

La reanudación de la convivencia con el agresor puede ser delito

24ENE/13

Roberto Guimerá Ferrer-Sama

Codirector de Sepín Violencia Doméstica. Abogado

En el campo de la violencia de género ocurre con frecuencia que tras el dictado de una orden de protección con medida de alejamiento, o de una sentencia con pena de alejamiento, por causas muy diversas el agresor y la agredida se reconcilian y de forma voluntaria empiezan a verse de nuevo e incluso llegan a reanudar su convivencia. Ello ocasiona una colisión entre el derecho de ambos a adoptar esa decisión y el derecho penal que se ve en la tesitura de intervenir porque existe una resolución judicial que lo prohíbe ¿cómo se resuelve?

Por un lado, con el Código Penal en la mano, su artículo 468 castiga el quebrantamiento -entre otras- de una medida cautelar o de una pena como las que aquí nos ocupan, delito que se atribuiría al maltratador que incumple su prohibición judicial de acercarse a su ex pareja víctima; pero además resulta que ésta también podría incurrir en responsabilidad penal, en calidad de cooperadora necesaria o de inductora de ese delito, simplemente por haber prestado su consentimiento a la reiniciación de su vida en común.

La exacerbación de esta insólita paradoja jurídico penal la podemos encontrar también incluso en supuestos en que sin llegar a reanudar esa convivencia, ambas partes deciden voluntariamente encontrarse para tratar de salvar su situación o simplemente para charlar, y yendo mas allá, cuando existiendo prohibición judicial de comunicación entre ellos, uno llama por teléfono al otro, que decide atender esa llamada, o simplemente el agresor deja un mensaje de voz o un SMS en el buzón telefónico de la víctima, cuestión esta última que hemos tratado en Sepín a través de una [encuesta planteada a nuestros colaboradores](#).

La respuesta al problema que han venido dando nuestros órganos judiciales ha sido ciertamente dispar:

- 1) Algunas sentencias entendieron que el consentimiento de la víctima actuaba extinguiendo la tipicidad del incumplimiento tanto de la medida como de la pena de alejamiento, por desaparición de las circunstancias que justificaron su dictado (por ejemplo, la [STS de 26 de septiembre de 2005](#)).
- 2) Otras estimaron que el consentimiento de la maltratada solo extinguía la tipicidad del cumplimiento de la medida, pero no en el caso de la pena, porque aquella se acuerda a petición de la víctima, pero la pena es indisponible para las partes ([STS 28 de septiembre de 2007](#)).
- 3) Un tercer grupo de pronunciamientos consideró que concurre un error de prohibición (art. 14.3 CP) en el sujeto, para quien el consentimiento libre y voluntario prestado por la víctima le lleva a incurrir en la equivocación de su conducta y a pensar que actuaba lícitamente (SAP Barcelona, Secc. 20, de 5 de junio de 2007; SAP Madrid, Secc. 27, de 17 de septiembre de 2007).
- 4) Finalmente otras sentencias entendieron que el consentimiento de la víctima resultaba irrelevante, puesto que lo que se castiga es la desobediencia a los mandatos judiciales, que son indisponibles para las partes ([STS de 20 de enero de 2006 y de 19 de enero de 2007](#)).

Tanta inseguridad jurídica se zanjó por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a través del Acuerdo de su Pleno no Jurisdiccional fechado el 25 de noviembre de 2008, que recogió esta última postura, y dispuso que en los supuestos de acreditación del consentimiento de la mujer, el mismo no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento. El Acuerdo no se refiere a las penas de alejamiento, porque parte de la premisa de que en este supuesto no cabe duda alguna que su incumplimiento se incardina claramente en aquel precepto punitivo.

Sobre la base de este Acuerdo, conforme apuntábamos mas arriba ¿qué sucede en estos casos con las víctimas que han prestado su consentimiento a reanudar la convivencia? Pues técnicamente parece que sí podrían ser castigadas como coautoras, cooperadoras necesarias o inductoras del delito de quebrantamiento de pena o medida, lo cual a priori parece un atentado contra el mas elemental sentido común.

A día de hoy la solución de la paradoja no es sencilla. No cabe dar una respuesta genérica cuando además hay que examinar caso por caso, con sus características y circunstancias propias, analizando con lupa ese consentimiento de la mujer maltratada, pues en ocasiones resulta que el mismo no es libre y voluntario, aunque lo aparente, por ejemplo, por presión del agresor o de su propia familia, o por falta de medios económicos. Así pues, en mi opinión:

a) Tratándose de una **MEDIDA** de alejamiento cabría que ambas partes solicitaran del Juzgado su supresión por modificación de las circunstancias y desaparición del peligro que en su día aconsejaron su adopción, para lo que habría de solicitarse el correspondiente informe del Equipo Psico-Social adscrito al órgano judicial. Todo ello sin perjuicio de que ante un nuevo episodio violento se pueda interesar el nuevo dictado de esa medida. Pero nos tememos que aquí la respuesta de nuestros Juzgados y Tribunales puede no ser unívoca.

b) Sin embargo, esa solicitud no cabe ni siquiera plantearla cuando ya se trata de una **PENA**, respecto de la que ninguna de las partes puede disponer, incluida la víctima. Aquí solo podría acudir a la institución del Indulto y, al amparo de la petición, reclamar al Juzgado que se suspenda la ejecución en tanto se tramita aquel indulto, como ya apuntó la SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007.