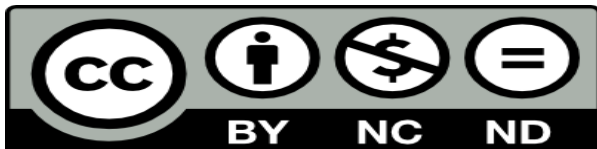

Pérez Rivas, Natalia (2015): “Proteger a la víctima en contra de su voluntad”.
IV Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales,
Universidad de Salamanca, 29 de junio a 1 de julio 2015 [Ponencia]



This license requires that reusers give credit to the creator. It allows reusers to copy and distribute the material in any medium or format in unadapted form and for noncommercial purposes only.

- **BY:** Credit must be given to you, the creator.
- **NC:** Only noncommercial use of your work is permitted. Noncommercial means not primarily intended for or directed towards commercial advantage or monetary compensation.
- **ND:** No derivatives or adaptations of your work are permitted.

Proteger a la víctima en contra de su voluntad © 2015 by Natalia Pérez Rivas is licensed under [CC BY-NC-ND 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Esta ponencia se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2011-24030, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

Proteger a la víctima en contra de su voluntad



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA

Natalia Pérez Rivas

Doctora Junior

Universidade de Santiago de Compostela, España



IV Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales

Esta ponencia se enmarca en el Proyecto de Investigación
DER2011-24030, financiado por el Ministerio de
Economía y Competitividad y cofinanciado por el
Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

Proteger a la víctima en contra de su voluntad

Natalia Pérez Rivas

Profa. Contrata Interina de Derecho Penal

Universidade de Santiago de Compostela

natalia.perez.rivas@usc.es



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



Proteger a la víctima en contra de su voluntad © 2015 by Natalia Pérez Rivas is licensed under [CC BY-NC-ND 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



INTRODUCCIÓN

Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.2 CP)



Régimen de imposición obligatorio (art. 57.2 CP)



Tipo delictivos

Títulos del Libro II del CP mencionados en el art. 57.1 CP



Sujetos

Sujetos mencionado en el art. 173.2 CP (casos de violencia familiar o de género)

Consecuencia de esta (mala) regulación es el notable incremento de los casos de quebrantamiento de condena por iniciativa de la persona protegida, o, cuando menos, con su anuencia. Así, en un estudio realizado en Cataluña se concluyó que en un 43% de las sentencias dictadas por quebrantamiento, entre los años 2007 y 2008, concurría el consentimiento de la víctima. Traslado este estudio al ámbito gallego, el porcentaje de quebrantamientos consentidos ascendía al 53,40%, resultando el obligado condenado en el 83,64% de los casos.





Relevancia del consentimiento de la víctima en la responsabilidad penal del obligado por el alejamiento

Posiciones jurisprudenciales



VNIVERSIDAD
D SALAMANCA

Tres son las posturas jurisprudenciales sobre el problema:

1. la ausencia de tipicidad por consentimiento de la víctima.
2. la irrelevancia de su consentimiento de la víctima.
3. las posturas intermedias.





1. La ausencia de tipicidad por el consentimiento de la víctima

STS núm. 1156/2005, de 26 de septiembre [RJ 2005\7380]

El quebrantamiento consentido es impune por faltar unos de los elementos del tipo objetivo del artículo 468 CP, la voluntad de la víctima de ser protegida.

Si se optase por castigar estos supuestos, se iniciaría una cadena de respuestas punitivas que alcanzaría a la propia víctima protegida. Éste -la posibilidad de que la víctima también resulte condenada por su conducta- parece ser el motivo último del pronunciamiento absolutorio del TS.

2. La irrelevancia del consentimiento de la víctima

STS núm. 755/2009, de 13 de julio [JUR 2009\339628]

- a. el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes.
- b. el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio.
- c. 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.
- d. la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.



2.2. Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008

Adopción de un acuerdo sobre la interpretación del artículo 468.2 CP, en los casos de quebrantamiento consentido de una medida cautelar de alejamiento, que se fundamenta en el principio general de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal.

El hecho de que en el acuerdo se haga referencia exclusivamente a las medidas cautelares, lleva a algunos órganos judiciales a entender que, en tanto que el TS no se pronuncie de forma expresa sobre el quebrantamiento de la pena accesoria de alejamiento, la resolución, en estos casos, puede ser absolutoria.

2.3. Bien jurídico institucional versus bien jurídico pluriofensivo

Tesis de la punibilidad

Sus partidarios identifican el bien jurídico protegido por el delito de autoquebrantamiento (art. 468.2 CP) con el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones.

Tesis de la impunidad

Sus partidarios hablan de la existencia de un delito pluriofensivo en el que se tutelan dos bienes complementarios:

- a. uno de naturaleza institucional -centrado en el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia-
- b. otro de carácter personal -ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege-.

A partir de ello destacan que en estos casos, si bien la conducta del obligado se acomoda a las exigencias de la antijuricidad formal –al darse los tres elementos que definen el tipo del injusto-, no ocurre lo mismo respecto a la antijuricidad material, habida cuenta de que la indemnidad de la víctima no sufre perjuicio alguno.

3. Teorías intermedias

1. Distinción entre quebrantamiento de medida cautelar y de pena accesoria.
2. El criterio de la iniciativa del acercamiento.
3. La reanudación (o no) de la convivencia entre las partes.
4. La eximente de estado de necesidad.
5. La atenuante analógica.
6. Imposición de la pena mínima en atención a la concurrencia del consentimiento.
7. **La incidencia del consentimiento de la víctima en la formación de la voluntad del sujeto.**

3.1. La incidencia del consentimiento de la víctima en la formación de la voluntad del sujeto

La punibilidad del delito de quebrantamiento viene supeditada a la concurrencia de tres elementos:

1. **elemento normativo:** la existencia de una prohibición acordada judicialmente.
2. **elemento objetivo:** la acción de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la precitada medida cautelar o pena.
3. **elemento subjetivo:** consistente en el conocimiento de la vigencia de dicha prohibición y en la conciencia de su vulneración (*“decisión contraria al bien jurídico”*).

Pues bien, la jurisprudencia trae a colación la posible incidencia del consentimiento de la víctima en la formación del dolo del autor. La tesis que propugnan, en concreto, es la de que en el quebrantamiento consentido no está presente el elemento subjetivo del delito, pudiendo recurrirse a la figura del error de tipo o de prohibición para excluir o atenuar la responsabilidad penal del sujeto.



3.1.1. La concurrencia de un error de tipo

Presupuesto para la aparición del error invencible de tipo es, a tenor de la STS, de 20 de enero de 2006, un consentimiento “firme y relevante” por parte de la víctima a la situación de quebrantamiento. De ser vencible, y al no estar tipificado el quebrantamiento imprudente, conllevaría, igualmente, la impunidad del obligado.

3.1.2. La concurrencia de un error de prohibición

SAP de León núm. 189/2009, de 6 de noviembre

“[...] parece razonable entender que el acuerdo, ante el consentimiento libre y voluntario de la persona tutelada por la prohibición, actuara con pleno convencimiento de la licitud de su conducta” a lo que se suma que, siendo una pena orientada a la protección de la víctima puede “presuponerse condicionado a que los tutelados por la prohibición consientan o no el encuentro personal y la comunicación con el penado consciente y libremente”.

SAP de Madrid núm. 869/2005, de 19 de septiembre

“[...] cuando el sentido común y la literalidad de un precepto legal parecen correr por caminos distintos, parece plenamente disculpable que una persona carente de conocimientos jurídicos haya optado por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería insensato incluso a una persona versada en Derecho”.

SAP de Toledo núm. 151/2008, de 2 de diciembre

En otras ocasiones, ha sido el silencio del propio órgano judicial ante la petición de la víctima del levantamiento del alejamiento lo que ha llevado a los sujetos a incurrir en un error, por entender (ambos) que la petición había sido atendida.

SAP de Ourense núm. 328/2008, de 3 de octubre

También se ha apreciado, finalmente, cuando las especiales circunstancias del obligado imposibilitan el conocimiento de la real vigencia de la medida.

3.1.2. La concurrencia de un error de prohibición

Constancia expresa

Para prevenir la concurrencia de estos supuestos, algunas Fiscalías, como la de Soria, aconsejan que se deje constancia, en la resolución que impone el alejamiento, de la irrelevancia de la voluntad manifestada por la víctima con relación a su cumplimiento. Esta previsión puede observarse ya en algunas resoluciones judiciales (SAP de Córdoba núm. 224/2008, de 14 de abril).

Información a las partes

Otras opiniones inciden en la labor de instrucción que deben realizar los operadores jurídicos, informando correctamente a las partes sobre las partes de las posibles consecuencias jurídicas de sus actos (JÍMENEZ DÍAZ, 2009).



El tratamiento jurisprudencial del comportamiento de la víctima que consiente el quebrantamiento

Posiciones jurisprudenciales

Delito de quebrantamiento de condena



Delito especial propio



Autores

Los condenados por sentencia firme al cumplimiento de alguna de las penas privativas de derechos reguladas artículo 48 CP y los procesados o imputados contra quienes se haya dictado una orden de alejamiento.

Cooperador necesario / inductor

Víctima protegida **¿?**



Responsable

Por la respuesta afirmativa opta un sector minoritario tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Esta última, en concreto, ha llegado a castigar puntualmente a la víctima como inductora o cooperadora necesaria, mientras que en otros casos se ha limitado a admitir esa posibilidad en el plano teórico o a solicitar la deducción de testimonio con vistas a dirimir las posibles responsabilidades penales en que hubiera podido incurrirse.

No responsable

La tesis mayoritaria es, en cambio, la de la impunidad de la intervención de la víctima, trayéndose a colación al respecto dos argumentos principales: a) el de que a la víctima no se le puede castigar por la realización de una actuación que no tiene prohibida; y, b) el de que las formas de participación en el quebrantamiento de condena se limitan a las tipificadas en el artículo 470 CP, de imposible aplicación a los supuestos que estamos considerando. Pese a ello, el MF no ha dejado de recurrir algunas resoluciones, solicitando que se condenase a la víctima como inductora



Soluciones de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*

Solución de *lege lata*

El legislador ha optado por configurar el alejamiento como una pena privativa de derechos (art. 39.f, g y h CP), siendo por tanto indisponible hasta su ejecución total.

De *lege lata*, en nuestra opinión, la única solución viable es la que aboga por que se informe favorablemente o se promueva de oficio la solicitud de indulto parcial, solicitándose simultáneamente la suspensión de la ejecución de la pena accesoria de alejamiento, en tanto el Gobierno no se pronuncie sobre la concesión o denegación de aquel. Esta propuesta, incluida en la Circular 2/2004 "con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección", se da de bruces, sin embargo, con una realidad en que ningún indulto ha sido concedido a este respecto.

Propuestas de *lege ferenda*

El poco margen de actuación que la actual regulación de la pena de alejamiento deja a los órganos judiciales aconseja la elaboración y formulación de propuestas de *lege ferenda* dirigidas a:

1. Flexibilizar su régimen de imposición y ejecución en atención a las circunstancias concurrentes en cada momento.
2. Dar entrada a la víctima tanto en la determinación de la modalidad de alejamiento a imponer como en su ejecución.



1. La flexibilización del régimen de imposición y de ejecución del alejamiento

1. La derogación del régimen de imposición preceptiva del alejamiento adoptado por la LO 15/2003.
2. La dotación de eficacia extintiva al perdón de la víctima
3. La suspensión de la ejecución de la pena de alejamiento, previa petición de la persona protegida.
4. **La reformulación de la naturaleza jurídica del alejamiento.**

1.1. La reformulación de la naturaleza jurídica del alejamiento

1. Pena híbrida entre la pena y la medida de seguridad, siguiendo el modelo regulador de la medida de libertad vigilada previsto en el artículo 49 bis del Anteproyecto de CP de 2008.

2. La conversión de la pena de alejamiento en una medida de seguridad

Tras las reformas operadas por las LL.OO 5/2010 y 1/2015 se ha creado una nueva categoría de estado peligroso, la de los imputables peligrosos,, con relación a los que se admite la imposición de una nueva medida de seguridad no privativa de libertad denominada libertad vigilada: delitos de homicidio y otras formas (arts. 138 a 143 CP), delitos de lesiones –únicamente cuando la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, es decir, en los casos de violencia de género y violencia doméstica- (arts. 147 a 156 ter CP), delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP), delitos contra la libertad o indemnidad sexual (arts. 178 a 194 CP) y delitos de terrorismo (artículos 572 a 580 CP). Medida esta que, por otro lado, está conformada, entre otras, por las prohibiciones aquí estudiadas –artículo 106.1.letras e), f), g) y h) CP-. No se aprecia ya, por tanto, mayor impedimento para articular el alejamiento como medida de seguridad no privativa de libertad aplicable a sujetos imputables, si bien el legislador se ha mostrado, por el momento, reacio a acometer dicha reforma tanto en la LO 5/2010 como la LO 1/2015.

2. El rol de la víctima en la determinación y en la ejecución del alejamiento

Los incumplimientos sistemáticos del alejamiento en casos de reconciliación o el creciente recurso al derecho a no declarar acreditan los efectos negativos de un sistema basado en un régimen de imposición obligatorio. Diversos autores han venido exigiendo por ello, con razón, la introducción de un trámite preceptivo de audiencia con anterioridad a su adopción, similar al existente en el procedimiento de imposición de las órdenes de protección. Esta intervención de la víctima debería preverse, igualmente, durante su ejecución a efectos de poder dar su opinión en cuanto a las incidencias relativas a su mantenimiento, suspensión o cese, y dar así respuesta a la modificación que las circunstancias que dieron lugar a su imposición puedan experimentar.

Proteger a la víctima en contra de su voluntad

Natalia Pérez Rivas

Profa. Contrata Interina de Derecho Penal

Universidade de Santiago de Compostela

natalia.perez.rivas@usc.es



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



Proteger a la víctima en contra de su voluntad © 2015 by Natalia Pérez Rivas is licensed under [CC BY-NC-ND 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

