

SOBRE EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER MALTRATADA EN EL QUEBRANTAMIENTO DE UNA ORDEN DE ALEJAMIENTO

José Antonio Ramos Vázquez

Doctor en Derecho. Investigador del Área de Derecho Penal de la Universidade da Coruña

I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como es bien sabido, en los últimos tiempos la denominada *violencia de género* ha pasado a un primer plano mediático, lo cual, como siempre sucede, ha repercutido en su regulación jurídico – penal.

No resulta procedente aquí examinar la evolución legislativa que ha sufrido este fenómeno en los últimos años; baste decir, simplemente, que el legislador penal, en este ámbito, parece que se ha guiado siempre por unos criterios político-criminales de más que dudosa filiación garantista.

Sea como fuere, lo cierto es que las reformas del texto punitivo han sido constantes en los últimos años, culminando este proceso legislativo con la aprobación de la Ley Orgánica 1 / 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LIVG), norma muy controvertida y que suscita muchas cuestiones problemáticas.

En este trabajo se examinará uno de los aspectos más interesantes dogmáticamente de la realidad de la *violencia de género*: qué virtualidad tiene el hecho de que la mujer maltratada en cuyo favor se ha dictado una orden de alejamiento consienta, de un modo u otro, que el sujeto frente al que se dictó dicha orden la incumpla.

La situación de la que hablamos es muy usual. Piénsese en el supuesto de la mujer que invita al agresor a reanudar la vida en común con ella –en la esperanza de que los malos tratos no van a repetirse- o en la mujer que, simplemente, recibe una llamada telefónica del agresor y accede a retomar la convivencia con él.

Pero, efectivamente, hablamos aquí de un problema no sólo práctico sino también teórico, pues, en orden a su solución, deben entrar en juego toda una serie de razonamientos jurídico – penales.

Además, ha de tenerse muy en cuenta que, tras la reforma operada por la LIVG, llevan también aparejada pena de prisión, de acuerdo con el art. 468 del Código penal, las conductas de quebrantamiento de medidas de alejamiento o incomunicación cautelar¹, lo cual aumenta la probabilidad de que lleguen a nuestros tribunales supuestos como los que comentaremos a lo largo de las siguientes páginas.

¹ La interpretación literal del artículo 468 tras su reforma por la LO 15 / 2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 sólo permitía (al menos con claridad) el castigo con pena de prisión del incumplimiento

Pues bien, aquí, adelantémoslo ya, mantendremos como hipótesis de trabajo que *la mujer sujeto pasivo de un delito de violencia de género puede ser castigada como inductora (o cooperadora necesaria) de un delito del artículo 468 CP* si se da el supuesto al que antes hemos hecho referencia (invitar a -o consentir que- el agresor entre en contacto con ella, existiendo una prohibición expresa en este sentido impuesta en sentencia firme o como medida cautelar).

Para exponer nuestra conclusión, nada mejor que observar y rebatir las razones aportadas por aquellos autores que consideran que dicha conducta debe ser considerada impune.

En este sentido, COMAS D'ARGEMIR y QUERALT JIMÉNEZ señalan lo siguiente respecto a la inducción o cooperación necesaria en el quebrantamiento de una medida cautelar en causa por *violencia de género*:

“Ha de afirmarse la *impunidad* de la conducta, en estos casos, no sólo del inductor o cooperador, sino del incumplidor de la medida. Y ello en atención a una serie de motivos de diversa índole.

En primer [lugar], no ha de pasarse por alto que para fundamentar la imposición de una pena, ha de exigirse, en un Derecho penal democrático, la *lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal*. Las acciones de restauración de la vida en común o de relaciones esporádicas, a instancia de la víctima o con su consentimiento en nada suponen, como iremos viendo, lesión o puesta en peligro de la seriedad del cumplimiento de los resueltos judiciales ni quiebra la confianza del público en la Administración de Justicia”².

Este argumento no puede ser atendido: el bien jurídico protegido en este delito es el interés del Estado en la efectividad de las resoluciones judiciales mencionadas en el mismo³. El hecho de que una persona induzca a quien está sujeto a una prohibición (cautelar o firme) a incumplirla lesiona efectivamente dicho interés estatal y constituye una merma de la seriedad de las resoluciones judiciales y del principio constitucional de obligación de cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (art. 118), como estos mismos autores reconocen⁴.

Este argumento, por sí mismo, ya gozaría de suficiente peso como para constituir un fundamento de la conclusión aquí mantenida. Pero veamos, aún así, el resto de argumentos:

“En segundo lugar, queda claro que una actuación del Estado *excesivamente tuitiva* (...) se vuelve contra los propios ciudadanos. (...) El protegido no quiere seguir sien-

de una medida de incomunicación o alejamiento impuesta por sentencia firme, “y no en aquellos casos, más frecuentes y tal vez más peligrosos, en los que se quebrantaba una medida de alejamiento o incomunicación meramente cautelar que, por tanto, seguían castigados con mera multa, puesto que el sujeto no está privado de libertad, aunque se tratase de medidas limitativas de tal derecho. La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género viene a corregir tal despropósito y extiende la agravación de la pena al quebrantamiento no sólo de medidas impuestas en sentencia sino también de las impuestas como medidas cautelares y como medidas de seguridad” (Vid. CARBALLO CUERVO, M.A., *Violencia doméstica*, ed. Sepin, Madrid, 2005, p. 39).

2 COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M / QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género: Política Criminal y Ley penal”, en AA.VV., *Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 1223 (cursiva en el original).

3 Así se viene entendiendo desde hace largo tiempo. Vid. *ad exemplum*, VIVES ANTÓN, T. S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J. C. / GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. conforme al Código penal de 1995, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 740.

4 COMAS D'ARGEMIR, M. / QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género”, *ibid*.

do protegido y ello lo convierte en reo del delito de quebrantamiento de medidas cautelares por inducción o cooperación necesaria. Ello, en nuestra opinión, es abiertamente absurdo y supone tratar a los ciudadanos adultos como impúberes”⁵.

Nuevamente, hay que contraponer a esta opinión el hecho de que el proceso penal no es disponible por las partes y que, a pesar del hecho de haber sido impuestas a su favor, el beneficiario de ellas no es el dueño y señor de estas medidas, sino que debe plegarse, como cualquier otro ciudadano, a su dictado, cumplirlas y hacer que los demás las cumplan o, al menos, no actuar induciendo a otro a su incumplimiento.

De idéntico modo, no puede atenderse la conclusión a la que llegan estos autores respecto del sujeto activo del delito de quebrantamiento del art. 468 CP, señalando que “las mismas razones que abogan por la ausencia de necesidad de pena, debida, a su vez, a la falta de una lesión efectiva de un bien jurídico-penalmente protegido, serían aquí de aplicación”⁶.

Aquí cabría recordar que el *consentimiento goza de un escasísimo margen de actuación en el Derecho penal* y que, por tanto, de nada sirve que la persona que obtuvo a su favor unas medidas cautelares frente a su agresor invite o consienta a éste volver a mantener contacto directo con ella. Pero es que, además, la argumentación es, aquí, más endeble aún al dejarse a criterio de la persona sujeta a la resolución judicial el seguir cumpliéndola o no, lo cual es, como con toda facilidad puede verse, fuente de innumerables problemas⁷.

Más problemática encuentran la cuestión estos autores (con toda razón) cuando lo quebrantado sean no las medidas cautelares sino la condena en sentencia firme⁸.

Aquí, COMAS D’ARGEMIR y QUERALT JIMÉNEZ plantean dos soluciones dogmáticas⁹ para fundamentar la absolución de la mujer inductora o cooperadora necesaria a un quebrantamiento de condena por un delito de *violencia de género* que aquí no pueden ser compartidas.

En primer lugar, proponen acudir a una concepción laxa de la no exigibilidad, en la medida en que “a los afectos, especialmente a los más íntimos es muy difícil sustrarse”¹⁰. En cambio, aquí, como se ha expuesto, mantenemos todo lo contrario: a la mujer le es perfectamente exigible, como a cualquier ciudadano, que respete las resoluciones judiciales. La culpabilidad, en nuestra opinión, subsiste, pues en modo alguno puede decirse que a la mujer no le era exigible actuar de otro modo.

5 COMAS D’ARGEMIR, M. / QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género”, p. 1224 (cursiva, de nuevo, presente en el original).

6 COMAS D’ARGEMIR, M. / QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género”, p. 1225. De todos modos, los propios autores indican que se trata de una conclusión “muy discutible” (*ibid.*).

7 Estos autores señalan más adelante que “en caso de la existencia de menores, la cuestión debería ser aún más ponderada en atención a la relación entre el condenado y aquéllos. No habría que excluir, por tanto, una condena por inducción o cooperación necesaria de una esposa en la quiebra de las medidas cometida por su aún esposo si ello va en perjuicio de los menores, igualmente protegidos. Indudablemente, la protección de los menores es indisponible por la beneficiaria adulta” (COMAS D’ARGEMIR, M. / QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género”, p. 1227). La cuestión es que, a nuestro juicio, no sólo es indisponible la protección de los menores sino también la de la propia mujer.

8 “No olvidemos que estamos aquí ante una sentencia, lo cual es mucho más serio, desde luego, que una medida cautelarmente acordada durante el procedimiento previo a la resolución final y firme” (COMAS D’ARGEMIR / QUERALT JIMÉNEZ, “La violencia de género”, p. 1227).

9 La primera solución aportada por estos autores sería la de “que por el juez, instructor o de sentencia, se suscite cuestión de inconstitucionalidad” (COMAS D’ARGEMIR / QUERALT JIMÉNEZ, “La violencia de género”, *ibid.*), una propuesta no dogmática sino, por así decirlo, práctica.

10 COMAS D’ARGEMIR, M. / QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género”, *ibid.*

En segundo término, estos autores proponen acudir, alternativamente, al error de prohibición invencible o al error sobre los presupuestos de una causa de justificación¹¹. Ninguna de estas dos soluciones pueden, empero, prosperar, puesto que el error de prohibición invencible constituye un error sobre la significación antijurídica de la conducta y parece altamente improbable su apreciación (por lo menos en su versión de error invencible). En cuanto a la segunda opción planteada, no parece tener cabida aquí, puesto que, dogmáticamente, no existe aquí ninguna posible apelación a causa de justificación alguna.

En suma, con el texto punitivo en la mano, parece que todo apunta a que no existe otra solución a esta problemática que la ya apuntada, esto es, *la mujer sujeto pasivo de un delito de violencia de género puede ser castigada como inductora (o cooperadora necesaria) de un delito del artículo 468 CP*.

En este punto de la discusión –en absoluto cerrada– es donde entra en juego la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente la sentencia de la Sala 2ª 1156 / 2005 de 26 de septiembre de 2005 (ponente Jiménez García), la cual ha determinado la impunidad de las conductas a las que nos venimos refiriendo a lo largo de estas páginas.

Examinemos, pues, la argumentación de dicha sentencia.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Los hechos probados en la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección tercera) el 11 de Junio de 2004, son, extractados, los siguientes¹²:

“El acusado Santiago, mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, que se encontraba en España a finales del año 2000 careciendo de permiso de residencia y de trabajo, inició una relación sentimental con Yolanda en esas fechas (...) La expresada relación se fue deteriorando, a pesar de que Yolanda se quedó embarazada teniendo a finales del mes de septiembre de 2001 un aborto espontáneo, negándose el acusado a darla por finalizada, haciendo caso omiso a los requerimientos de Yolanda en tal sentido, acudiendo reiteradamente al expresado domicilio.- En el curso de la relación sentimental mantenida, particularmente desde finales del mes de Julio de 2001, el acusado vejó e insultó a Yolanda, acosándola continuamente (...).

El día 30 de Julio de 2001 dos policías nacionales destinados en la comisaría de San Blas-Vicalvaro se personaron sobre las 8,45 horas en el expresado domicilio, tras avisar Yolanda telefónicamente a la policía, encontrándose con ésta en la puerta de entrada y al penetrar en la vivienda encontraron al acusado durmiendo en el suelo del comedor, en calzoncillos, procediendo a su detención, tras intentar éste darse a la fuga. En el citado centro policial, fue informado de sus derechos como *detenido por allanamiento de morada, daños y amenazas y, tras prestar declaración Yolanda, por agresión sexual*, poniéndolo a disposición judicial, acordando el magistrado juez instructor de la causa, tras oírle en declaración y celebrar la preceptiva comparecencia, su libertad provisional y *acordar como medida cautelar, la prohibición de aproxi-*

11 COMAS D'ARGEMIR, M. / QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género”, pp. 1227 y 1228.

12 Se destacan en cursiva los aspectos más relevantes en lo que aquí nos importa.

marse a menos de 700 metros de Yolanda, en resolución de 31-7-01, que fue debidamente notificada al acusado.

(...) En la madrugada del día 10 de Septiembre de 2001 el acusado, al discutir una vez más, por los mismos motivos, con Yolanda, la escupió y amenazó de muerte con un cuchillo que le puso en el cuello”.

Como podemos observar, si bien en julio de 2001 se había decretado medida cautelar de prohibición de acercarse a la mujer, el procesado hizo caso omiso de aquélla, reanudando en septiembre su conducta agresiva. Pero, y he aquí lo importante, en los Fundamentos de Derecho de la sentencia del tribunal *a quo* se indica que: “*de lo manifestado por ella al deponer como testigo en el juicio se infiere que después de la denuncia, el acusado y ella habían reanudado su convivencia*”. Es decir, ella había consentido reanudar la convivencia con el procesado, sobre quien pesaba una medida cautelar de alejamiento (y un proceso abierto por allanamiento de morada, daños, amenazas y agresión sexual).

Como señala el Tribunal Supremo, la secuencia de los hechos sería: “a) ruptura de la relación y auto de alejamiento dado el 31 de Julio de 2001; b) reanudación de la vida en común con explotación de un bar, ya como hecho cierto o, al menos probable durante el mes de Agosto y c) nueva secuencia de ruptura de la convivencia con las amenazas efectuadas por el recurrente a su ex-compañera con amenazas de muerte colocándole un cuchillo en el cuello”.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de consentimiento de la mujer al quebrantamiento de medida cautelar dictada frente a su agresor, conducta que, al menos en nuestra hipótesis de partida, es punible, al constituir una inducción (o una forma de participación: cooperación necesaria o complicidad¹³) en un delito del art. 468CP.

Sin embargo, la argumentación del Tribunal Supremo transcurre por otro camino:

“El cumplimiento de una pena” –señala la sentencia que aquí se comenta– “no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar”.

Hasta este punto, estamos de acuerdo con el Tribunal Supremo. Pero, inmediatamente, señala:

“¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?”.

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida *cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción*, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como recuerda las SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 y 9 de Junio de 1998, entre otras¹⁴.

Conviene hacer un par de precisiones a este fragmento de la sentencia aquí examinada.

13 Como veremos inmediatamente, habría sido preferible que el Tribunal Supremo hubiese tenido más cuidado al manejar estas categorías jurídicas.

14 Destacado en cursiva nuestro.

En primer lugar, resulta extraordinariamente sorprendente que el Tribunal Supremo maneje con tanto descuido las categorías dogmáticas: la coautoría, la inducción y la cooperación necesaria no son equivalentes, ni mucho menos se implican las unas a las otras.

Ningún sujeto puede ser *coautor por cooperación necesaria en al menos por inducción*: si es coautor no es cooperador necesario, pues la cooperación necesaria es una forma de participación, no de autoría. Es decir, la cooperación necesaria lo es *en hecho ajeno*.

Y si es cooperador necesario no puede afirmarse que lo es “*en al menos por inducción*”, pues se estarían mezclando categorías indebidamente: la de quien determina a otro a la realización del delito (inducción) y la de quien colabora *en la ejecución* del delito con un acto sin el que aquél no se hubiera llegado a efectuar (cooperación necesaria).

Convendría que el Tribunal Supremo no se dejase llevar por el tenor literal del artículo 28 del CP¹⁵: que el CP considere autores a los inductores y a los cooperadores necesarios no implica que exista identidad estructural entre estas tres categorías; ni mucho menos que alguien pueda, respecto del mismo ilícito ser las tres cosas a un tiempo. Sobre todo teniendo en cuenta que el delito del art. 468 CP es un delito especial, es decir, un delito que sólo puede ser cometido por aquél frente al que se dictó condena, medida cautelar etc., por lo que la mujer nunca podría ser *coautora*, al no concurrir en ella los requisitos de autoría exigidos por esa figura delictiva.

En segundo lugar, resulta sorprendente la alusión que se hace en la sentencia que centra este trabajo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que configura como derecho básico de la pareja el de convivir.

En efecto, tal derecho puede existir pero lo que en modo alguno puede ser es ilimitado.

Señala el Tribunal Supremo que castigar a la mujer maltratada que reanuda la convivencia con quien está obligado a cumplir una orden de alejamiento supondría “una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja”. No podemos estar más en desacuerdo con esta apreciación: el cumplimiento o incumplimiento de una orden de alejamiento dictada para proteger a una mujer maltratada no es un asunto “privado” de la pareja. Ni mucho menos parece sensato tolerar su incumplimiento en aras de proteger el “derecho a convivir” de ambos.

¿Podría la pareja de cualquier condenado a pena privativa de libertad por allanamiento de morada, daños, amenazas y agresión sexual inducir a éste a incumplirla, amparándose en el derecho a convivir del que se le está privando? Ciertamente no.

Pero, entonces, ¿por qué sí puede hacerlo en este caso –precisamente cuando lo que se reclama sería el derecho *de la víctima de estos delitos a convivir con el agresor*? ¿No existe en ambos casos un límite idéntico a su derecho a convivir, esto es, una resolución judicial?¹⁶

15 Art. 28 CP: “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”.

16 Otra cuestión a plantearse sería: ¿y si el agresor estuviese en prisión provisional? ¿Podría la víctima solicitar su excarcelación sobre la base de la argumentación que el Tribunal Supremo proporciona en esta sentencia?

Como puede observarse, nos estamos moviendo en un terreno muy conflictivo, en el que la mera apelación al consentimiento o al derecho a convivir no son, a mi juicio, suficientes para hallar una solución satisfactoria.

Pero veamos cómo transcurre la argumentación del Tribunal Supremo en la referida sentencia y a qué conclusión llega:

“En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el *respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada*, 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.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acreditada de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que *el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla*, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante¹⁷.

El fallo de la sentencia, por tanto, fue la absolución del recurrente del delito de quebrantamiento por el que había sido condenado en primera instancia.

De nuevo habremos de estar en desacuerdo con la argumentación del Tribunal Supremo.

En primer lugar, conviene poner en duda la afirmación de que la decisión de la mujer esté libremente autodeterminada.

Por supuesto, se trata de una cuestión extrajurídica, pero es bien sabido que la relación psicológica que se establece entre la mujer víctima de *violencia de género* y su agresor no es, precisamente, la que se establece entre dos adultos autodeterminados y libres de toda imposición a la hora de tomar decisiones. Las peculiaridades de esta relación no deberían orillarse a la hora de argumentar sobre el tema objeto del presente trabajo, pues no sería en absoluto extraño que la decisión de la mujer de reanudar la convivencia con su agresor diste mucho de ser libre.

En segundo lugar, indica el Tribunal Supremo que “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento”. Aquí cabría preguntarse cuáles son esas circunstancias.

El 544 *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM), introducido en dicha norma por la Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, establece en su apartado 1 lo siguiente:

“El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”.

17 Destacado en cursiva nuestro.

Por tanto, *ex lege*, el presupuesto básico para la concesión de dicha orden de protección es la existencia de “indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal”, como sucede en el caso que motivó la sentencia aquí estudiada.

La finalidad última es la protección de la víctima, procurándose que el agresor no tenga la oportunidad de volver a atentar contra la vida, integridad física y moral etc. de la mujer. Esta riesgo de reiteración de la conducta lesiva, es, como se ha indicado por más de un autor, “significativamente mayor cuando agresor y víctima conviven en el mismo domicilio”¹⁸, motivo por el cual una de las medidas que puede llevar aparejada la orden de protección es la prohibición de acercamiento a la víctima y la consecuente salida del agresor del domicilio en el que convivían.

Por tanto, las circunstancias que motivaron la orden de alejamiento en este caso concreto son ni más ni menos que la presencia indiciaria (ratificada después por la condena del sujeto) de la comisión de varios delitos contra su pareja: allanamiento de morada, amenazas y agresión sexual, indicios delictivos que en absoluto desaparecen por el hecho de la posterior convivencia.

Y desde el punto de vista teleológico la cuestión llega a idéntico resultado: la finalidad última de la medida de alejamiento, como indica el art. 544 *ter* de la LECRIM es evitar una “situación de riesgo *objetivo*” para la víctima, situación de riesgo que tampoco desaparece por el mero hecho de la convivencia -por no decir que, de hecho, aumenta.

En suma, la convivencia no puede subsanar (por así decirlo) ni las circunstancias que motivaron la orden de alejamiento (los delitos cometidos) ni la situación de riesgo *objetivo* que para la víctima supone reanudar la vida en común con el agresor¹⁹.

La expresión del Tribunal Supremo en el sentido de que “la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección” se compadece mal con las exigencias legales previstas en la LECRIM y, además, resulta casi sarcástica, teniendo en cuenta la cantidad de mujeres que sufren nuevos episodios de *violencia de género* tras reanudar la convivencia con su agresor.

De hecho, no olvidemos que, en el caso concreto enjuiciado en la referida sentencia, el agresor, tras reanudar la convivencia con su víctima, “la escupió y la amenazó de muerte, poniéndole un cuchillo en el cuello”. Es decir, el Tribunal Supremo señala que la convivencia demuestra la innecesariedad de la protección cuando lo que está juzgando es, precisamente, un supuesto de puesta en peligro grave de la integridad de la víctima posterior a la convivencia.

Por último, merece destacarse la afirmación de la sentencia analizada en el sentido de que “el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla”.

Esta afirmación supone una clara contradicción con la política legislativa tuitiva de las víctimas de *violencia de género* y, más en concreto, con el nuevo artículo

18 DELGADO MARTÍN, J., “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica” en *Encuentros Violencia Doméstica*, CGPJ, 2004, pág. 83.

19 Cuestión distinta es la sensación *subjetiva* de riesgo que la mujer pueda tener. Efectivamente, la reanudación de la convivencia sugiere que la mujer ya no se siente amenazada (aunque no sería descabellado pensar que si tuviese esa sensación de inseguridad pero aún así se arriesgase a volver a compartir su vida con el agresor, dadas las peculiaridades psicológicas y motivacionales de la relación agresor-víctima en las conductas de *violencia de género*), pero esa sensación subjetiva no puede constituir fundamento alguno para negar que la situación *objetiva* de riesgo subsista.

61. 2 de la LIVG, que establece que las medidas cautelares contempladas en dicha norma podrán ser acordadas por el Juez competente “de oficio o a instancia de la víctima, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda y custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida” y también con el propio art. 544 *ter* de la LECRIM²⁰.

En efecto, parece una contradicción que el legislador amplíe la legitimación para la solicitud de las medidas cautelares a sujetos distintos de la propia mujer víctima de *violencia de género* y, por otra parte, el Tribunal Supremo mantenga que la duración de dicha medida cautelar, una vez acordada, depende de la voluntad de la mujer en cuyo favor se ha dictado. Es decir, ¿por qué habría de depender de la voluntad de la mujer la duración de una medida como la orden de alejamiento que no precisa del concurso de su voluntad para ser adoptada –más aún, que *puede ser adoptada contra la voluntad de la propia víctima*?

A nuestro juicio, dejar en manos de la mujer maltratada la vigencia o no de una orden judicial dictada para su protección supone introducir un elemento perturbador en el ordenamiento jurídico – procesal, amén de entrar en franca contradicción con la legislación tuitiva de la mujer en este ámbito.

Por tanto, parece lógico pensar que la orden de alejamiento que pesaba sobre el sujeto juzgado en la sentencia objeto del presente trabajo seguía vigente en el momento en que volvió a agredir a su pareja y, por tanto, debería haber sido condenado en virtud del art. 468 CP.

III.- CONCLUSIONES

Tras todo lo dicho, poco queda por añadir, pues la conclusión queda abierta todavía a la discusión.

En el presente trabajo hemos mantenido como tesis que el consentimiento de la mujer víctima de un acto de *violencia de género* en el quebrantamiento por parte de su agresor de una orden de alejamiento dictada frente a él podría constituir una inducción (o una cooperación necesaria) al delito del art. 468 CP.

20 El art. 544 *ter* apartado 2 de la LECRIM dispone lo siguiente:

“La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección”.

A la vista de ambas regulaciones, señala FACHAL NOGUER que el novedoso 61.2 de la LIVG “tiene una doble repercusión en relación a lo previsto en el artículo 544 *ter* LECRIM: una ampliación de los sujetos legitimados activamente para formular la solicitud (pues la LIVG habilita expresamente para ello a la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida) y una restricción en lo que respecta a la legitimación de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP, pues el artículo 61, apartado 2, LIVG se refiere exclusivamente a los hijos, las personas que convivan con la víctima o se hallen sujetas a su guarda y custodia” (FACHAL NOGUER, N. / RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Tutela penal y procesal en la Ley Orgánica de protección integral frente a la violencia de género: cuestiones problemáticas”, en FARALDO CABANA, P. (dir.) y PUENTE ABA, L. M^a / RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (coords.), *Política criminal y reformas penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 (en prensa)).

Posteriormente, hemos examinado una sentencia del Tribunal Supremo en la que no sólo se niega la responsabilidad de la mujer sino también la del propio agresor en el delito de quebrantamiento de condena siempre que haya habido consentimiento por parte de la víctima en reanudar la convivencia, argumentándose que dicho consentimiento hace innecesaria la protección de dicha víctima y que, en consecuencia, la duración de las medidas cautelares de protección depende esencialmente de la voluntad de la protegida.

Ninguno de los argumentos expresados en la sentencia nos parecen atendibles. El consentimiento de la mujer víctima de *violencia de género* no elimina el riesgo objetivo que para ella supone la convivencia con su agresor ni puede hacer decaer la vigencia de una resolución judicial.

Por las razones expuestas, consideramos que el consentimiento de la víctima no excluye que se cometa el delito del art. 468 CP en el momento en que el agresor incumpla la orden de alejamiento (o cualquier otra medida cautelar impuesta frente a él).

Subsistirá, en todo caso, la incógnita de si es posible exculpar a la víctima de su responsabilidad como inductora o cooperadora necesaria.

Nuestra respuesta, en principio, debe ser negativa: *prima facie*, ninguno de los argumentos proporcionados por la doctrina parece convincente, por lo que al problema práctico que supone esta conducta habrá que sumarle el problema teórico que representa para la dogmática jurídico – penal.

En conclusión: avanzando en la reflexión sobre esta problemática quizá pueda llegarse a una solución satisfactoria tanto desde el punto de vista dogmático como desde la perspectiva político – criminal, pero lo que sí es indiscutible es que gran parte de los problemas que se suscitan en este ámbito tienen su origen en la errática política legislativa que venimos sufriendo en los últimos años, a la que habrá que añadir ahora una no del todo acertada jurisprudencia del Tribunal Supremo.