistema del Derecho penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1972.

SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, *La reforma del Código Penal en la LO 1/2015. El eterno retorno*, en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (Dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código penal tras la reforma de 2015*, editorial Dykinson, Madrid, 2016, pág. 25.

SALA PAÑOS, Daniel, *Proceso penal: declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del derecho de defensa*, Diario *La Ley*, n.º 9393, 9 de abril, 2019, pág. 2.

SALAT PAISAL, Marc, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, editorial Aranzadi, Navarra, Introducción, 2015.

- *Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales*, en “Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña”, vol. 20, 2016, pág. 168 *in fine*.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Cristóbal, *La clasificación inicial en tercer grado de tratamiento penitenciario: desde su contexto legal a su aplicación práctica*, tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2012.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber*, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 276.

SANTA-RITA TAMÉS, Gilberto, *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo*, tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2012, pág. 162.

SANZ MULAS, Nieves, *Luces y sombras en la regulación penal de la violencia sobre la mujer en el ámbito familiar*, en GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles (Coord.), *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, editorial Atelier Administrativo, Barcelona, 2009, págs. 201- 233.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia jurídico-penal alemana*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 49, fasc. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pág. 189.

SEGRELLES DE ARENAZA, Ignacio, *Non bis in ídem: Revisión de un derecho fundamental descafeinado*, en “Economist & Jurist”, n.º 196, 2015.

SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal: naturaleza y eficacia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 106-107.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol: un test de la teoría general del delito*, 2ª ed., editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 51.

SERRANO-PIEDecasas, José Ramón, *Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 51, fasc. 1-3, 1998, pág. 41.

SHERMAN, Lawrence W., *The influence of Criminology on Criminal Law: Evaluation Arrests for Misdemeanor Domestic Violence*, en “Journal of Criminal Law and Criminology”, 83 (1), 1992, 1-45.

SHERMAN, Lawrence W., SMITH, Douglas A., *Crime, punishment, and stake in conformity: Legal and informal control of domestic violence*, en “American Sociological Review”, n.º

57, 1992, págs. 680-690.

SIERRA LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Valle, *La medida de libertad vigilada*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 122 a 143.

SILVA GARCÍA, Germán, *La teoría del conflicto. Un marco necesario*, en Revista “Prolegómenos. Derechos y Valores”, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, 2008, pág. 36.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 205.

- *Eficiencia y Derecho penal*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1966, pág. 99.

- *El retorno de la inocuización*, en “Homenaje al Doctor Barbero Santos *in memoriam*”, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, página 699.

- *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, (3<sup>a</sup> ed. amp.), editorial Edisofer, Madrid, 2011, pág. 98.

- *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, Anexo en ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 100.

- *Victimología*, en “Cuadernos de Derecho Judicial”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 16.

SMART, Carol, *The woman of Legal Discourse*, en DALY, Kathleen; MAHER, Lisa (eds.), *Criminology at the Crossroads. Feminist Readings in Crime and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág. 27.

SOLÉ RESINA, Judith, *El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de género*, en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 1798.

SORDI STOCK, Bárbara, *Programas de rehabilitación para agresores en España: un elemento indispensable de las políticas de combate a la violencia de género*, en “Cuadernos de Política Criminal”, vol. 10, n.º 19, 2015. Disponible *on line* <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100010>.

SORIA VERDE, Miguel Ángel, y SÁIZ ROCA, Dolores (Coords.), *Psicología criminal*, editorial Pearson, Madrid, 2006, pág. 462.

SOTO NAVARRO, Susana, *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, vol. LVIII, 2005, pág. 887.

- *La protección de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, editorial Comares, Granada, 2003, pág. 245.

STRATENWERTH, Gúnter, *Derecho penal, Parte general*, editorial Civitas, Madrid, 2005.

SUÁREZ LÓPEZ, José M<sup>a</sup>., *El autoquebrantamiento de la detención*, en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, 1999, Núm. 01-05.

SUAY RINCÓN, José Juan, *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 19.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal*, en “Revista del Poder Judicial”, 3<sup>a</sup> época, n.º 54, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 168.

SUÑEZ TEJERA, Yoruanys, *La tentativa en el desarrollo del iter criminis*, 2012. Disponible <https://derechopenalonline.com/la-tentativa-en-el-desarrollo-del-iter-criminis/>

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coords.), *Manual de Victimología*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 18.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia, *El nuevo delito de acoso o stalking*, editorial Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2016.

TARDÓN OLMOS, María, *Delitos de impacto en materia de violencia de género*, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián Artemio (Dir.), *Curso de formación continua con perspectiva de género*, 2<sup>a</sup> ed. CGPJ, 2020, págs. 18-19.

TARRÍO, Mario C., *Teoría finalista del delito y dogmática penal*, editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 45.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, editorial Amorrortu, Buenos Aires, (ed. original, 1973), 1990.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M<sup>a</sup>., *La culpabilidad*, editorial Indepac, México D.F., 2002.

TORIO LÓPEZ, Ángel, *El concepto individual de culpabilidad*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, n.º 38, fasc. II, 1985, pág. 285.

ULPIANO ET AL., *Digesto* (s. VI d.C.).

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 y delito de quebrantamiento de condena: consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP*, en “Estudios Penales y Criminológicos” n.º 26, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pág. 325.

VALRIBERAS ACEVEDO, Isabel, *Quebrantamiento de condena y medida cautelar. Especial referencia a la actuación en contra de la voluntad de las víctimas*, III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, 2009, pág. 11.

VAN SWAANINGEN, René, *La política de seguridad ciudadana en Holanda: Traficando con el miedo*, en “Revista Española de Investigación Criminológica” (REIC) núm. 03, 2005, pág. 5.

VECINA CIFUENTES, Javier, *La potestad cautelar: contenido y límites*, CEJ, Madrid, 2004, pág. 78.

VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, editorial Comares, Granada, 2010, págs. 17-18.

VEGA MONTIEL, Aimée, *El tratamiento de la violencia contra las mujeres en los medios de comunicación*, “Comunicación y Medios”, n.º 30, Universidad de Chile, 2014, pág. 13.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *El elemento intencional en el delito de maltrato. Foro abierto*, Base de datos El Derecho (EDC 2010/1013738), 2010.

VERVAELE, John, *El principio de non bis in ídem en Europa*, Universidad de Castilla - La Mancha, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, 2006, pág. 14. Obtenido de la web <http://www.ciencias penales.net>.

VICENS PONS, Enric, *Delito y enfermo mental*, en “Estudios de Derecho Judicial”, n.º 92, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 273.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Política criminal: concepto, finalidades, función y método*, en “Letras Jurídicas”, núm. 20, Universidad de Guadalajara, México, 2015, pág. 3.

VIGO CUBILLED, Borja, *Problemática de la ejecución de las penas del art. 48 del Código Penal*, en “Cuadernos penales José María Lidón”, núm. 15/2019, editorial Deusto, Bilbao, 2019, pág. 199.

VON HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, editorial Springer, Frankfurt, reimpresión fotomecánica, 1971, pág. 534.

VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el Derecho penal*, 1882, traducción de AIMONE, Enrique, editorial Edeval, Chile, 1984, pág. 112.

- *Tratado de Derecho penal*, tomo I, traducción de la 20ª edición alemana por Luís JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano SALDAÑA, 3ª edición, 4ª reimpresión, editorial Reus, Madrid, 1999, pág. 3.

- *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., editorial Reus, Madrid, 2020, pág. 62.

WARR, Mark, *El miedo al delito en los Estados Unidos: líneas para la investigación y la formulación de políticas*, en “Justicia Penal siglo XXI”, una selección de Criminal Justice 2000, edición de BARBERET, R. y BARQUÍN, J., Granada, 2006, [https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798\\_spanish/213798\\_spanish.pdf?q=siglo#page=199](https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798_spanish/213798_spanish.pdf?q=siglo#page=199)

WELZEL, Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, 1939.

WILSON, James Q. y HERRNSTEIN, Richard J., *Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime*, Simon & Schuster, Nueva York, 1985.

WILSON, James Q. y KELLING, George L., *Broken Windows. The police and neighborhood safety*, revista “The Atlantic”, USA, 1982. Disponible *on line* <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>

WIKSTRÖM, Per-olof H., *Individual's Situational Criminal Actions*, en *The future of Criminology*, LOEBER, Rolf y WELSH, Brandon C. Edit., Oxford University Press, Nueva York (USA), 2012, pág. 57.

WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 15.

YAGÜE OLMOS, Concepción (Coord.), *El delincuente de género en prisión. Estudio de las características personales y criminológicas y la intervención en el medio penitenciario*, Gobierno de España, Ministerio del Interior, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., editorial EDIAR, Buenos Aires, 2002.

- *Manual de Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986.

ZÁRATE CONDE, Antonio, y GONZÁLEZ CAMPO, Eleuterio, *Derecho penal, Parte general*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2019, pág. 315.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima*, en CARBONELL MATEU, J.C. *et. al.* (Coords), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 2014-2016.

- *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, tomo 39, fasc. 2, 1986, pág. 396.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, editorial Colex, Madrid, 2001.

ZURITA BAYONA, Jorge, *Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo*, tesis doctoral, Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.