

EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LAS VIOLENCIAS DE GÉNERO¹²

The crime of rape in the context of gender-based violence

POR: DÑA. BEATRIZ LÓPEZ VARELA

*Asesora Jurídica del Centro de Información Municipal a las Mujeres del Ayuntamiento
de Ourense*

beatriz.lopez@ourense.gal

RESUMEN: La presente investigación analiza el delito de quebrantamiento de las medidas de alejamiento impuestas judicialmente en el ámbito de las violencias contra las mujeres. Dichas medidas constituyen otras tantas prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares, de aproximarse o de comunicarse con la víctima. Las autoridades judiciales las imponen a los agresores con la finalidad de otorgar a aquella una mayor y mejor protección como parte de la atención «integral» de la LOVG. Y lo pueden hacer como pena accesoria, como medida cautelar o como medida de seguridad. Pero los incumplimientos por parte de los agresores de estas prohibiciones son numerosos en su afán de perpetuar la violencia. El trabajo se centra en el examen de las principales cuestiones jurídicas que plantean dichos incumplimientos, su tratamiento desde el Derecho penal, con particular atención a los nuevos escenarios creados por el avance de las TICs, así como a las consecuencias que pueden derivarse de la participación de la víctima en el quebrantamiento de las medidas.

PALABRAS CLAVE: violencia de género; medidas de alejamiento; orden de protección; delito de quebrantamiento; perspectiva de género; dispositivos electrónicos de teledetección; consentimiento de la víctima.

ABSTRACT: This paper analyzes the crime of violation of judicially imposed restraining orders in the context of violence against women. These measures constitute prohibitions on residing or going to certain places, approaching or communicating with the victim.

¹ * Recibido para publicación: 1 de marzo de 2024

Acceptado para publicación: 29 de abril de 2024

² Abreviaturas empleadas: **AAPP**, Administraciones públicas. **AGE**, Administración General del Estado. **Art/Arts.**, Artículo/s, **As./Ass.**, Asunto/s. **ATS/AATS**, Autor/s del Tribunal Supremo. **BOE**, Boletín Oficial del Estado. **CC**, Código Civil. **CGPJ**, Consejo General del Poder Judicial. **CP**, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. **CE**, Constitución Española de 1978. **FGE**, Fiscalía General del Estado. **JVM**, Juzgado/s de violencia sobre la mujer. **LOLS**, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. **LECrim**, Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. **LEVD**, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. **LO**, Ley Orgánica. **LOPJ**, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **LOVG**, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género. **OEVM**, Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer del Ministerio de Igualdad. **OMS**, Organización Mundial de la Salud. **OVDG**, Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial. **PEVG**, Pacto de Estado contra la Violencia de Género. **RAE**, Real Academia Española. **STC/SSTC**, Sentencia/s del Tribunal Constitucional. **STJUE**, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **STS/SSTS**, Sentencia/s del Tribunal Supremo. **TICs**, Tecnologías de la información y de la comunicación. **UE**, Unión Europea.

The judicial authorities impose them on the aggressors in order to provide the victim with greater and better protection as part of the "integral" attention of the LOVG. And they can do so as an accessory penalty, as a precautionary measure or as a security measure. But the aggressors' failure to comply with these prohibitions are numerous in their eagerness to perpetuate the violence. This paper focuses on the examination of the main legal issues raised by such breaches, their treatment from the criminal law, with particular attention to the new scenarios created by the advance of ICTs, as well as the consequences that may arise from the participation of the victim in the breach of the measures.

KEYWORDS: gender violence; restraining orders; protection order; breach of protection order; gender perspective; electronic remote sensing devices; consent of the victim.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO. 1.- TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS O PROHIBICIONES. 2.- NATURALEZA Y FUNDAMENTO. 3.- LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN COMO PENA ACCESORIA DE CARÁCTER IMPERATIVO. III.- ASPECTOS NUCLEARES DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO. 1.- FORMULACIÓN DEL DELITO. 2.- NATURALEZA JURÍDICA. 3.- SOBRE EL ÁMBITO OBJETIVO DEL ART. 468.2 CP. 4.- CONSECUENCIAS PENALES. 5.- ÁMBITO SUBJETIVO DEL QUEBRANTAMIENTO. A) *El sujeto activo*. B) *El sujeto pasivo*. 6.- EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTE DELITO. 7.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO IV.- LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN Y EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN VIOLENCIA DE GÉNERO. 1.- DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS DE TELEDETECCIÓN. 2.- VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE REDES SOCIALES. V.- EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA. VI.- REFLEXIONES FINALES. VII.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN

Las violencias contra las mujeres constituyen uno de los principales problemas con los que se enfrenta nuestra sociedad, al punto de que se ha considerado por la Organización Mundial de la Salud como un problema de salud pública y una violación de los derechos humanos de las mujeres³. Este hecho justifica sobradamente la atención destacada que, tanto la opinión pública, como los medios de comunicación, desde el ámbito legislativo, la doctrina científica y los tribunales de justicia, le dedican desde hace ya algunos años. Así lo subrayó en 2005 la FGE:

La incidencia que el fenómeno de la violencia contra la mujer tiene en todas las sociedades, incluso en las más desarrolladas, ha motivado en las últimas décadas un rechazo colectivo en la comunidad internacional que ha venido acompañado de una prolífica actividad legislativa a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico

³ Véase, OMS (2024); «Violencia contra la Mujer», https://www.who.int/es/health-topics/violence-against-women#tab=tab_1.

*en búsqueda de un tratamiento suficiente y eficaz de este tipo de criminalidad y de la efectividad real del principio de igualdad entre mujeres y hombres*⁴.

Como muestra de la mencionada actividad legislativa, en los últimos veinte años se ha promulgado una abundante batería de leyes, buena parte de las cuales con el carácter de orgánicas, cuyo objetivo principal se centra en dispensar una protección cada vez mayor y mejor a las víctimas. Así, cabe citar, sin ánimo exhaustivo, 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 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica que modifica la LECrim y crea el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP; la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD); la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ; la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOLS); o, más recientemente aún, la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación del CP, la LECrim y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Pero sin duda el principal avance en la garantía «de una respuesta integral y coordinada frente a la violencia contra las mujeres cometida en el ámbito de las relaciones afectivas» ha venido de la mano de la LOVG. Esta última ha sido objeto, además de numerosos balances e informes de seguimiento y aplicación (González Tascón, 2023, p. 613)⁵, de varias modificaciones entre las que destacan la operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, para incluir a las y los menores como víctimas directas de la violencia de género, y la llevada a cabo por la reciente LOLS con el objetivo declarado de dar cumplimiento al PEVG.

Pese a estos indudables avances legislativos, y jurisprudenciales, y pese a la constante proliferación de situaciones de maltrato, no pocas de las cuales terminan en tragedias irreparables, feminicidios y feminicidios vicarios, seguimos encontrando noticias que hablan de un elevado número de personas que ponen en tela de juicio las políticas de igualdad por considerarlas discriminatorias para el género masculino⁶. Es lamentable tener que insistir una y otra vez en que, como demuestran las estadísticas oficiales, la inmensa mayoría de las víctimas son mujeres o sus descendientes y en que la falsedad de las denuncias presentadas por las víctimas es un mito⁷. Que veinte años después de la

⁴ FGE (2005); «Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LOVG», Referencia: FIS-C-2005-00004. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2005-00004>.

⁵ Como afirman Villacampa Estiarte y Torres Ferrer (2023, p. 611), «pocas leyes en el panorama normativo español han sido objeto del escrutinio y del análisis de efectividad al que esta ha sido sometida».

⁶ Véase, diario El Confidencial (2024); «Una de cada tres mujeres cree que las políticas de igualdad han ido tan lejos que discriminan a los hombres», noticia del día 15 de enero: «El 44,1% de los hombres y el 32,5% de las mujeres están ‘muy o bastante de acuerdo’ con que se está discriminando al género masculino porque ‘se ha llegado muy lejos en la promoción de la igualdad de las mujeres’», https://www.elconfidencial.com/espana/2024-01-15/mujeres-politicas-igualdad-discriminacion-hombres_3811392/.

⁷ Como señala la FGE (2023); «Memoria, Capítulo III. Fiscales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas. 1. Violencia sobre la Mujer», p. 626, el promedio de denuncias falsas «entre los años

definitiva y obligada irrupción de la perspectiva de género en nuestro Derecho por obra de la citada LOVG, se quiera seguir alimentando polémicas absurdas y dañinas por demás, resulta desolador⁸. Como afirma el OVDG, «la existencia de 49 asesinatos machistas [se refiere a los habidos en 2022] es una cifra intolerable que justifica el pleno mantenimiento y la vocación de perfeccionamiento de las políticas públicas de protección a las víctimas de violencia de género»⁹.

Es más, si algo hay claramente criticable en la LOVG es la definición misma de la violencia que luce en el primero de sus artículos por lo que tiene de reduccionista al limitar la violencia de género a la que se produce en el ámbito familiar o doméstico. Como con todo acierto sostiene De La Herrán Ruiz-Mateos, la confusión entre violencia de género y violencia intrafamiliar

coadyuva a la continuidad y subsistencia de determinadas estructuras sociales que son discriminatorias para la mujer, lo que hace además que coexista una bolsa oculta de victimización por violencia machista que no forman parte de las estadísticas oficiales. [...] el ámbito familiar es un espacio ‘privilegiado’ para los agresores-machistas, pero la agresión de un hombre a su esposa o pareja trae causa en el hecho de ser mujer, más allá del vínculo afectivo que puedan tener. Son agresiones surgidas de la dominación y el machismo que escapan del espacio actual para la que se destina la regulación. Esto no veta apreciar que la violencia ejercida en el ámbito familiar necesite de especialidades por ser un entorno proclive a la invisibilidad de las agresiones (2023, pp. 268-269).

Llama la atención que el objetivo de la LOVG, de conformidad con su Exposición de Motivos, sea abordar la violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, es decir, porque sus agresores las tratan como si carecieran de los más mínimos derechos de libertad, respeto y capacidad de decisión y que, sin embargo, el citado art. 1 limite su campo de actuación a las relaciones de pareja o expareja. Con ello la LOVG está hoy lejos de dar visibilidad y protección frente a todas las formas de violencias contra las mujeres, dicho sea, sin dejar de reconocer el incuestionable avance que aquella supuso. Debería, pues, ampliarse el ámbito subjetivo de la LOVG de acuerdo con la normativa internacional, para ir más allá de las relaciones de pareja con el fin de garantizar una verdadera protección integral a todas las víctimas de violencias de género, paso imprescindible para que todas ellas puedan acogerse a la protección que la LOVG otorga, como ha reconocido expresamente el propio Gobierno de España¹⁰. Y en la misma línea

2009 y 2022 es del 0,0083%», es decir, irrelevante; https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html.

⁸ Como afirma Valcárcel y Bernaldo de Quirós, «gracias al trabajo y las luchas feministas disfrutamos de una igualdad por decreto, cutánea, que todavía no ha penetrado en la médula en la que los prejuicios se reproducen» (p. 19).

⁹ OVDG (2023); «Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja, año 2022», CGPJ, diciembre, p. 4, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Informe-sobre-victimas-mortales-de-la-violencia-de-genero-y-domestica-en-el-ambito-de-la-pareja-o-expareja-en-2022>. Nótese que el OVDG tiene legalmente encomendada la evaluación de los datos provenientes de los JVM y que anualmente debe elaborar un informe sobre los datos relativos a violencia de género y violencia sexual (art. 87 *quater* LOPJ).

¹⁰ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2015); «Reflexiones y propuestas de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, así como otras normas relacionadas en materia de violencia de

debería eliminarse la referencia a las relaciones de afectividad, porque si bien la jurisprudencia ha terminado por interpretarla en sentido amplio, no restrictivo, lo cierto es que su indeterminación ha planteado no pocos problemas en la práctica. Concordamos, pues, con Urbano Ángel, en que la «violencia de género acogerá todas las formas de violencia contra las mujeres siempre y cuando se entienda como expresión de poder del sistema patriarcal» (2019, p. 15).

Debemos recordar que el denominado Convenio de Estambul de 2011, ratificado por el Reino de España en 2014¹¹, momento desde el que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno (art. 96.1 CE), distingue en su art. 3 entre «violencia contra la mujer» y «violencia doméstica». Mientras la «violencia contra la mujer» constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, e incluye todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada [art. 3.a)], por «violencia doméstica» entiende «todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima» [art. 3.b)]. Además, define la «violencia contra la mujer por razones de género» como «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada» [art. 3.d)]. En consonancia con estas definiciones, decididamente más avanzadas que nuestro art. 1 LOVG, el Convenio recoge una serie de objetivos entre los que cabe destacar el de «proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica» [art. 1.a)]. Al tiempo impone adoptar «las medidas legislativas o de otro tipo necesarias», para, por un lado, «promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado» (art. 4.1), y, por otro, «actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales» (art. 5.2), y todo ello con un enfoque de género¹² (art. 6).

A este marco internacional deben añadirse los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 que la ONU aprobara en 2015, entre los que se incluye como Objetivo 5 el de

género con motivo de la celebración del décimo aniversario de la entrada en vigor de la norma», Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/seguimientoEvaluacion/pdf/INFORME_10a_L_EY_2016.pdf.

¹¹ Véase, Consejo de Europa (2011); «Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica», hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, Instrumento de ratificación por el Reino de España publicado en el BOE el 6 de junio de 2014.

¹² Recoge hoy el diccionario de la RAE en la voz género que «en los años setenta del siglo XX, con el auge de los estudios feministas, se comenzó a utilizar en el mundo anglosajón el término género (ingl. *gender*) con un sentido técnico específico, que se ha extendido a otras lenguas, entre ellas el español. Así pues, en la teoría feminista, mientras con la voz sexo se designa una categoría meramente orgánica, biológica, con el término género se alude a una categoría sociocultural que implica diferencias o desigualdades de índole social, económica, política, laboral, etc.».

lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas», entre cuyas metas destaca la de «eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación.

Pues bien, la reciente LOLS afirma en su Exposición de Motivos que dicha obligación de aplicar un enfoque de género se dirige a todas las AAPP. Y en consonancia con ello, dispone su art. 2.c) que «las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas». Esta limitación a las AAPP, como se desprende con toda claridad de los preceptos transcritos, no consta en el Convenio; antes bien, este dirige sus mandatos a los Estados signatarios y, por ende, a todos los poderes que conforman cada uno de ellos, legislativo, ejecutivo y judicial. En este mismo sentido, la Plataforma de Acción que se suscribió en la IV Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada en 1995 en Pekín (China), adoptó como estrategia de forma explícita el del *mainstreaming* de género o enfoque de género en la actuación de todos los poderes públicos¹³. De ahí que el art. 15 LO 3/2007 disponga que «el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos».

Sea como fuere, el referido enfoque de género, ni siquiera en su limitado ámbito previsto en la LOLS, sigue sin llevarse explícitamente a la LOVG, así como tampoco las definiciones y mandatos del Convenio de Estambul. Todo ello pone de relieve cuán largo es el camino de baldosas amarillas que queda por recorrer hacia la equidad de género, camino que por momentos se diría infinito.

En este prolongado camino, unas de las principales medidas que nuestro ordenamiento jurídico contempla con el fin de prevenir situaciones de peligro para las víctimas¹⁴ son las prohibiciones o limitaciones que cabe imponer a los victimarios, a las que proponemos denominar «medidas de alejamiento» de forma inespecífica para referirnos al conjunto de todas ellas. Sin embargo, su virtualidad y eficacia resulta controvertida habida cuenta de los numerosos casos de quebrantamiento de las mismas por el agresor, muchos de los cuales cuentan, además, con la aparente paradoja de la colaboración, consentimiento o incluso incitación de la propia víctima.

Basten, para subrayar el problema, algunos datos estadísticos. Según el XV Informe Anual del OEVM, en 2021 nada menos que el 43,7% de los internos en centros penitenciarios con delitos por violencia de género habían sido condenados por quebrantamiento de penas o medidas de alejamiento por violencia de género como delito primario¹⁵. Por su parte, el Informe de 2020 del ya citado OVDG, al analizar las medidas de protección, constata que de «los 124 casos en que existía una medida de alejamiento en vigor, en un 58% de las ocasiones el agresor la vulneró accediendo al domicilio de la

¹³ Véase Calíope (2007, pp. 7-8).

¹⁴ Véase la STS 664/2018, de 17 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4341, FJ 2º.

¹⁵ OEVM (2023); «XV Informe anual 2021», Ministerio de Igualdad, Centro de Publicaciones, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/informes/XV_Informe_2021.htm.

víctima; en tres casos la víctima había acudido al domicilio del agresor»; y que «en 29 casos continuaba la convivencia entre víctimas y agresores a pesar de la existencia de una medida o pena de alejamiento en vigor»¹⁶.

Este último Observatorio, en un reciente informe publicado a finales de 2023, refiere un caso bien significativo. A finales de 2019 una mujer denuncia a su marido por malos tratos físicos y psíquicos y pide orden de protección, que le es concedida. Tres días después, la Policía Nacional detiene al agresor por quebrantamiento de medidas de protección tras ser interceptado en un control viajando a bordo de un autobús en el que también viajaban la víctima y los hijos de ambos. La víctima declara ante la policía que desconocía que su marido viajaba en el mismo autobús. Celebrado el juicio penal por los malos tratos, esta no comparece, se dicta sentencia absolutoria y las medidas cautelares son canceladas. Posteriormente el JVM dicta Auto de sobreseimiento provisional por la causa abierta por quebrantamiento, «por no haber resultado debidamente justificada la perpetración de delito alguno». Año y medio después la mujer es asesinada y, ahora sí, el marido detenido¹⁷.

Queda bien patente el problema fáctico cuyas numerosas aristas jurídicas pretendemos analizar en el presente trabajo: el quebrantamiento de las medidas de alejamiento constituye un delito de muy graves consecuencias, cuyo abordaje judicial resulta complejo, máxime cuando, como dijimos, se añade la participación más o menos activa de la propia víctima. La incidencia en el quebrantamiento de condena, medida cautelar o medida de seguridad del consentimiento de la víctima ha sido cuestión debatida, y aún lo es en la doctrina científica, habiéndose llegado incluso a plantear la posibilidad de imputar a esta un delito de quebrantamiento por mor de su consentimiento más o menos activo¹⁸.

En este contexto, para afrontar el problema expuesto hemos estructurado nuestro trabajo en cuatro grandes bloques. El primero de ellos se dedica al estudio y análisis de las medidas de alejamiento, en particular su tipología, naturaleza y fundamento, así como, al carácter imperativo con el que se configura una de ellas. En el segundo se abordan los aspectos nucleares del delito de quebrantamiento, su formulación y naturaleza jurídicas, el ámbito objetivo y subjetivo o el bien jurídico protegido, entre otros. El tercero se ocupa de las TICs en el delito de quebrantamiento, los dispositivos electrónicos para detectar quebrantamientos, así como el incumplimiento de prohibiciones de comunicación mediante redes sociales. En el último de los bloques, epígrafe V, se aborda el problema del consentimiento de la víctima y su eventual repercusión en la responsabilidad penal del agresor y de ella misma.

¹⁶ OVDG (2020); « Informe sobre los 1000 primeros casos de víctimas mortales por violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja», CGPJ, mayo, pp. 1-185, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Informe-sobre-los-1000-primeros-casos-de-victimas-mortales-por-violencia-de-genero-en-el-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja--Mayo-2020->.

¹⁷ OVDG (2023, *cit.*, pp. 97-98).

¹⁸ Véase en este sentido FGE (2020); Dictamen sobre «Consulta sobre imputación de la víctima de un delito de quebrantamiento», 7 de febrero, N/REF: 24/20-6, <https://www.fiscal.es/documents/20142/143375/DICTAMEN+DE+7+DE+FEBRERO+2020+SOBRE+CONSECUENCIAS+JUR%C3%8DDICAS+PARA+LA+V%C3%8DCTIMA+EN+LOS+SUPUESTOS+DE+CONSENTIMIENTO+AL+QUEBRANTAMIENTO.doc/5a0c8c16-a411-946a-2eb0-5a64debd4f24?version=1.0&t=1605096366110>.

En el bien entendido de que todo el análisis se aborda siempre y necesariamente con perspectiva de género¹⁹ para superar los estereotipos y sesgos que tan habitualmente padecemos y cuya proyección sobre el delito de quebrantamiento tiene tantas veces como efecto revictimizar a las mujeres produciendo una suerte de maltrato después del maltrato, una violencia institucional, alargada y afilada como la sombra del ciprés²⁰.

Es imprescindible mirar con ojos distintos la problemática que para las víctimas determinan los quebrantamientos, esto es, para juzgarlos -entiéndase este término en sentido lato- con un enfoque o perspectiva de género, interseccional (imprescindible para tomar en consideración la discriminación múltiple) y alineado con el Objetivo 5 de la Agenda 2030. Enfoque que nos explica con especial maestría la antropóloga Marcela Lagarde:

La perspectiva de género es una de las concreciones de la cultura feminista y, como tal, incluye el conjunto de acciones prácticas que se realizan en todo el mundo para enfrentar la opresión de género. De igual manera contiene el conjunto de alternativas construidas para lograr un orden igualitario equitativo y justo de géneros que posibilite, de manera simultánea y concordante, el desarrollo personal y colectivo: de cada persona y de cada comunidad, pueblo, nación y, desde luego, de cada género. La perspectiva de género exige de esta forma una voluntad alternativa y la metodología para construirla a través de acciones concretas (Lagarde y de los Ríos, 1997, p. 38).

También nuestra jurisprudencia comienza a juzgar al fin los delitos de violencia contra las mujeres con esta perspectiva. Así la reciente STS 917/2023 afirma:

Nos encontramos, así, con un escenario muy repetitivo en los crímenes de género, y que se están dando en los casos de relaciones de pareja. Todo ello, bajo esa persistencia del sentimiento de posesión del hombre hacia la mujer que conlleva que [...] se enfoquen estos casos desde la necesaria ‘perspectiva de género’ con la que deben tenerse en cuenta las razones de estos crímenes basados en la creencia de una especie de derecho posesorio de quien entiende y considera que tiene la capacidad de decisión sobre la voluntad y libertad de la mujer (STS 917/2023, de 14 de diciembre, ECLI:ES:TS:2023:5377, FJ 2º).

II.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO

1.- TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS O PROHIBICIONES

El ordenamiento jurídico español, con la finalidad de otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de la violencia de género, una protección «integral» en palabras de la LOVG, recoge un conjunto de herramientas a las que de forma inespecífica nos referimos como medidas de alejamiento pues todas ellas buscan impedir el contacto del

¹⁹ Sobre la interpretación y aplicación de las normas jurídica con un enfoque de género, véase, Gimeno Presa (2021, pp. 233-262) y en particular su análisis del caso SOVI (seguro obligatorio de vejez e invalidez), pp. 251-260.

²⁰ En esta línea, Faraldo Cabana (2013, pp. 510-511).

agresor con la víctima para evitar el riesgo de nuevas agresiones contra ella, a fin de protegerla²¹.

Las medidas pueden imponerse, en primer término, como pena accesoria *ex art.* 48 CP para los delitos del *art.* 57.1 CP, a saber, 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, el orden socioeconómico y las relaciones familiares.

En segundo lugar, pueden acordarse como medidas cautelares en virtud del *art.* 544 *bis* LECrim o formando parte de la orden de protección prevista en el *art.* 544 *ter* LECrim. Para su adopción, la autoridad judicial, de forma motivada, podrá imponer cautelarmente al inculcado, entre otras medidas, «la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas», siempre que ello sea estrictamente necesario para proteger a la víctima. Por su parte, el *art.* 544 *ter*.1 LECrim requiere que concurra una situación objetiva de riesgo para esta que justifique la adopción de alguna de las medidas de protección.

En tercer lugar, pueden acordarse asimismo como medidas de seguridad frente a las personas que se encuentren en uno de los casos previstos en los *arts.* 101 a 104 CP, es decir, personas declaradas exentas de responsabilidad criminal por motivos de trastorno mental, drogadicción o alteraciones de la percepción, a los que se refieren los números 1º, 2º y 3º del *art.* 20 CP. El *art.* 96 CP enumera las medidas de seguridad que cabe imponer y las clasifica en dos grandes grupos, las que suponen privación de libertad y las que no. Tras la modificación producida por la LO 5/2010, de 22 de junio, dicho precepto recoge entre las medidas de seguridad no privativas de libertad, la denominada libertad vigilada [*art.* 96.3.3ª) CP]. La propia LO 5/2010 se encarga de definir este concepto como

una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente.

En su virtud el *art.* 106.1 CP dispone que la libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte, entre otras, de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e), f), g) o h), todas ellas incardinables entre las que hemos denominado como medidas de alejamiento.

En los tres supuestos mencionados, estas medidas suponen distintos tipos de prohibiciones que cabe imponer al victimario o agresor, ya se encuentre en la situación de penado o investigado o inculcado. Tales prohibiciones pueden clasificarse del siguiente modo:

²¹ Las medidas de alejamiento se encuadran conceptualmente dentro de lo que la LOVG denomina medidas de protección y de seguridad de las víctimas, que son más amplias pues incluyen también medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, del régimen de visitas, del derecho a la tenencia y uso de armas, etc.

a) Prohibición del derecho a residir en determinados lugares

Esta prohibición restringe el derecho del inculcado o del penado a establecer su residencia en un lugar determinado, barrio, municipio, provincia o entidad local o Comunidad autónoma, señaladamente el lugar en que resida la víctima o su familia. Tal restricción puede determinar la obligación de modificar su lugar habitual de residencia. Aunque la prohibición de residir en un determinado lugar lleva obviamente implícita la orden de salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo con la víctima o tenga su residencia la unidad familiar, así como la consiguiente prohibición de retorno, el art. 64.1 LOVG recoge explícitamente esta previsión. La necesaria protección de la víctima requiere como punto de partida que pueda disfrutar de su hogar y entorno familiar y social, y hacerlo, por supuesto, sin la presencia del agresor (Fernández Fustes, 2016, p. 281).

b) Prohibición de acudir a determinados lugares

Esta medida restringe la libertad deambulatoria del inculcado o del penado por determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades autónomas. Su finalidad consiste en permitir que la víctima pueda continuar su vida autónoma también fuera de su domicilio (Fernández Fustes, 2016, p. 281). Dado que, al igual que las demás medidas de alejamiento, supone una limitación del derecho constitucional a circular libremente por el territorio nacional (art. 19 CE)²², el auto o la sentencia debe concretar su alcance, que habitualmente se referirá al lugar de residencia de la víctima o su familia, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella, como puede ser el domicilio de sus ascendientes, el colegio de sus hijas e hijos, el supermercado habitual o el gimnasio, entre otros.

Pero nuestro TS ha entendido recientemente que el término «lugar» que luce en el art. 48.1 CP (o en el art. 544 *bis*, pfo. 2º, LECrim, añadimos nosotras²³) no puede ser interpretado de forma restrictiva como un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos, sino en sentido amplio, referido tanto a espacios físicos como virtuales. Sostiene la STS 547/2022, que el delito en su forma más clásica convive hoy

con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible. El ciberespacio ofrece un marco digital diferenciado de la realidad puramente física como espacio del delito. La experiencia más reciente enseña que las redes sociales no son solo el instrumento para la comisión de algunos delitos de muy distinta naturaleza. Pueden ser también el escenario en el que el delito se comete, ya sea durante todo su desarrollo, ya en la ejecución de solo algunos de los elementos del tipo (STS 547/2022, de 2 de junio, ECLI:ES:TS:2356, FJ 3.3).

Cabe, pues, que un delito se cometa en Internet y, en esa medida, es idóneo para proyectar sobre él la prohibición que nos ocupa, impidiendo que vuelva a accederse a la red social en la que el delito se ideó, desarrollo y divulgó. En definitiva, el art. 48.1 CP permite imponer, como privación del derecho a «acudir al lugar en que se haya cometido el delito», la prohibición de acceso a la red social YouTube, o a cualquier otra, durante un

²² Expresamente, STC 78/2021, de 19 de abril, ECLI:ES:TC:2021:78, FJ 6º.

²³ Igualmente, Magro Servet (2019, p. 8).

determinado tiempo (en el caso concreto, cinco años), prohibición que implica la obligación de cerrar el canal y la imposibilidad de crear otro nuevo durante ese tiempo²⁴.

c) Prohibición de aproximarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas

Esta medida impide al agresor aproximarse a la víctima o a otras personas que determine el órgano jurisdiccional, en particular, sus hijas e hijos o, más en general, las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como otros familiares. Puede imponerse en virtud de los arts. 57 -pena accesoria-, 106.1.e) -medida de seguridad-, 83.1.1º -condición para la suspensión de la pena- CP, 544 *bis* y 544 *ter* LECrim -medida cautelar o de protección de la víctima- o 64.3 LOVG -medida cautelar. La prohibición de acercarse a las personas mencionadas alcanza a cualquier lugar en el que se hallen, ya sea su domicilio, su lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

La autoridad judicial deberá establecer el ámbito espacial o distancia mínima que no podrá sobrepasar el agresor, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. En este sentido, el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estima necesario que dicho ámbito espacial sea el suficiente como para permitir una eficaz respuesta policial, de modo que se evite incluso el contacto visual entre víctima e inculpado o penado y propone como distancia mínima aconsejable la de 500 metros²⁵.

Con la finalidad de comprobar el efectivo cumplimiento de esta prohibición, la autoridad judicial puede acordar la utilización de medios electrónicos o instrumentos de tecnología adecuada que lo permitan. Por tanto, será posible utilizar pulseras electrónicas o cualquier mecanismo de localización vía GPS, capaces de detectar de forma automática el eventual incumplimiento, así como facilitar la más rápida y eficaz intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para evitar nuevas agresiones (Fernández Fustes, 2016, p. 282). A ello nos referiremos por extenso más adelante.

Es de subrayar, además, que esta prohibición cuando se impone como pena accesoria deja en suspenso, respecto de las hijas y 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 accesoria. Y cuando se trata de inculpados por violencia de género, la LOVG (arts. 65 y 66) permite a la autoridad judicial suspender para él, y respecto de las y los menores que de él dependan, el ejercicio de la patria potestad guarda

²⁴ En contra, Gallego Arribas (2023, p. 8), quien, en línea con el voto particular de la STS 547/2022 que no compartimos, concluye que «entender el término ‘lugar del delito’ de la manera que se hace en la sentencia analizada traspasa, con mucho, los límites que impone el principio de legalidad. Si bien es cierto que se trata de una interpretación gramaticalmente aceptable, los criterios de interpretación sistemático, pero, sobre todo, el teleológico, apuntan a entender dicho término en un sentido restringido, esto es, como un lugar físico-geográfico».

²⁵ Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial (2005); «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», aprobado el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LOVG, p. 11, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Protocolo-de-actuacion-de-las-Fuerzas-y-Cuerpos-de-Seguridad-y-coordinacion-con-los-organos-judiciales-para-victimas-de-violencia-domestica-y-de-genero---adaptado-a-la-LO-1-2004--de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contra-la-Violencia-de-Genero-->.

y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, así como ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación. Medidas todas ellas que cabe adoptar también, en virtud del art. 544 *quinquies* LECrim, para proteger a las víctimas menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada. A su vez, el párrafo tercero del art. 544 *ter.7* LECrim²⁶ dispone que cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existan indicios fundados de que las hijas e hijos menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia, la autoridad judicial debe, como regla general, suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con el inculpado (o no se acordará dicho régimen de acuerdo con el art. 94 CC). Por fin se reconoce legalmente, de este modo, el carácter de víctimas directas de la violencia de género de las hijas e hijos menores de la mujer maltratada. Porque como afirma la STS 684/2021²⁷, con el maltrato habitual se genera un ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia, un clima de «insostenibilidad emocional», que sufre la mujer y toda la familia y, especialmente, las hijas e hijos menores.

d) Prohibición de comunicarse con determinadas personas

Mientras la primera de las medidas o prohibiciones descritas (privación de derecho a residir en determinados lugares) figuraba ya como pena accesoria en la versión original del CP de 1995, las dos últimas fueron introducidas en nuestro ordenamiento por el art. 4º LO 11/1999²⁸ que dio nueva redacción al art. 57 CP. Esta ubicación sistemática, poco congruente, fue alterada pocos días más tarde por la LO 14/1999²⁹ a partir de la cual dichas medidas, con mejor técnica legislativa y nueva redacción mejorada, se recogen ya, como se ha dicho, en el art. 48 CP.

Téngase en cuenta, además, que esta LO, aprobada en medio de una campaña institucional y mediática contra la violencia de género, entre otras modificaciones de la LECrim, dio nueva redacción al art. 13 de esta e introdujo en ella un nuevo art. 544 *bis*, con el objetivo de permitir la adopción de las prohibiciones de residir, de acudir a determinados lugares, de aproximarse o de comunicarse referidas, no ya como penas accesorias, sino también como medidas cautelares personales que cabe imponer ya desde las primeras diligencias (Faraldo Cabana, 2023, p. 137 por nota 8).

A través de esta medida se impide al inculpado (art. 544 *bis*, pfo. 2º, LECrim) o penado (art. 48.3 CP), respecto de la víctima u otra persona determinada por el órgano jurisdiccional, normalmente las hijas e hijos u otros familiares, establecer cualquier comunicación, ya sea visual, verbal o escrita, a través de cualquier canal, tanto clásico, existente ya en 1999, momento de la introducción del precepto, como surgido con posterioridad. En efecto, la prohibición alcanza a cualquier medio de comunicación, ya sea tradicional (teléfono fijo o móvil, SMS, carta o nota remitida a través de una hija o

²⁶ Apartado modificado por la disposición final 1.9 de la LO 8/2021, de 4 de junio. Téngase en cuenta que esta LO introdujo un apartado 4 en el art. 1 LOVG, que recoge por primera vez en nuestro ordenamiento la violencia vicaria como parte del concepto de violencia de género: «4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

²⁷ STS 684/2021, de 15 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021:3374, FJ 3º.

²⁸ LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del CP.

²⁹ LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim.

hijo menor³⁰), electrónico (video-portero o telefonillo) o telemático o informático (WhatsApp, Telegram, correo electrónico). Además, impide no solo la comunicación directa, sino también la indirecta, como aquella que se lleva a cabo a través de una persona interpuesta para enviar mensajes directamente dirigidos a la persona protegida por la disposición judicial que se vulnera. Como afirma la STS 328/2022:

es lógico que así sea, toda vez que la prohibición de comunicar persigue (fin de protección de la norma) impedir que el concernido por ella dirija mensajes a la persona protegida, por cualquier medio, establezca con ella contacto, comunicación. Se le prohíbe, con la finalidad de procurar la tranquilidad, sosiego y no fiscalización de la persona protegida, que se 'haga presente', que contacte con ella, que le remita cualquier clase de comunicación.

Y ello tanto si la comunicación es directa, como si utiliza dolosamente a una tercera persona interpuesta como transmisora del mensaje, «sea de modo verbal, escrito, sea a través de medios que permiten la comunicación telemática»³¹.

En definitiva, esta prohibición veda cualquier tipo de comunicación de carácter bidireccional entre el sujeto y su víctima, ya directa, ya indirecta, así como la que podríamos denominar unidireccional, en el sentido de que el sujeto intenta ponerse en contacto con la víctima sin lograrlo (llamadas o mensajes recibidos pero no respondidos, por ejemplo³²). Y alcanza incluso a las comunicaciones que en principio desbordarían dicho carácter bidireccional, como las que se producen en las redes sociales: Instagram, YouTube, WhatsApp, Facebook, X -antigua Twitter-, LinkedIn, TikTok, etc. De este modo queda proscrito emitir mensajes contra la víctima a través de ninguna red social, tanto aquellos que por su misma formulación se dirigen directa y evidentemente contra ella, como aquellos otros que, disfrazados de reflexiones generales, se evidencia, no obstante, que puestas en su contexto tienen como destinataria de forma inequívoca a la víctima o personas determinadas por la autoridad judicial³³. No se trata de imponer una prohibición absoluta de formar parte o utilizar las redes sociales u otros medios telemáticos o tecnológicos de comunicación, pues dicha medida, además de carecer de previsión en nuestro ordenamiento, sería desproporcionada, sino únicamente de prohibir la comunicación con la víctima utilizando como canal una red social. Sobre esta cuestión habrá ocasión de volver más adelante.

2.- NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La primera referencia al fundamento de estas medidas o prohibiciones cabe situarlo en la Exposición de Motivos de la referida LO 14/1999 cuando afirma que las acciones legislativas encaminadas a la modificación del CP y de la LECrim, en aplicación del Plan de acción contra la violencia doméstica de 1998, tienen por finalidad «lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas». Y en cuanto a la LECrim afirma que las modificaciones «persiguen el objetivo de facilitar la inmediata

³⁰ Véase la STS 664/2018, *cit.*

³¹ STS 328/2022, de 31 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:1366, FJ 3º.

³² Así, FGE (2020); *cit.*, p. 4.

³³ Véase, en este sentido, la STS 553/2022, de 2 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2329, FJ 2.4.

protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima» (Cueto Moreno, 2017, pp. 94-104).

Se trata, pues, de medidas dirigidas a evitar la comisión de nuevos delitos y a impedir que el obligado atente contra bienes jurídicos de la víctima, en particular, cuando existe un vínculo familiar. Esta nueva naturaleza y función de las medidas de alejamiento³⁴ se subraya en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica cuando manifiesta la necesidad de llevar a cabo una acción integral y coordinada que integre las medidas cautelares penales sobre el agresor, orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, y las medidas protectoras de carácter civil y social «que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad». Por este motivo la Ley 27/2003 unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de violencia de género, permitiendo que la resolución judicial «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» (Faraldo Cabana, 2023, p. 137 por nota 9). A tal efecto, esta última Ley añadió a la LECrim el art. 544 *ter* que regula dicha orden de protección con la declarada intención de crear un estatuto integral de protección para el cumplimiento de los dos objetivos citados, impedir nuevas agresiones y articular medidas de carácter civil y social que aminoren el desamparo y la vulnerabilidad de la víctima.

En opinión de Cueto Moreno, que compartimos plenamente, este cambio de orientación «a la hora de configurar las prohibiciones de aproximación y comunicación como instrumentos de protección a las víctimas, que supuso la incorporación de fines preventivos en el ámbito procesal penal prácticamente obviados hasta entonces», hace que se les atribuya «una función no tanto punitiva como tuitiva, considerando que con ellas se trata de suplir las carencias de las que adolecía nuestro sistema procesal y penal a la hora de enfrentarse al reto que constituye la tutela de las víctimas», de modo subrayado en los supuestos de violencia doméstica o intrafamiliar y de género, en los que a menudo la persona perjudicada no busca tanto la condena de su agresor, como la evitación de ulteriores ataques (2017, p. 98). Además, las medidas de alejamiento, sin perjuicio de su función protectora de la víctima, no pierden su naturaleza de medidas restrictivas de derechos y, por ende, los presupuestos para su adopción no varían de modo que, respecto de estas medidas, rigen también «los principios de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad, proporcionalidad y necesidad», que se recogen en el art. 68 LOVG (p. 100)³⁵.

Pero, sin duda, la reparación y tutela de las víctimas es uno de los objetivos a los que ha de dirigirse el proceso penal, tal y como se desprende de la Directiva 2012/29/UE³⁶ cuya

³⁴ Téngase en cuenta que, como afirma Cueto Moreno (*op. cit.*, p. 96), la LOVG utiliza indistintamente los conceptos «medidas de protección» y «medidas cautelares», equiparándolos.

³⁵ Véase, asimismo, Moreno Catena (2012, pp. 1109-1110).

³⁶ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, 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 marco 2001/220/JAI del Consejo.

transposición al ordenamiento jurídico español se produjo por la LEVD. De conformidad con el art. 3 de esta última Ley,

toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, en su caso, de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

Por ello, es obligación de las autoridades judiciales y personas funcionarias encargadas de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos, adoptar las medidas necesarias que permitan garantizar no solo la vida de la víctima y la de sus familiares, sino también su integridad, tanto física, como psíquica, su «libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada» (art. 19 LEVD), tan habitual en materia de violencia de género.

Por su lado, el art. 7 LEVD, como parte del derecho a recibir información sobre la causa penal, exige notificar a las víctimas de violencia de género las «resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar» su seguridad [1.d)] y ello sin necesidad de que aquellas lo soliciten y salvo que manifiesten su deseo de no recibir tales notificaciones (art. 7.3 LEVD). En la misma línea, el art. 544 *ter*.9 LECrim establece que la orden de protección para las víctimas de violencia intrafamiliar que la autoridad judicial puede dictar como medida cautelar ante 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 art. 173.2 CP, implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado, sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas, así como, sobre la situación penitenciaria del presunto agresor.

La naturaleza propiamente cautelar de las prohibiciones que estamos estudiando ha sido puesta en tela de juicio por una parte de la doctrina (Moreno Catena, 2012), bajo la consideración de que las medidas cautelares, en general, tienen por objeto «la protección del interés público en la efectiva persecución y sanción de los delitos, así como de la reparación de las víctimas» (p. 1095). En cambio, las denominadas medidas de protección a las víctimas responden, a su juicio, a otro tipo de finalidades, pues con ellas no se persigue

garantizar la eficacia del proceso y de la sentencia, sino garantizar la seguridad de las víctimas de delitos que, con sus medios jurídicos privados, probablemente no tendrán capacidad suficiente para defenderse de ulteriores agresiones del autor de los hechos. Se intenta con estas medidas evitar futuros ataques a la víctima y devolverle el sentimiento de seguridad que ha sido quebrantado por el agresor (pp. 1113-1114).

Sin perjuicio de que, con carácter general, el objetivo inmediato de las medidas cautelares sea asegurar la eficacia del proceso, no puede negarse que, al menos en materia de violencia de género, la protección de las víctimas constituye también uno de los fines de la tutela cautelar en el ámbito penal (Faraldo Cabana, 2023, p. 138 por nota 11).

En definitiva, las medidas de alejamiento constituyen instrumentos de protección a las víctimas, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar y de género, «y ello tanto en su configuración como penas o medidas de seguridad, como cuando se imponen como medida cautelar o incluso como regla de conducta u obligación a la que condicionar la suspensión» (Cueto Moreno, 2017, p. 103). Como sostiene Faraldo Cabana, el resultado de toda esta legislación es un amplio abanico de medidas no privativas de libertad, aunque sí restrictivas de la misma, derechamente orientadas a proteger a las víctimas de la violencia de género (2023, pp. 138-139).

Ello tiene una directa incidencia sobre la determinación de cuál sea el bien jurídico tutelado por el art. 468.2 CP cuando castiga con pena de prisión el quebrantamiento de las penas accesorias, medidas cautelares o medidas de seguridad impuestas para la protección de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP, entre las que destacan las víctimas de la violencia de género, bien jurídico que será objeto de atención posteriormente.

3.- LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN COMO PENA ACCESORIA DE CARÁCTER IMPERATIVO

El art. 57 CP, al regular las penas accesorias, habilita a las autoridades judiciales para acordar en sus sentencias la imposición como tales de cualquiera de las medidas de alejamiento del art. 48 CP, «por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave». Claro está que, si la condena fuera a pena de prisión y se acordara alguna de las penas accesorias mencionadas, deberá lógicamente hacerse «por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave», cumpliéndose ambas, pena de prisión y penas accesorias, de forma simultánea (art. 57.1, pfo. 2º CP).

En cambio, el art. 57.2 CP torna aquella habilitación en obligación, de tal modo que la autoridad judicial debe acordar, «en todo caso», la prohibición de aproximarse a la víctima ex art. 48.2 CP, siempre que se trate de uno de los delitos que menciona el art. 57.1 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad...) cometido contra una de las personas relacionadas en el propio art. 57.2 CP, coincidentes, como ya dijimos, con las previstas en el art. 173.2 CP.

Aunque el carácter imperativo apuntado se dirige únicamente a la adopción de la prohibición de aproximarse a la víctima, ello no impide, sin embargo, que el órgano jurisdiccional imponga también otro tipo de medidas de alejamiento, singularmente, la prohibición de comunicación. Así ha tenido ocasión de confirmarlo nuestro TS en su STS 843/2021, recogiendo lo ya expresado en la anterior STS 342/2018³⁷:

Ciertamente el art. 57.2 CP solo contempla como de imposición obligatoria la prohibición de aproximación a la víctima, que es la pena contemplada en el art. 48.2

³⁷ STS 342/2018, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2018:2665, FJ 6º.

CP, pero, impuesta esta, tal y como señala el Ministerio Fiscal, y valorando asimismo la naturaleza de los hechos, se estima razonable y proporcionado, al amparo del párrafo primero del art. 57 CP, imponer igualmente la prohibición de comunicación que también acordó en su momento el Juez de lo Penal. Con ello, resulta proporcional en estos supuestos que junto a la pena de alejamiento la acusación inste la pena de prohibición de comunicación, dado que a la víctima le perturbaría tanto que el penado se le acerque físicamente, como que se comuniquen con [ella] por cualquier medio. Y más aún si los actos de acoso se han llevado a cabo por llamadas por WhatsApp o teléfono, como en este caso. Resulta un contrasentido aplicar aquí la pena de alejamiento y olvidar la de comunicación, dejando al penado que pueda reiterar actos de acoso por cualquier medio de comunicación y reviviendo la víctima de nuevo el escenario del acoso. Al menos, la pena de prohibición de comunicación le traslada al condenado el mensaje del Estado de Derecho de que no existen excusas para comunicarse con la víctima durante el periodo que se fije, durante el cual le servirá de reflexión de lo incorrecto de su conducta y de la necesidad de reparar en que la libertad de la mujer lo es para decidir con quién quiere estar y con quién no, sin tener que soportar la violencia emocional del acoso o stalking de género³⁸. Porque al fin y al cabo el acoso es violencia emocional, subyugación o coerción psicológica expresada físicamente en los actos de acoso y con el objetivo, o fin, de llegar a la psique de la víctima para que cese en su obstinación libre de no querer regresar con el acosador. Porque, en el fondo, el acoso de género se traduce en la pretensión de anular el autor el derecho de libertad de las víctimas de decidir quién es su pareja y quién no (STS 843/2021 de 4 de noviembre, ECLI:ES:TS:2021:4045, FJ 5º).

Por otra parte, el referido carácter imperativo del art. 57.2 CP se ha relacionado con el elevado número de condenas por quebrantamiento, por cuanto impide a la autoridad judicial valorar la existencia de riesgo o no para la víctima y determina la imposición de la medida también en aquellos casos en los que dicho riesgo no existe.

La doctrina critica que el automatismo de la medida tiene como consecuencia que la misma se adopta desentendiéndose por completo de la voluntad de la mujer en aquellos casos en los que esta decide reanudar la comunicación íntima e incluso la convivencia³⁹. Como afirma Lorenzo Copello, se plantea entonces un dilema que no es fácil de solucionar, ¿se da relevancia a la voluntad de la víctima y, por tanto, no se sanciona al investigado o condenado que quebrantó la orden judicial o, por el contrario, hay que penarle y forzar con ello la separación de la pareja? (2015, p. 801). En esta misma línea, Faraldo Cabana afirma que las políticas penales que ignoran la voluntad de las víctimas de la violencia de género, han ofrecido a «los movimientos feministas un cierto control sobre la respuesta estatal a la conducta violenta, al incrementar las posibilidades de que se sancione al agresor, pero a cambio de limitar el control ejercido por la mujer como individuo» (2013, p. 541).

Y no solo la doctrina se manifiesta en este sentido, también el Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ propuso en su informe de 2011, bien la simple eliminación del art. 57.2 CP, bien, subsidiariamente, su mantenimiento,

³⁸ Para una valoración crítica de la regulación del delito de *stalking* en el art. 172 *ter* CP, véase, Villacampa Estiarte, 2018, pp. 143-177. Téngase en cuenta que el art. 172. *ter* CP ha sido objeto de dos modificaciones posteriores a este trabajo, por la LOLS y por la LO 1/2023, de 28 de febrero.

³⁹ Véanse, por ejemplo, González Tascón (2023, pp. 211-212); o Pérez Rivas (2016, pp. 53 y ss.).

pero previendo un régimen de suspensión de la ejecución⁴⁰. O el Informe del OEVM de 2007 a cuyo parecer debería «estudiarse la posibilidad de valorar residenciar en el juzgador o juzgadora la facultad de ponderar en todos los supuestos las circunstancias concurrentes y, en especial, las relativas a la valoración del riesgo que aconsejaran o no la imposición de estos deberes»⁴¹.

De ahí que se abogue por eliminar el carácter imperativo del 57.2 CP, «permitiendo la imposición facultativa de la pena en función de la constatación de una situación objetiva de riesgo» (Bolea Bardon, 2023, p. 5). Lorenzo Copello sostiene que el sistema penal debería tener presente la opinión de las mujeres y ajustar su respuesta punitiva a las circunstancias y necesidades particulares de cada caso; en su opinión las «soluciones rígidas que ignoran completamente la voluntad de las implicadas suponen siempre un desprecio de su dignidad y se vuelven contra ellas al restringir injustificadamente su libertad» (2015, pp. 804-805).

Para terciar en esta discusión resulta muy oportuno comenzar subrayando, en primer lugar, que el art. 57.2 CP ha pasado el filtro de nuestro TC y del TJUE. En efecto, en la STC 60/2010, de 7 de octubre⁴², el máximo intérprete constitucional declaró la conformidad con la CE del citado precepto que establece la obligación legal, con independencia de los deseos de la víctima, de imponer la medida prevista en el art. 48.2 CP (prohibición de aproximarse a la víctima). En esta misma línea, la STJUE 583/2011, de 15 de septiembre, afirmó que

los arts. 2, 3 y 8 de la Decisión marco⁴³ deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida⁴⁴.

Sentada la constitucionalidad de la medida y su conformidad con el Derecho de la UE, hemos de insistir en que no cabe negar que el punto de partida debe situarse en el pleno respeto a la dignidad de las mujeres, a los derechos que les son inviolables y al libre desarrollo de su personalidad, como garantiza para todas las personas el art. 10.1 CE. Esto no admite discusión alguna. Pero nuestra experiencia de más de tres lustros desempeñando la asesoría jurídica del Centro de Información Municipal a las Mujeres, nos permite afirmar también que la realidad vivida por ellas cuando se enfrentan a un sistema judicial no pocas veces áspero, hostil y tantas veces revictimizador, exige por nuestra parte grandes dosis de prudencia y el despliegue de las máximas garantías de protección y asistencia y, entre ellas, la intervención de las oficinas de atención a las

⁴⁰ Citado por Faraldo Cabana (2013, p. 524); el informe ya no está accesible en la web del CGPJ.

⁴¹ OEVM (2007); «Informe Anual elaborado a partir de la propuesta del grupo de personas expertas», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2007, p. 197, NIPO: 201-07-224-1, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/informes/informe2007.htm>.

⁴² STC 60/2010, de 7 de octubre, Pleno, ECLI:ES:TC:2010:60.

⁴³ Se refiere a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

⁴⁴ STJUE 583/2011, de 15 de septiembre, Sala 4ª, Ass. C-483/09 y C-1/10, *Magatte Gueye* (As. C-483/09) y *Valentín Salmerón Sánchez* (As. C-1/10), ECLI:EU:C:2011:583, apartado 70.

víctimas (OAV) y de las unidades de valoración integral a las que corresponde el auxilio y asistencia a los órganos judiciales⁴⁵.

Aunque hemos avanzado mucho en coordinación, concienciación y formación por parte de los colectivos profesionales del ámbito jurídico, resulta ineludible seguir ahondando en ello, tal y como exige el PEVG⁴⁶, pues la falta de perspectiva de género y los mandatos patriarcales se cuelan por cualquier rendija o espacio en numerosas resoluciones judiciales, vestidos o disfrazados de discrecionalidad. Por este motivo, entre otros, necesitábamos la LOVG, un sistema penal que atienda prioritariamente a la violencia sistemática por razón de género y un sistema judicial que juzgue con perspectiva de género. Sin que ello pueda llegar a justificar la eliminación de las garantías que nuestro Estado social y democrático de Derecho no puede en ningún caso permitir. Como afirma Lloria García «la perspectiva de género es un elemento más de la interpretación normativa, que debe ser tomada en cuenta por parte de los operadores jurídicos para eliminar la proyección de los roles y los estereotipos en la aplicación de la norma, pero no para eliminar las garantías». Se trata, pues, de «realizar una correcta interpretación de las normas atendiendo a la necesidad de no revictimizar, de creer a la víctima, pero no de que ello conduzca a la creación de derechos penales de excepción» (Lloria García, 2020b, pp. 342-343).

En todo caso, debe subrayarse que cuesta imaginar que, si los hechos enjuiciados merecen un reproche penal y, por tanto, se impone una pena por motivo de violencia de género, esta condena no lleve aparejada la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima. A nuestro parecer tener un sistema legal y judicial que nos proteja no nos convierte en menores de edad, ni restringe de modo injustificado nuestra libertad, antes bien, es la falta o insuficiencia de dicho sistema la que nos hace invisibles y permite que se menoscaben nuestros derechos de modo poco menos que sistemático.

III.- ASPECTOS NUCLEARES DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO

1.- FORMULACIÓN DEL DELITO

⁴⁵ Véase, Consejo Médico Forense (2020); «Protocolo de valoración forense urgente del riesgo de violencia de género», Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 1-62, [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Protocolo-de-valoracion-forense-urgente-del-riesgo-de-Violencia-de-Genero--2020-](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Protocolo-de-valoracion-forense-urgente-del-riesgo-de-Violencia-de-Genero--2020-.). Asimismo, FGE (2023, *cit.*, p. 651).

⁴⁶ Véase, Ministerio de Igualdad (2023); «Evaluación del PEVG. Años 2018-2022. Actuaciones de la AGE», Centro de Publicaciones, Madrid, Eje 5, p. 347 NIPO: 048-23-061-5, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/InformeEvaluacion.htm>: «Para ofrecer a las víctimas de violencia de género la mejor asistencia posible es necesario que se amplíe la formación especializada de todos los profesionales que intervienen en la prevención, protección y ayuda psicosocial a las víctimas. Es por ello ineludible seguir promoviendo la formación de todos los profesionales implicados: jueces, fiscales, equipos psicosociales, médicos forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, personal sanitario y personal docente, entre otros. La formación ha de incluir tanto las técnicas y procedimientos propios de su profesión, como las características, causas, efectos y consecuencias de la violencia sobre las mujeres. El compromiso estriba en que los contenidos formativos sean obligatorios, estén homologados por los organismos especializados y sean evaluables para todos los operadores».

Dentro del Libro II, referido a los «Delitos y sus penas», nuestro CP destina el Título XX a los denominados «Delitos contra la Administración de Justicia» entre los que se encuentra, en el Capítulo VIII, el de quebrantamiento de condena. Este Capítulo comienza precisamente con el art. 468 cuyo apartado primero castiga a los «que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia» con pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad y con pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

Pero el que más importa a nuestros efectos es el segundo apartado por cuanto recoge un tipo específico, introducido por el art. 40 LOVG, para los casos en que la persona ofendida sea una de las personas que relaciona el art. 173.2 CP atendiendo a su vinculación con el delincuente, o incluso con la víctima (Bolea Bardon, 2023, p. 5). A saber: quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con él o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; personas que por su especial vulnerabilidad están sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (el art. 57.2 CP, al que después nos referiremos, repite esta misma enumeración de modo casi literal). En estos supuestos, el art. 468.2 CP exige castigar «en todo caso» el quebrantamiento de una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad, con la pena de prisión de seis meses a un año.

2.- NATURALEZA JURÍDICA

Se cuestiona la naturaleza jurídica del tipo penal previsto en el art. 468.2 CP, es decir, si por mor de la LOVG, constituye un delito autónomo y distinto del regulado en el primer apartado, o si, por el contrario, estamos ante un mero subtipo o modalidad agravada de este. Nótese, además, que mientras el 468.1 CP alude a los que quebrantaren «su» condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, etc., esto es, la pena o medida a ellos impuesta, el 468.2 CP se refiere a los que quebrantaren «una» pena de las contempladas en el art. 48 CP o «una» medida cautelar o de seguridad. Esta diferente dicción ha llevado a alguna autora a interpretar, de un modo excesivamente literal que no podemos compartir, que las penas o medidas dirigidas a la protección de las víctimas pueden ser quebrantadas por ellas mismas, incurriendo de este modo en responsabilidad penal (Montaner Fernández, 2007, pp. 11-14; Cueto Moreno, 2017, pp. 58-59). A su vez, la interpretación conjunta de estos dos elementos, eventual consideración del delito como autónomo y distinta dicción literal de ambos apartados, podría tener consecuencias a la hora de determinar la eventual responsabilidad de la víctima en su comisión, cuestión que abordaremos en el epígrafe V.

Concordamos con la mayoría de la doctrina en que, más que un delito autónomo que, en buena técnica legislativa, hubiera requerido un artículo diferenciado, se trata de una modalidad agravada del delito de quebrantamiento de condena (Bolea Bardon, 2023, p. 5; Faraldo Cabana, 2013, p. 528), de tal modo que el art. 468 CP contiene hasta tres modalidades de un mismo delito.

3.- SOBRE EL ÁMBITO OBJETIVO DEL ART. 468.2 CP

Tras la LOVG, el art. 468.2 CP establece la pena de prisión no solo por el incumplimiento de una de las penas accesorias del art. 48 CP, sino también por el quebrantamiento, estando en libertad, de las medidas de alejamiento que se hayan impuesto, como medidas cautelares o de seguridad, por el auto que dicta una orden de protección, como una de las medidas de carácter penal *ex art. 544 ter.6 LECrim*⁴⁷, o por el auto en el que se ordene su adopción de conformidad con el art. 544 *bis* LECrim, autos ambos que cabe dictar en el seno de unas diligencias previas, de unas diligencias urgentes e incluso de las primeras diligencias a que se refiere el art. 13 LECrim (Faraldo Cabana, 2013, p. 516).

Ello es importante por cuanto la pena de prisión estaba reservada para el quebrantamiento de la medida impuesta como pena accesoria en sentencia firme, mientras que los quebrantamientos de medida cautelar solo podían sancionarse con pena de multa. De este modo se da amparo a la víctima en tanto se sustancia el proceso penal y se dicta la sentencia que determine con carácter definitivo las oportunas responsabilidades y consecuencias accesorias del delito (Moreno Catena, 2012, p. 1114). Nótese que, hasta la LOVG, cuando la tutela de la víctima se articulaba como medida cautelar, se encontraba en una situación real de desprotección pues su vulneración no acarreaba ni pena de prisión ni la posibilidad de acordar la prisión provisional del quebrantador.

Por tanto, subrayamos una vez más que el objeto del quebrantamiento de cualquiera de las medidas de alejamiento estudiadas puede ser una pena accesoria, una medida cautelar o una medida de seguridad previamente impuestas por la autoridad judicial para proteger a la víctima, bien al penado, bien al todavía solamente inculcado o investigado; en ambos casos como autor de uno de los delitos del art. 57.1 CP precitados.

4.- CONSECUENCIAS PENALES

En relación con las consecuencias penales que cabe derivar del delito de quebrantamiento, se discute, por entenderse desproporcionada, la plena equiparación de los efectos punitivos previstos para el quebrantamiento de una pena accesoria impuesta por sentencia firme con los del quebrantamiento de una medida cautelar o de seguridad -en ambos casos se prevé pena de prisión de seis meses a un año- (Cueto Moreno, 2017, pp. 59-61). Ello porque el art. 468.2 CP no atiende a la gravedad del delito que se imputa al inculcado o por el que ha sido condenado el autor del quebrantamiento, «que puede ir de unas simples vejaciones injustas de carácter leve a una tentativa de homicidio» (Bolea Bardon, 2023, pp. 6-7).

A nuestro parecer, sin embargo, el abanico legalmente previsto es suficiente como para permitir a la autoridad judicial dar respuesta a los riesgos concretos que en cada caso se planteen y a la distinta gravedad que eventualmente quepa atribuir a un quebrantamiento de pena accesoria frente al de medida cautelar. Y, por otro lado, entendemos que esta

⁴⁷ Téngase en cuenta que, de conformidad con el citado art. 544 *ter* LECrim, la orden de protección, además de medidas cautelares de carácter penal, puede contemplar también medidas de naturaleza civil (apartado 7), puesto que tiene como propósito declarado conferir a la víctima «un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico» (apartado 5).

igualación legal tiene todo el sentido, al menos en líneas generales, pues, desde nuestra experiencia práctica, hacer distingos o modular en función de la gravedad de la pena de origen adolece de perspectiva de género y de la atención primordial al efecto que por sí mismo provoca en la víctima el quebrantamiento. Y si esto es complejo tenerlo en cuenta para, en su caso, incrementar la pena por quebrantamiento, tampoco la pena de origen debería determinar un mayor o menor reproche penal al delito de quebrantamiento.

No resulta impertinente a nuestros efectos traer a colación aquí las palabras del TS que, aunque vertidas enjuiciando un delito continuado de agresión sexual a menor de edad, creemos que deberían tener un alcance general y aplicarse, al menos, en todos los delitos de violencia de género y, por tanto, también a los supuestos de quebrantamiento de una medida de alejamiento. Afirma la STS 695/2020, que:

en el derecho anglosajón se utiliza la Victim Impact Statements, que es una Declaración de Impacto de la Víctima como declaración escrita u oral que se presenta al tribunal antes del momento de la sentencia, y, obviamente, en el juicio oral, y tiene por objetivo, por encima de contar lo sucedido, explicar en qué medida le ha afectado o dañado a la víctima y su entorno la comisión del hecho delictivo. [...] La declaración de impacto de la víctima da a las víctimas de delitos una voz en el sistema de justicia penal. Permite a las víctimas explicar al Tribunal con la presencia del delincuente, con sus propias palabras, cómo les ha afectado el delito. Y esto tiene gran relevancia para el tribunal a la hora de tomar la decisión, analizando en ese contexto si es veraz, o no, esa declaración y, sobre todo, cómo le afectó el delito (STS 695/2020, de 16 de diciembre, ECLI:ES:TS:2020:4215, FJ 2º)⁴⁸.

En línea con este pronunciamiento, que desde aquí proponemos extender a todos los delitos de violencia contra las mujeres, nos parece de la máxima importancia que la autoridad judicial tenga en cuenta el grado de afectación que el delito de quebrantamiento provoca en las víctimas, pues no cabe descartar que en ocasiones sea incluso superior al provocado por los hechos que dieron lugar a la imposición de la medida ahora quebrantada. De ahí nuestra insistencia en la necesidad de formación rigurosa y de calidad de cuantas personas operan en el ámbito jurídico a la que ya nos hemos referido.

Además, es importante hacer notar que el art. 468.2 CP únicamente contempla la pena de prisión como castigo frente al quebrantamiento, pero no la posibilidad de imponer una nueva medida de alejamiento, prohibición de acudir a determinados lugares, o de aproximarse o de comunicarse con la víctima. Ello será particularmente necesario cuando, como observa el PEVG⁴⁹, en el momento de dictarse la sentencia de condena por el quebrantamiento, no esté ya en vigor la medida cautelar, la medida de seguridad o la pena accesoria en su día quebrantada. En consecuencia, en línea con el PEVG, proponemos de *lege ferenda* reformar los art. 57 y 468.2 CP para permitir, en el caso de comisión de un delito de quebrantamiento, imponer nuevas medidas de alejamiento del mismo o distinto tipo o extender en el tiempo las ya vigentes. Es cierto que el art. 83 CP condiciona la suspensión de la pena de prisión al cumplimiento de determinadas reglas, entre ellas, no aproximarse ni comunicar con la víctima o sus familiares, pero esto no es una medida de alejamiento en sentido estricto.

⁴⁸ Igualmente, OVDG (2022, pp. 32-33).

⁴⁹ Véase, Ministerio de Igualdad (2023, *cit.*, pp. 256-257).

5.- ÁMBITO SUBJETIVO DEL QUEBRANTAMIENTO

A) El sujeto activo

La doctrina mayoritaria concluye que la autoría del delito de quebrantamiento solo puede corresponder a la persona que, estando sometida a la pena, medida cautelar o medida de seguridad que impone alguna de las prohibiciones del art. 48 CP, la incumple. Como afirma Valeije Álvarez, para ser sujeto activo del delito de quebrantamiento es preciso que concurra «una determinada cualidad personal: que el autor esté sometido judicialmente a la instrucción (arts. 13, 544 *bis* y 544 *ter* LECrim) o a la ejecución de una sentencia de una de las medidas restrictivas impuestas en el art. 48» (2006, p. 350).

La interpretación literal del art. 468 CP avala esta afirmación, sin que la diferente dicción ya reseñada del apartado 1, que habla de quebrantar «su» condena o medida cautelar (por tanto, solo puede incumplir la medida la persona a la que se le ha impuesto), por comparación con el 2 que dice «una» condena, etc., pueda servir a nuestro juicio para sostener que, en este segundo caso que es el que nos ocupa, la víctima en cuyo beneficio se adopta la medida de alejamiento pueda ser considerada en algún supuesto como autora del delito de quebrantamiento de una prohibición que no se le ha impuesto. No es posible, a nuestro juicio, extraer consecuencia alguna de la referida distinta dicción, que nos parece de todo punto irrelevante, y mucho menos al punto de determinar una consecuencia tan contradictoria a la par que injusta como la mencionada. Ni que decir tiene que la más mínima aplicación de una perspectiva de género despejaría cualquier atisbo de duda al respecto.

Estamos, pues, ante un delito especial propio en el que el autor solo puede serlo quien se encuentre legalmente obligado a cumplir la medida de alejamiento previamente impuesta⁵⁰.

Añádase a ello que la participación del sujeto activo requiere dolo, pues no son punibles las conductas imprudentes. Qué significa actuar con dolo en este concreto delito de quebrantamiento nos lo aclara la jurisprudencia del TS: es preciso que el sujeto tenga conocimiento de la existencia de la prohibición que sobre él pesa y de su vigencia en el momento de cometer el quebrantamiento. En efecto, afirma la STS 12/2022 que

para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del art. 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 con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados (STS 12/2022, de 12 de enero, ECLI:ES:TS:2022:12, FJ 4º).

En la misma línea, la STS 584/2021 aclara «que la conducta será dolosa y será suficiente para colmar las exigencias del tipo subjetivo del delito cuando el autor conoce el mandato judicial y quiere incumplirlo»⁵¹. Por su parte, la STS 691/2018 precisa que el delito de

⁵⁰ Véanse, en este mismo orden de ideas, por ejemplo, Valeije Álvarez (2006, p. 350); o Pérez Rivas, (2016, p. 48).

⁵¹ STS 584/2021, de 1 de julio, ECLI:ES:TS:2021:2743, FJ 1º.

quebrantamiento de condena o medida cautelar del art. 468 CP requiere, como tipo subjetivo,

que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone. Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple.

Es más, como hace notar la citada STS 553/2022, otra interpretación del tipo del art. 468.2 CP sería contraria a la finalidad de la norma, «proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida» (STS 691/2018, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4361, FJ 2º.4).

Es suficiente, pues, que concurra un dolo genérico (Cueto Moreno, 2017, pp. 163 y 373), es decir, que el sujeto sepa que su conducta vulnera el mandato judicial y aun así la lleve a cabo. Es irrelevante si tiene o no intención de vulnerarla, pues el delito de quebrantamiento no requiere de un específico ánimo de desatender la resolución judicial (STS 664/2018, *cit.*, FJ 3º).

Quedan así deslindados los conceptos de dolo y móvil del delito. El dolo se completa cuando el autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, con independencia de cuáles sean las motivaciones que le llevarán a actuar como lo hizo. Si conoce la prohibición y a pesar de ello se acerca a la víctima, hay dolo de quebrantarla, con total independencia de las intenciones del autor que no forman parte del tipo penal del art. 468.2 CP (Faraldo Cabana, 2013, p. 529).

El dolo, sostiene la STS 12/2022:

*no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato». El art. 468.2 CP únicamente exige el primero de ellos. En consecuencia, «los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. Carece de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, o por un fin altruista, o de odio, venganza o envidia e incluso por motivos socialmente valiosos como la solidaridad, la amistad o el amor (STS 12/2022, *cit.*, FJ 4º).*

Por tanto, no es posible negar la comisión del delito de quebrantamiento con base en que la intención del autor fue únicamente ver a sus hijas o hijos.

Un último matiz en relación con la exigencia de conocimiento por el autor del mandato judicial que ha de ser puesto de manifiesto es que, como afirma la STS 567/2020, no se requiere como elemento del delito ningún requerimiento previo, basta con la notificación de la prohibición impuesta.

En la jurisprudencia de la Sala no se exige como elemento del delito la existencia de un requerimiento previo con apercibimiento de incurrir en responsabilidad criminal, ni tampoco una comunicación de la fecha en la que comienza a ser efectiva la prohibición, lo cual resulta lógico si se entiende que, tratándose de una medida cautelar, debe entrar en vigor desde el mismo momento en que se notifica, al obligado

por la misma, la resolución en la que se acuerda (STS 567/2020, de 30 de octubre, ECLI:ES:TS:3649, FJ 1º.2).

Por otra parte, el precepto no contempla la hipótesis de que el autor del quebrantamiento de una medida cautelar pueda haber sido absuelto del delito de violencia de género por el que se impuso dicha medida (Bolea Bardon, 2023, p. 6)⁵². El problema se ha planteado en no pocas ocasiones, en varias de las cuales el conflicto ha llegado incluso hasta el TC en amparo.

Así, la STC 16/2012, de 13 de marzo, se enfrenta con un recurso de amparo formulado contra la sentencia que confirmó la condena impuesta al recurrente por un delito de quebrantamiento de medida cautelar al estimar probado que tenía vigente una prohibición de aproximación a una distancia de cien metros de su expareja, con prohibición de comunicarse con ella. Con anterioridad a esta condena por quebrantamiento se había dictado sentencia absolutoria en primera instancia en la causa origen de la imposición de las medidas cautelares, pero sin contener pronunciamiento sobre el mantenimiento de la orden de alejamiento. Sin esperar a la firmeza de la sentencia absolutoria, ni a que la medida cautelar fuera dejada expresamente sin efecto, el recurrente se presentó en el lugar de trabajo de su expareja amenazándola verbalmente. La Audiencia Provincial, al confirmar la condena por quebrantamiento de medida cautelar, entendió que esta no había sido dejada sin efecto, pues «aunque en la Sentencia de primera instancia, no se hiciera constar que subsistía, debe entenderse que existía», a lo que añadió que «el procedimiento todavía no concluye, pues termina cuando el pronunciamiento deviene firme...» y la sentencia absolutoria aún no lo era.

El TC estima, sin embargo, que el art. 468 CP debe ponerse en conexión con el art. 69 LOVG a cuyo tenor las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas «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». Como puede observarse, se hace depender el mantenimiento de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género a que ello se haga constar de forma expresa en la sentencia definitiva, lo que a juicio del TC requiere «un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida» (FJ 5º).

Pues bien, dado que bajo la expresión «las medidas de este capítulo» se incluye la medida de alejamiento impuesta al recurrente (art. 64.3 LOVG⁵³) y que por sentencia «definitiva» debe entenderse, no la sentencia firme -lo que sería contradictorio con la posibilidad de recurso a la que expresamente alude el art. 69 LOVG-, sino la sentencia dictada en la instancia, el TC sostiene (FJ 4º) que es evidente que la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar en la sentencia absolutoria conlleva la finalización de su vigencia en el momento en que la misma fue dictada. La falta de este

⁵² La autora cita dos resoluciones judiciales, ambas de la Audiencia Provincial de Madrid condenatorias por delito de quebrantamiento que niegan relevancia al hecho de quedar el acusado absuelto del delito por el que se dictó la medida de alejamiento: SSAPM 157/2013, de 21 de febrero, ECLI:ES:APM:2013:2342 y 164/2014, de 17 de febrero, ECLI:ES:APM:2014:3960, ambas firmes.

⁵³ Este precepto autoriza al órgano judicial a «prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella».

pronunciamiento determina el decaimiento de la referida medida de protección y, por ello, su pérdida de eficacia, aunque la sentencia dictada no fuera firme y estuviera pendiente de recurso.

Concluye el TC, en términos ciertamente duros, que la argumentación utilizada por los órganos judiciales intervinientes, al conectar falta de firmeza de la sentencia absolutoria y mantenimiento de la medida de protección, «resulta irrazonable al quebrantar el contenido del citado art. 69, siendo una interpretación inaceptable desde la perspectiva constitucional». Se otorga, pues, el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Posteriormente, el mismo Tribunal en su STC 78/2021, de 19 de abril, otorga nuevamente el amparo a un recurrente condenado por el delito previsto en el art. 468.2 CP. El supuesto es similar al anterior, medida cautelar de prohibición de aproximación a menos de trescientos metros y de comunicarse por cualquier medio con la víctima de malos tratos. En esta ocasión, sin embargo, no se trata de una sentencia absolutoria, sino de un auto de sobreseimiento provisional (dictado el 4 de agosto de 2015) que tampoco se pronuncia sobre el mantenimiento de la medida cautelar quebrantada⁵⁴, si bien el 11 de noviembre se dicta auto dejando sin efecto las medidas cautelares. La pareja reanudó la convivencia de septiembre de 2015 a enero de 2016. La decisión de sobreseimiento, sostiene el TC, determinó necesariamente que la presunta infracción penal que justificó la orden de protección, «se tuviera por no acreditada, de manera que, al no constar la comisión de delito alguno que perseguir, tampoco existía víctima del delito a la que proteger mediante el mantenimiento de la referida orden» (FJ 6º). Y nos recuerda su doctrina sobre el sobreseimiento conforme a la cual

por su propia naturaleza no puede jurídicamente afectar a la presunción de inocencia y, en consecuencia, el sobreseído ha de ser tenido como inocente a todos los efectos, incluido por supuesto el ejercicio de sus derechos dado que no se ha producido una decisión condenatoria en forma de sentencia (STC 34/1983, de 6 de mayo, FJ 4).

Toda vez que la medida cautelar ha de entenderse decaída desde el dictado del auto de sobreseimiento -y no desde el posterior auto que dejó sin efecto las medidas-, no concurre uno de los elementos del tipo penal, la propia existencia y vigencia de la orden de protección

B) El sujeto pasivo

Por lo que al sujeto pasivo del delito de quebrantamiento se refiere, además del Estado como titular y responsable del correcto funcionamiento de la administración de justicia, lo es también la víctima para cuya protección se dictó la medida de alejamiento ahora quebrantada, que habrá de serlo alguna de las previstas en la relación que contiene el art. 173.2 CP como ya nos consta (Cueto Moreno, 2017, pp. 123-124)⁵⁵. En este último aspecto, llama la atención el hecho de que, a pesar de que la reforma del art. 468.2 CP se introdujo por la LOVG con el objetivo declarado de ofrecer una protección integral a las

⁵⁴ El sobreseimiento se fundamenta en la propia declaración de la mujer que «insiste en negar [...] haber sufrido cualquier agresión física por el denunciado, desacreditando las voces que afirman lo contrario». En febrero de 2016 la víctima vuelve a denunciar malos tratos.

⁵⁵ En contra, Pérez Rivas (2016, p. 41), para quien el sujeto pasivo del delito es la Administración del Estado y no la persona protegida por la prohibición.

mujeres víctimas de la violencia de género, no se determina por referencia al art. 1 de la propia LOVG, precepto que hemos criticado por reduccionista e insuficiente al contemplar únicamente la violencia en las relaciones de pareja o expareja, sino por remisión al más amplio art. 173.2 CP, desbordando así el ámbito propio de la violencia de género. Vemos aquí un ejemplo más de cómo la LOVG se aparta del que debería ser su verdadero y principal objeto, la violencia contra las mujeres, desdibujándolo. En efecto, la ampliación del ámbito subjetivo de la LOVG por mor de la mencionada remisión al art. 173.2 CP, hace que su objeto pase a ser la violencia intrafamiliar y abarque incluso a la ejercida contra el resto del núcleo de convivencia, cuando no debería ser ese el objeto de la LOVG sino la protección de todas las mujeres, con independencia de su condición o no de madres o esposas.

Finalmente, el art. 468.2 CP no se pronuncia sobre las posibles consecuencias que puedan derivarse de la eventual participación de la víctima en el quebrantamiento, argumento que será objeto de un posterior análisis en este trabajo.

6.- EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTE DELITO

Como resultado de la comentada ubicación sistemática del art. 468.2 CP entre los delitos contra la administración de justicia, la competencia para conocer de los procesos en los que se dirime la responsabilidad penal por este tipo de quebrantamiento no se radicó inicialmente en los JVM creados en 2004 por la LOVG -arts. 43 y ss.- (Moreno Trapiello, 2017, p. 4).

Hubo que esperar once años para que, por fin, mediante la LO 7/2015 se modificara la LOPJ para atribuir a estos JVM la competencia para instruir los procesos sobre responsabilidad penal por este delito siempre que:

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 [art. 87 ter.1.g) LOPJ].

La justificación de este nuevo modelo, que concentra competencias de naturaleza penal y civil en estos nuevos juzgados especializados, descansa sobre dos premisas. La primera nos la ofrece la propia LOVG en su art. 2 al enumerar los principios rectores o fines que forman parte del conjunto integral de medidas que la Ley articula y entre ellos, el de «j) Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas» (pp. 20-21). Especialización que, debemos insistir una vez más, ha de entenderse como exigencia de profesionalización de cuantas personas intervienen en la administración de justicia, de modo que la misma se haga siempre con perspectiva de género. La segunda premisa es la búsqueda de un tratamiento conjunto de los aspectos penales y civiles concernidos en la violencia contra

las mujeres en un único órgano judicial «a fin de evitar a las víctimas el peregrinaje por distintos Juzgados»⁵⁶.

Sentada la competencia de los JVM para conocer de este tipo de delitos, la pregunta a desentrañar es la relativa a cuál de ellos corresponde dicho conocimiento; en otros términos, cómo se determina la competencia territorial. La regla principal en este aspecto la establece el art. 15 *bis* LECrim, incorporado también por la LOVG (art. 59), que la atribuye al JVM que corresponda según el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del art. 13 LECrim, que pudiera adoptar el juzgado del lugar de comisión de los hechos. No se atiende, pues, como sería regla general, al lugar de comisión del delito con el objetivo, en palabras del TS, «de favorecer la situación procesal de la víctima en su relación con el órgano jurisdiccional»⁵⁷.

La determinación de la competencia territorial en atención al domicilio de la víctima, constituye, como afirma la FGE, una excepción a las normas generales del *forum delicti comissi* derivada del principio de protección integral de la mujer que informa toda la LOVG, con la finalidad:

de allanar al máximo la denuncia o la solicitud de medidas por quien las necesite, facilitando a la víctima el acceso a la tutela prevista en la Ley mediante el acercamiento del órgano competente. Gráficamente se ha dicho que con tal medida se pretende acercar la Administración de Justicia a las necesidades de la víctima en lugar de invitar a la víctima a acercarse a la Administración de Justicia (FGE, 2005, cit., pp. 34-35).

Pero el art. 15 *bis* LECrim no aclara qué deba entenderse por domicilio de la víctima ante un cambio de residencia, tantas veces provocado como consecuencia de las conductas delictivas de que son objeto⁵⁸. En esta cuestión terció el TS en 2006 mediante Acuerdo del Pleno y lo hizo a favor del domicilio de la víctima en el momento de cometerse los hechos punibles⁵⁹. En líneas generales, esta es la solución que sin duda mejor responde al derecho fundamental garantizado por el art. 24.2 CE del fuero predeterminado por la ley, que impide que la competencia jurisdiccional pueda quedar a la decisión, directa o indirecta vía cambio de domicilio o cualquier otra fórmula, de las partes, en este caso, de la denunciante por cuanto la LOVG ha fijado dicho fuero en atención al domicilio de la víctima.

⁵⁶ Véase, FGE (2005, *cit.*, pp. 20-21).

⁵⁷ ATS 9292/2015, de 28 de octubre, ECLI:ES:TS:2015:9292A, FJ 2º.

⁵⁸ A modo de ejemplo, puede verse el ATS14051/2019, de 27 de noviembre, ECLI:ES:TS:14051A, supuesto en el que los cambios de domicilio tuvieron lugar como consecuencia de estar la víctima internada en diversos centros bajo la tutela de la Dirección General de la Familia de la Comunidad de Madrid.

⁵⁹ Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 31 de enero de 2006; documento accesible en https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=d742356a1e870310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=3e14bf98e6ec8510VgnVCM100006f48ac0aRCRD&vgnnextfimt=default&vgnnextlocale=es&lang_chosen=es.

En definitiva, el quebrantamiento de condena, medida cautelar o medida de seguridad, a día de hoy es siempre competencia del JVM del lugar donde radica el domicilio habitual de la víctima al tiempo de cometerse los hechos, es decir, el quebrantamiento⁶⁰.

Con todo, y atendiendo a la protección integral que la LOVG dice tener como objetivo, la práctica demuestra que no son pocos los supuestos en los que la víctima, tras varias denuncias y con orden de alejamiento, decide cambiar su domicilio, o refugiarse en un centro o recurso de acogida, como único medio de encontrar la paz y la tranquilidad perdidas. En estos casos que el agresor no conozca el nuevo domicilio puede ser incluso cuestión de vida o muerte. Pongamos como ejemplo que tras el cambio de residencia el victimario comienza a enviarle repetidamente mensajes por distintos medios telemáticos o tecnológicos, provocándole el consiguiente desasosiego y temor, lo que además supone el quebrantamiento de la prohibición de comunicación que pesa sobre él. Si ella decide denunciarle deberá hacerlo en el JVM que corresponda al lugar de su nuevo domicilio que de inmediato será conocido por su agresor. ¿Qué solución cabe dar a estos casos nada infrecuentes? ¿Le decimos a la víctima que no denuncie, que cambie de móvil, que cierre sus redes sociales, que renuncie a su libertad una vez más, o le aconsejamos que denuncie y ponga en peligro su propia vida pues su agresor tendrá acceso a conocer su nuevo domicilio? Ante este tipo de situaciones proponemos como solución de facto que denuncie el quebrantamiento en el juzgado de origen, donde está el procedimiento principal, el que dictó la orden de protección o de alejamiento y que lo haga su abogada en su nombre, por medio de denuncia o querrela, haciendo constar como domicilio el que dio en su día. Tendrá que ir a ratificar la denuncia, sí, pero de este modo podrá evitar desvelar su paradero. Además, siempre es realmente complejo mantener el secreto del domicilio dentro del procedimiento judicial por mucho esfuerzo que se ponga en ello, pero garantizarlo salva vidas.

La idea del TS comentada, que secunda la FGE, es sin duda acertada y cobra todo el sentido para la denuncia por violencia de género. Pero en los casos de quebrantamiento no tiene en cuenta las eventuales nuevas circunstancias de la víctima, tal y como han quedado expuestas en el párrafo anterior. Nuestra propuesta de *lege ferenda* es que la LECrim debe permitir a la denunciante elegir entre presentar la denuncia en su domicilio actual, el que tiene en el momento de producirse el quebrantamiento, o bien hacerlo donde se esté sustanciando o se haya enjuiciado el pleito de origen de la violencia. Ello en virtud de dos poderosas razones: primera, porque es la mejor manera de garantizar en estos casos la seguridad de la víctima superviviente de la violencia; y segunda, porque aquel juzgado tendrá un conocimiento más profundo de la realidad de la violencia sufrida lo que, entre otras consecuencias, permitirá evitar la revictimización de la mujer que se produciría si tuviera que «empezar de cero» en un nuevo juzgado.

7.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La ya advertida ubicación del delito de quebrantamiento del art. 468 CP entre los delitos contra la administración de justicia, ha llevado a la doctrina a afirmar que el bien jurídico

⁶⁰ ATS 9292/2015, *cit.*, FJ 2º, con cita de los AATS 186/2017, de 12 de enero, ECLI:ES:TS:2017:186A; 187/2017, de 18 de enero, ECLI:ES:TS:2017:187A; 11409/2018, de 24 de octubre, ECLI:ES:TS:2018:11409A; y 13578/2018, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:13578A. Asimismo, ATS 4066/2019, de 28 de marzo, ECLI:ES:TS:2019:4066A, FJ 2º.

que el precepto protege es el buen funcionamiento de la administración de justicia⁶¹ o, en palabras del TS, el principio de autoridad⁶². Se trata de proteger los principios de efectividad e intangibilidad de las resoluciones judiciales, la buena marcha del proceso, que el investigado, inculcado o condenado no se sustraiga a la acción de la justicia, que no la entorpezca mediante la destrucción pruebas o la coacción de testigos o de la propia víctima, etc. En este sentido se pronuncian, entre otras, Valeije Álvarez (2006, pp. 343-344) o Montaner Fernández (2007, p. 16 en nota 47).

Si bien esta interpretación del bien jurídico protegido no es muy discutida respecto al tipo del primer apartado del art. 468, no sucede lo mismo con el subtipo agravado del art. 468.2 CP. Y es que, como afirma la Exposición de Motivos de la LOVG que, como nos consta, introdujo este apartado 2, «para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos». Y el art. 1.2 de la misma afirma que las medidas de protección integral que establece tienen como finalidad prevenir, sancionar y erradicar la violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijas e hijos menores y a las y los menores bajo su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

De ahí se seguiría, entre otras consecuencias, que el tipo del art. 468.2 CP tiene un carácter específico y diferenciado respecto del previsto en el apartado 1 al estar diseñado para responder a la lógica de la protección «global y multidisciplinar» propugnada por la LOVG (Montaner Fernández, 2007, p. 9). Si bien, como ya tuvimos ocasión de exponer con anterioridad, a nuestro juicio no se trata propiamente de un tipo específico y diferenciado, sino de un mero subtipo o modalidad agravada creado con el fin, y aquí nuestra coincidencia es plena, de responder a la lógica de la protección integral buscada por la LOVG.

En cualquier caso, la consecuencia que se derivaría desde la propia finalidad de la LOVG en relación con el bien jurídico protegido por el art. 468.2 CP, sería que este vendría formado, además de por la protección del buen funcionamiento de la administración de justicia como corolario de su ubicación sistemática, por la protección e indemnidad de las víctimas de la violencia de género. Estaríamos, por tanto, ante un delito de carácter «pluriofensivo» (Bolea Bardon, 2023, p. 10; Cueto Moreno, 2017, pp. 118-119).

Ello explicaría, entre otros extremos, el hecho de la igualación, ya analizada, de la pena prevista para los supuestos de quebrantamiento de una medida cautelar o medida de seguridad con los referidos al incumplimiento de una pena accesoria⁶³.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido variando su posición para mostrar una marcada tendencia a manifestarse favorable a la consideración de este tipo delictivo como pluriofensivo.

⁶¹ Por todos, Muñoz Conde (2017, pp. 830-831).

⁶² STS 755/2009, de 13 de julio, ECLI:ES:TS:2009:4716, FJ 7º.

⁶³ Refiere la SAPM 9/2016, de 18 de enero, Sección 29, ECLI:ES:APM:2016:635, FJ 1º, que ello «explicaría el hecho de que la pena prevista para este supuesto sea tan grave (incluso en los casos de quebrantamiento de una medida cautelar) como la prevista en el primer apartado para los casos de quebrantamiento de condena, medida o prisión estando en situación de privación de libertad. Lo que llevaría a concluir que la víctima objeto de protección con la medida o pena quebrantada es la perjudicada u ofendida por el quebrantamiento de dicha pena o medida».

Así partimos de resoluciones que parecen favorables a limitar el bien jurídico protegido al adecuado funcionamiento del sistema judicial, como, por ejemplo, la STS 803/2015, en la que, en relación con una medida cautelar, subraya contundente 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»⁶⁴. Sin embargo, cada vez son más abundantes las resoluciones del Alto Tribunal en las que se afirma el referido carácter pluriofensivo. En este sentido, la STS 214/2022 refiere que el bien jurídico protegido

es la efectividad y el acatamiento de las resoluciones judiciales, pero en el supuesto como el presente en el que se imputa el incumplimiento de medidas de prohibición de comunicación o de acercamiento, al mismo tiempo se están tutelando los intereses de la parte que se ve beneficiada o protegida por la medida quebrantada, en tanto que persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas. Se configura de esta forma como un delito pluriofensivo en el que, de un lado, se sigue protegiendo la Administración de Justicia. De otro lado tutela la indemnidad de la víctima de un delito preexistente cometido sobre alguna de las personas comprendidas en el art 173.2 CP (STS 214/2022, de 9 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:922, FJ 3º).

Ideas que el TS repite de modo literal en su más reciente STS 600/2023, si bien en un supuesto que no es de violencia de género, sino de violencia entre hombres⁶⁵.

La STS 846/2017⁶⁶, por su parte, pone la atención en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de futuros males adicionales.

Sin perjuicio de todo ello, y, por ende, sin negar dicho carácter pluriofensivo, puesto que indudablemente las medidas de alejamiento se adoptan por razones de seguridad en beneficio de la víctima y para la protección de su vida y de su integridad física, debemos subrayar que el bien jurídico directamente protegido por el delito es el principio de autoridad. Así lo destaca la citada STS 584/2021 para la que el incumplimiento de una orden judicial «atenta contra el correcto funcionamiento de la administración de justicia y conlleva una vulneración de la obligación, establecida en el art. 118 CE, de cumplir las sentencias y resoluciones de los juzgados y tribunales» (FJ 3º). Mientras tanto, la STS 661/2020⁶⁷ matiza que el bien jurídico protegido «de forma primordial» es la efectividad de determinadas resoluciones de la autoridad judicial y, si bien admite que tiene «un carácter dual», dado que también persigue prevenir situaciones de peligro para las víctimas, esto no desnaturaliza aquel carácter.

Como ya se ha podido observar, la relevancia de la determinación del bien jurídico protegido va más allá de una simple discusión doctrinal puesto que, como analizaremos más adelante, los tribunales sustentan en ello, entre otras consideraciones, la decisión de otorgar o negar responsabilidad penal a la víctima de violencia de género que consiente en el quebrantamiento.

⁶⁴ STS 803/2015, de 9 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5785, FJ: 6º.

⁶⁵ STS 600/2023, de 13 de julio, ECLI:ES:TS:2023:3081 FJ 3º.

⁶⁶ STS 846/2017, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4665, FJ 2º.

⁶⁷ STS 661/2020, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2020:4439, FJ 9º. Igualmente, STS 986/2022, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2022:4840, FJ 1º.1.4.

IV.- LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN Y EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO EN VIOLENCIA DE GÉNERO

1.- DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS DE TELEDETECCIÓN

Es obvio que los mandatos judiciales consistentes en medidas de alejamiento de nada servirían sin un efectivo control de su cumplimiento real por los sujetos obligados. De ahí, por ejemplo, que el ya citado Convenio de Estambul de 2011 que, insistimos, forma parte de nuestro Derecho interno, además de exigir a los Estados parte adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los delitos que prevé, destacadamente los relacionados con la violencia de género, permite adoptar otras medidas, tales como, el seguimiento o la vigilancia de la persona condenada (art. 45). En esta misma línea, el art. 83 CP, sobre los supuestos en los que cabe suspender la ejecución de una pena privativa de libertad y sustituirla por alguna de las prohibiciones y deberes que enumera [prohibiciones de aproximación y de comunicación (art. 83.1.1ª) o de residencia (4ª)], de imposición obligatoria cuando se trata de delitos cometidos sobre la mujer por su pareja o expareja (art. 83.2 CP), determina que una vez adoptadas deben comunicarse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, «que velarán por su cumplimiento». En esta misma línea se expresa el art. 31.1 LOVG.

La cuestión estriba en cómo llevar a cabo estas obligaciones de vigilancia, de modo que se garantice el control de su permanente cumplimiento. De lo contrario, como expresa, Castro Corredoira, en lugar de alcanzar el fin preventivo buscado, «se producirá un efecto criminógeno no deseado (pudiendo el condenado merodear por las zonas de exclusión y violentar a la mujer, que podría sentir impotencia, temor, pánico...)» (2023, pp. 121-122).

Es por ello que, incluso con anterioridad a la propia LOVG, se introdujo, en concreto por la citada LO 15/2003, en el art. 48 CP un apartado cuatro que permite a la autoridad judicial acordar el control del cumplimiento de dichas medidas mediante medios electrónicos que resulten adecuados a tal fin. Con todo, la ubicación sistemática de este precepto entre las penas privativas de derechos, tiene como consecuencia que su ámbito de aplicación queda reducido a los supuestos en los que las prohibiciones de residencia y aproximación se imponen al penado en sentencia como pena accesoria, quedando al margen, por tanto, los supuestos en los que tales prohibiciones se acuerdan como medidas cautelares o como medidas de seguridad.

La limitación quedará pronto subsanada pues al año siguiente se promulgó la LOVG, cuyo art. 64.3, pfo. 2º, permite acordar la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato el incumplimiento por el inculpado de la prohibición impuesta judicialmente de aproximarse a la persona protegida en cualquier lugar donde se encuentre (domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente). El auto debe fijar la distancia mínima entre el inculpado y la víctima, distancia que no podrá rebasarse, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

Como afirma la FGE⁶⁸, estos medios electrónicos o instrumentos con tecnología adecuada contribuyen tanto a mejorar la seguridad y protección de las víctimas, como a la verificación del cumplimiento de las prohibiciones de aproximación impuestas en las resoluciones judiciales; proporcionan, a su vez, información actualizada y permanente

⁶⁸ FGE (2011); «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», p. 33.

sobre cualquier incidencia que se produzca tanto en el funcionamiento del sistema, como en el cumplimiento de la prohibición; y constituyen una muy valiosa prueba documental de cargo.

De modo análogo, la ya mencionada «Guía de buenas prácticas para la Toma de Declaración de Víctimas de Violencia de Género», justifica la enorme utilidad de este tipo de dispositivos en los procedimientos penales, en tres motivos o consecuencias. Primero por la seguridad física que otorgan a la víctima, que podrá detectar de inmediato cualquier acercamiento de su agresor. Segundo, por el efecto disuasorio que provoca en este la alarma del dispositivo que salta en el momento mismo de producirse el incumplimiento. Y tercero, porque la información que proporciona el sistema sobre cualquier quebrantamiento constituye un medio de prueba de gran relevancia en el procedimiento penal (OVDG, 2022, pp. 71-72).

En cambio, para las prohibiciones de comunicación, así como las de acudir al lugar de comisión del delito cuando dicho lugar sea Internet⁶⁹, no contamos de momento con este tipo de mecanismos para controlar su cumplimiento, aunque ello sería más que deseable habida cuenta de la extraordinaria expansión de las posibilidades de entablar contacto, tanto a través de aplicaciones telefónicas, como informáticamente (correo electrónico, redes sociales...), cuyo control puede resultar especialmente difícil si el sujeto oculta su perfil y utiliza uno falso⁷⁰.

La doctrina concuerda en la importante utilidad de los dispositivos electrónicos de teledetección porque su incorporación a la ejecución de la pena tiene una doble finalidad: «que la víctima confíe en la respuesta penal, y que el condenado se sienta verdaderamente sometido al control formal que supone el Derecho Penal, asegurándose de este modo de forma efectiva la ejecución de las penas de alejamiento» (Cueto Moreno, 2017, p. 239).

En este sentido el documento de Evaluación del PEVG⁷¹ identifica como medida 150 un conjunto de objetivos que parecen ineludibles. Así, la mejora de la coordinación de las actuaciones y del diagnóstico del riesgo para evitar la victimización reiterada (diagnóstico que debe ser multidisciplinar), la revisión de los protocolos existentes, la optimización de los brazaletes de vigilancia electrónica, así como la formación y sensibilización de profesionales, con perspectiva de género, nos permitimos añadir una vez más.

Ciertas conductas del inculpado o investigado, como detectó la FGE en su citada Circular 6/2011, han planteado problemas en orden a su calificación penal, concretamente cuando aquel no respeta las normas de funcionamiento del dispositivo, haciéndolo ineficaz, o fractura de modo intencionado el dispositivo transmisor o brazaletes pero sin aproximarse a la víctima ni a los lugares señalados por la resolución judicial (en cuyo caso incurre en el delito de quebrantamiento). Con el fin de resolver dichos problemas, la LO 1/2015, de 30 de marzo, incorporó un tercer apartado al art. 468 CP por el que se prevé una pena de multa de seis a doce meses para quienes, habiéndoles sido impuesta una pena accesoria,

⁶⁹ Véase la STS 547/2022, *cit.*, en particular FFJJ 3.2 y 3.3. Observa, no obstante, Magro Served, que «es más fácil detectar a los autores de estos delitos de los que se jactan en su comisión en la difusión por internet, lo que permite la localización de sus autores por medio de los dispositivos con que los llevaron a cabo, con lo que se trata de un ‘delito avisado, advertido o televisado’, al autodescubrirse su autor por medio de la identificación de quién lo comete» (2019, p. 3).

⁷⁰ En este sentido, Cueto Moreno, 2017, pp. 241-242.

⁷¹ Véase Ministerio de Igualdad (2023, *cit.*, pp. 255-256).

una medida de seguridad o una medida cautelar y para el control de su cumplimiento se hubiera dispuesto algún dispositivo técnico, lleven cabo alguna de las conductas siguientes: a) inutilicen o perturben el funcionamiento normal del dispositivo; b) no lo lleve consigo; o c) omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento (por ejemplo, no cargar de propósito la batería del dispositivo, a sabiendas de que agotada esta deja de funcionar).

Así pues, estas conductas quedan ahora tipificadas como modalidad del delito de quebrantamiento, si bien en puridad no puede hablarse de un verdadero quebrantamiento de condena por cuanto los referidos mecanismos en ningún caso constituyen por sí mismos pena ni medida cautelar o medida de seguridad alguna, únicamente son instrumentos para controlar su cumplimiento (Cueto Moreno, 2017, pp. 64 y 379). Concordamos con esta autora en que estas conductas deberían haberse tipificado, no como delito de quebrantamiento, sino como constitutivas de un delito de desobediencia. De este modo sería posible no castigarlas con pena de multa cuando se comentan en el ámbito de la violencia de género, sino con la pena (alternativa a la de multa de seis a dieciocho meses) de tres meses a un año de prisión que prevé el art. 556 CP. Como observa dicha autora,

la aplicación del delito de quebrantamiento en estos casos puede comportar en última instancia un perjuicio económico para las víctimas al mermar la solvencia del obligado en orden a hacer efectivas sus responsabilidades patrimoniales en el ámbito familiar, dado que, en relación a este delito, se ha establecido únicamente una pena de multa, sin que se contemple una previsión similar a la contenida en el art. 84.2 CP, por lo que la multa se impondrá aunque entre las partes existan relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común (p. 251).

La misma autora hace notar, además, que a pesar de que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 para explicar la introducción de apartado 3 en el art. 468 CP se refiere expresamente a «los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género», el precepto no requiere como elemento del tipo que el dispositivo se haya impuesto en el ámbito de este tipo de violencia (p. 119), desdibujando una vez más el que debería ser objetivo fundamental, la lucha contra las violencias sobre las mujeres.

Por otra parte, tal y como afirma Castro Corredoira, la eficacia de este mecanismo requiere que ambas partes lo lleven. Si la víctima no lo lleva, solo se tendría conocimiento de la ubicación del agresor lo que debilita la eficacia del sistema que solo detectaría la entrada del agresor en las denominadas zonas de exclusión fijas. En cambio, «si es el agresor quien no porta el dispositivo, su eficacia es nula, al no poder garantizarse la seguridad de la víctima» (2016, pp. 58-59).

No cabe plantear que la víctima, a quien se le haya colocado un dispositivo electrónico, pueda incurrir en la conducta que describe el art. 468.3 CP, por quitarse o abandonar su dispositivo, aunque este precepto no se refiera al penado o preso. Como con todo acierto sostiene la FGE⁷², no es técnicamente posible plantear que una víctima sea autora de un delito de quebrantamiento de condena *ex art.* 468.3 CP, «ya que ella no ha sido

⁷² FGE (2020, *cit.*, pp. 8-9).

previamente condenada ni requerida a cumplir y llevar el dispositivo». El Dictamen considera consolidada la interpretación de que la víctima no puede ser autora de este delito

puesto que su derecho a la libertad no ha sido limitado y si solo el del imputado⁷³/condenado, que es quien porta el dispositivo como forma de garantizar el cumplimiento de la pena o medida cautelar de no aproximarse. [...] es preciso que exista una pena o medida cautelar impuesta a una persona para que esta pueda cometer el delito de quebrantamiento del art. 468 CP.

Como bien se observa, la regulación legal de esta materia es escasa lo que unido al hecho de que la imposición de los dispositivos afecta a derechos fundamentales, como la intimidad o la dignidad, requiere articularse, al menos en su desarrollo esencial, a través de una ley orgánica (art. 81.1 CE), cuya ausencia puede afectar a la validez de ciertas decisiones por las que se acuerda su imposición por vulnerar alguno de dichos derechos (Cueto Moreno, 2017, p. 243).

Sea como fuere, lo cierto es que la articulación del funcionamiento del control telemático de las penas y medidas de prohibición de aproximación descansa en los sucesivos Protocolos que desde el año 2009 se han venido celebrando entre diversos ministerios, el CGPJ y la FGE. El último de ellos es el reciente «Protocolo de actuación del Sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las prohibiciones de aproximación impuestas en materia de violencia de género y violencia sexual» de marzo de 2024. Con él, además de la necesaria adaptación a las últimas modificaciones legislativas y, en particular, la LOLS (modificada por LO 4/2023), se extiende su utilización no solo al control de penas y medidas cautelares de prohibición de aproximación, ya incluidas en los anteriores, sino también a las prohibiciones de aproximación impuestas como condición para la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, ex art. 83 CP, y de las que se impongan en el contexto de la libertad vigilada, ex art 106 CP.

El Sistema de seguimiento proporciona información actualizada y permanente de las incidencias que afecten al cumplimiento de las medidas, así como de las posibles incidencias, accidentales o provocadas, en el funcionamiento de los dispositivos electrónicos utilizados. Conforme se afirma en la web de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género⁷⁴, en línea con la FGE y la Guía de Buenas Prácticas mencionados, el Sistema tiene tres objetivos principales: a) hacer efectivo el derecho de la víctima a su seguridad y contribuir a su recuperación; b) documentar el posible quebrantamiento de la prohibición de aproximación gracias a la información actualizada y permanente que proporciona de todas las incidencias; c) disuadir al sujeto sometido a la medida de alejamiento.

⁷³ Téngase en cuenta que d la 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, cambió la expresión «imputado» por la de «investigado» o «encausado».

⁷⁴ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2024); «Sistema de seguimiento por medios telemáticos de las prohibiciones de aproximación impuestas en materia de violencia de género y violencia sexual», <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/recursos/dispositivosControlTelematico/home.htm>.

A tal efecto, en 2023 la AGE, y en virtud de los compromisos adquiridos por el Reino de España en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ha adjudicado la contratación del «Servicio integral del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas cautelares y penas de prohibición de aproximación en materia de violencia de género y de violencia sexual» para los años 2023 a 2026, con el objetivo de ampliar el servicio a víctimas de violencia sexual y aumentar la cuantía de dispositivos, así como mejorar su tecnología, su cobertura y lograr una menor victimización secundaria. Las tareas de instalación, monitorización y desinstalación de los dispositivos son desarrolladas por el Centro de Control de Medidas Telemáticas de Alejamiento (COMETA), encargado de relacionarse con los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. COMETA está operativo las 24 horas del día los 365 días del año.

Los dispositivos del Sistema de seguimiento están compuestos, en primer término, por el transmisor de radiofrecuencia de corto alcance (BLE) VF-OT01 que se ajusta de forma segura a la muñeca o al tobillo de la persona sometida a la medida de alejamiento por medio de una correa que detecta cualquier rotura o manipulación. El transmisor VF-OT01 se empareja con el dispositivo de Control (RSPT_01) a través de tecnología Bluetooth Low Energy (BLE), utilizada para verificar que el dispositivo de control está efectivamente siendo portado por el sujeto en todo momento. En segundo término, por un teléfono móvil inteligente RSPT_01 (DLI) que porta dicho sujeto para el control, rastreo y comunicaciones de voz, datos y SMS.

Por su parte, la víctima estará equipada con un teléfono móvil inteligente RSPT_01 (DLV) para el control, rastreo y comunicación. Una de las funciones fundamentales de este equipo es proporcionar una alerta sonora, visual y/o de vibración cuando el equipo y/o transmisor del sujeto se encuentra dentro del rango de alcance establecido por la orden de prohibición de aproximación que pesa sobre él (zona de exclusión fija o zona de exclusión móvil).

De conformidad con el Protocolo de actuación del Sistema de seguimiento vigente, cada set de dispositivos electrónicos permite que un dispositivo de una víctima pueda sincronizarse con dispositivos de varias personas investigadas, encausadas o condenadas; y viceversa, permite que un dispositivo de una persona investigada, encausada o condenada, pueda sincronizarse con dispositivos de varias víctimas. La distancia de alejamiento aconsejable para que el Sistema sea eficaz desde el punto de vista de la protección de la víctima debe ser de al menos 500 metros. Las zonas de exclusión fijas ofrecen mayor protección y causan menor victimización secundaria derivada del sistema de alertas y alarmas que las zonas de exclusión móviles (cualquier zona, distinta de la fija, donde se encuentre la víctima, de conformidad con los límites marcados por la resolución judicial como distancia a la que se le prohíbe aproximarse); por tanto, la mayor y mejor determinación de las zonas de exclusión fijas resulta determinante para la protección y bienestar de las víctimas, por lo que resulta aconsejable que los requerimientos que se efectúen a los sujetos sometidos a las medidas de alejamiento incluyan la especificación de los lugares a los que no pueda aproximarse con la mayor concreción posible, huyendo de fórmulas pretendidamente omnicomprendivas como «cualesquiera otros lugares que conocidamente frecuente» y similares.

Sería muy oportuno que, antes de fijar mediante resolución una distancia concreta, la autoridad judicial requiriera a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a quien, en su caso, corresponda, un informe de distancias para su valoración por dicha autoridad. Ello con el fin de evitar distorsiones en el funcionamiento del sistema, esto es, que salten alarmas ante aproximaciones que no tienen trascendencia penal y que dificultan o entorpecen la protección de la víctima y sobre todo su tranquilidad y recuperación, haciendo de su vida un continuo sobresalto que debe evitarse en todo caso. Añádase a ello que la ya citada STS 691/2018 sostiene «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» (FJ 2º).

En todo caso, a nuestro juicio, no debería olvidarse que un principio básico de funcionamiento del Sistema debería ser el de no estigmatizar nunca a las víctimas, así como contar con su opinión a la hora de aceptar el dispositivo, pues el foco de control y fiscalización debe situarse, en todo caso, en el agresor, tal vez mediante la puesta en marcha de otro tipo de dispositivos más y mejor actualizados como, por ejemplo, los relojes digitales, minimizando la carga sobre la víctima de modo que se permita y facilite su recuperación. Para no pocas víctimas portar el dispositivo de protección telemático constituye una fuente de ansiedad incluso mayor que la que viven por mor de su victimario, ya porque los dispositivos a menudo fallan y suenan, aunque aquel no haya incurrido en quebrantamiento alguno, ya porque el agresor los utilice de forma torticera mediante acercamientos no penalmente relevantes pero suficientes para hacer saltar la alerta provocando la intimidación de la víctima⁷⁵.

No podemos dejar de hacer siquiera una mínima mención al relevante papel que los distintos registros de carácter administrativo desempeñan en la coordinación y trabajo en red que requiere la atención y protección de las víctimas de la violencia de género. Así, en primer lugar, destaca el denominado SIRAJ, siglas que responden al Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia. El SIRAJ depende del Ministerio de Justicia, interconecta los distintos registros en la materia⁷⁶. Por otro lado, el eje central del sistema español de protección a las víctimas, VioGen, dependiente del Ministerio del Interior, es el sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género. Al propio tiempo, está previsto que el Centro COMETA se interconecte próximamente con VioGen en pos de la modernización, refuerzo y mejora del sistema de protección, dando lugar a VioGen-II⁷⁷.

Una propuesta interesante, a nuestro juicio, sería conectar y coordinar SIRAJ y VioGen. La interconexión de ambos reuniría la más amplia y actualizada información de cada caso y supondría un apoyo esencial a nivel profesional que mejoraría el sistema de protección y atención a las víctimas de violencia de género. Otro tanto podríamos decir de la conexión de estos instrumentos con el Servicio Telefónico de Atención y Protección para

⁷⁵ Para una crítica sobre los sistemas telemáticos de prevención de la violencia de género y su valoración, véase, Marugán Pintos (2022, pp. 125-130). En este mismo sentido, véase, asimismo, el diario El Mundo (2024); «Cuando la protección se vuelve contra la víctima: ‘El agresor es él, pero la que vive en libertad vigilada soy yo’», noticia del día 25 de marzo, <https://www.elmundo.es/andalucia/2024/03/25/65fff474fc6c83c1778b4572.html>

⁷⁶ <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-siraj-2>

⁷⁷ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2024/080224-grande-marlaska-viogen.aspx>

Víctimas de Violencia contra las Mujeres (ATENPRO) que recientemente ha dado un paso adelante para incorporar también la atención a las víctimas de cualquier tipo de violencia de género contemplada en el ya citado Convenio de Estambul.

Sin ánimo de extendernos en esta cuestión, por amplia y como línea futura de investigación, no queremos dejar de mencionar los últimos pasos encaminados hacia una mayor eficacia del sistema VioGen. En este sentido la Instrucción 1/2024 del Ministerio del Interior determina cómo alertar a las mujeres sobre agresores persistentes y crea la «Mesa de Evaluación y Seguimiento de los Casos Letales de Violencia de Género»⁷⁸. Y por su parte, la Instrucción 2/2024 viene a endurecer los criterios de inactivación de los casos abiertos o proroga la protección policial a través de la denominada inactivación supervisada. Asimismo, abre la posibilidad de que, si la víctima lo solicita de forma «voluntaria, manifiesta y reiterada» puedan inactivarse los casos hasta riesgo medio y sin medidas judiciales de protección vigentes. En estos casos insiste en la obligación de utilizar el «Protocolo Cero» por parte de la policía que es fundamental para procurar la atención y protección adecuada a aquellas mujeres que, si bien se detecta que están o pueden estar sufriendo violencia de género, no se deciden o se muestran reticentes a denunciar⁷⁹. La intervención policial profesional, especializada y rigurosa en estos casos es fundamental para abordarlos y, no cabe duda, de que una mejor intervención policial ayuda enormemente a la hora de aportar pruebas en los procedimientos judiciales subsiguientes, también ante el incumplimiento de las medidas de alejamiento⁸⁰.

2.- VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE REDES SOCIALES

Por red social se entiende, de conformidad con el diccionario panhispánico del español jurídico, aquel

*servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo*⁸¹.

Se trata, pues, de un espacio virtual de comunicación en el que una comunidad muy numerosa de personas pone voluntariamente en común valiosísima información personal. Pues bien, es notorio que en el último decenio las redes sociales y, más en general, las TICs, han experimentado un extraordinario avance al punto de que, por un lado, ya es difícil encontrar a alguna persona que no forme parte de una de ellas de forma más o

⁷⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/090223-protocolo-alertas-victimas-violencia-genero.aspx>

⁷⁹ <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Interior-limita-los-criterios-de-inactivacion-de-casos-en-el-Sistema-Viogen-para-prolongar-la-proteccion-de-las-victimas/>

⁸⁰ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Protocolo-Cero--Protocolo-de-primer-contacto-policial-con-victimas-de-Violencia-de-Genero-en-situacion-de-desproteccion--2021->

⁸¹ Real Academia Española (2024); *Diccionario panhispánico del español jurídico*, <https://dpej.rae.es/lema/red-social>.

menos activa, y, por otro, no parece exagerado afirmar que el número de interacciones o comunicaciones vía redes supera ya a las que se producen mediante la interacción física o presencial. Estamos, pues, ante una forma de comunicación perfectamente globalizada o universal.

Este extraordinario avance y generalización ha traído como consecuencia, casi podría decirse que inevitable, la aparición de un nuevo escenario propicio para cometer numerosos delitos, también los de violencia contra las mujeres y, más en concreto, para llevar a cabo actos de quebrantamiento de las prohibiciones de comunicación impuestas a los victimarios por las autoridades judiciales como penas accesorias, medidas cautelares o medidas de seguridad⁸².

El hecho de que crezcan los casos en que se utilizan las redes sociales como «lugares» adecuados para la comisión de delitos encuentra su razón de ser principal en la sensación de seguridad, y aún de impunidad, que produce el anonimato que permiten estos entornos virtuales⁸³. Los agresores buscan cualquier medio para seguir ejerciendo su dominación y su violencia sobre la víctima, y las TICs lo facilitan sin duda.

Como dijimos en el epígrafe II.1 de este trabajo, el art. 48.3 CP, al explicar en qué consiste la prohibición de comunicarse con la víctima (u otras personas determinadas por la autoridad judicial), afirma que impide establecer con ellas contacto «por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático». Por tanto, no ofrece duda ninguna que las redes sociales, como medios de comunicación que son, forman parte del tipo (así como del art. 544 *bis*, pfo. 2º, LECrim) y, por ende, vigente una prohibición de comunicación, cualquier interacción por esta vía constituirá un delito del art. 468.2 CP siempre que la persona a la que se dirija el mensaje sea una de las previstas en el art. 173.2 CP.

Por otra parte, se ha planteado si es preciso que la resolución judicial que impone la prohibición de comunicación haga referencia expresa a que la misma alcanza también a las redes sociales. La respuesta debe ser negativa por cuanto dicha prohibición lo es «por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático» (art. 48.3 CP) y, por ende, el quebrantamiento se producirá con independencia de que dicha mención no se recoja en la resolución. Ello sin perjuicio de que pueda estimarse conveniente con el fin de evitar posibles problemas interpretativos habida cuenta de las muy diversas formas de interacción que las redes sociales permiten⁸⁴.

En efecto, las redes sociales permiten diversos tipos de comunicaciones, tanto las que podríamos llamar directas por estar clara y directamente dirigidas a una persona concreta, como aquellas otras que, a modo de reflexiones generales sobre alguna cuestión, se ofrecen en general a la comunidad participante en la red. Se plantea entonces si este tipo de interacciones pueden subsumirse o no en el referido art. 48.3 CP. A esta cuestión ha dado respuesta la ya citada STS 553/2022 para la que es claro que a través de las redes sociales se puede infringir la prohibición de comunicación y, por ende, cometerse el delito del art. 468.2 CP. En efecto, declara la referida sentencia que el hecho de que el mensaje que quebranta la prohibición de comunicarse con la expareja se incorpore a una red social

⁸² Sobre los delitos tecnológicos, véase, Lloria García, 2020a, *in totum*.

⁸³ En este mismo sentido, FGE (2023, *cit.* p. 639).

⁸⁴ En este sentido, Gutiérrez Mayo (2018).

«que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima», no excluye la concurrencia del delito de quebrantamiento. Advierte el TS que las redes sociales no pueden servir de escudo para enviar mensajes que, amparados en la generalidad de una u otra reflexión, esconden en realidad un recordatorio a una persona que está protegida por decisión jurisdiccional.

No puede argüirse que los pensamientos o reflexiones vertidos en la red constituyen simples enunciados que no van dirigidos a nadie en particular si, una vez contextualizados, en virtud de la historia de violencia intrafamiliar o de género en que se producen, se observa que en realidad tienen como destinataria a la persona respecto de la que «existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento». En el bien entendido de que dicha persona «ha de dibujarse de forma inequívoca, sin necesidad de un esfuerzo interpretativo que convierta artificialmente un enunciado general en un mensaje concebido como vehículo para una comunicación proscrita por el órgano jurisdiccional».

Para que el quebranto de la prohibición adquiriera relevancia penal basta con que el mensaje alcance de alguna forma su objetivo, es decir, alcance a la víctima, sin importar la intencionalidad del autor. El carácter multitudinario del uso de las redes sociales y la multiplicación exponencial de su difusión, no es un obstáculo que debilite el tipo subjetivo, esto es, que impida el conocimiento de que esas palabras van a llegar a la persona protegida, antes bien, «refuerza la concurrencia del dolo. El autor sabe o se representa que ese mensaje que quebranta la prohibición puede alcanzar, por una u otra vía» a la destinataria:

De ahí que la Sala no comparta el velado reproche que se formula a la denunciante por el hecho de no ‘...haber bloqueado la comunicación con el acusado’. La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse⁸⁵.

Estas últimas palabras de nuestro TS deben subrayarse convenientemente: es el victimario, ya sea penado, investigado o encausado, el único destinatario de la prohibición, el único al que corresponde tomar las medidas necesarias para que la comunicación no se produzca; ningún reproche cabe efectuar a la víctima, pues la prohibición de comunicación no afecta en modo alguno a su derecho a formar parte de una determinada red social, ni le obliga siquiera a bloquear en ella a nadie. Y poner esto en cuestión es una forma más de revictimizar a la mujer, cuestionando su comportamiento y atribuyéndole parte de la responsabilidad sobre los hechos, desdibujando el foco de atención sobre el verdadero autor del delito, el agresor.

Por otro lado, la comunicación a través de redes sociales presenta un problema de prueba que ha sido puesto de relieve por el TS en varias ocasiones. Así la STS 754/2015⁸⁶, en relación con un diálogo mantenido a través del sistema chino «We Chat», similar a

⁸⁵ STS 553/2022, *cit.*, FJ 2.4.

⁸⁶ STS 754/2015, de 27 de noviembre, ECLI:ES:TS:2015:5421, FJ 3º.

WhatsApp, ha afirmado que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquier sistema de mensajería instantánea debe abordarse con cautela, habida cuenta de las amplias posibilidades de manipulación que tales sistemas ofrecen. Por ello, cuando las conversaciones o mensajes son aportados a la causa mediante archivos de impresión, se desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. En estos casos, salvo reconocimiento por el autor de los mensajes o prueba testifical que acredite su remisión, es preciso contar con un informe pericial que identifique el teléfono origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido de los mensajes.

Sobre las dificultades probatorias en este ámbito ha reparado también la FGE en su memoria de 2023⁸⁷. A su juicio, una prueba contundente de autoría en muchas ocasiones depende de contar con datos de identificación de usuario y tráfico de contenidos, que solo puede proporcionar la entidad prestadora de los servicios. Ello exige librar oficios a Instagram, Facebook, Google o Telegram, lo que dilata enormemente el procedimiento, por lo que, salvo en casos graves, se intenta acudir a otros medios de prueba, como las capturas de pantalla, presentación física en el juzgado del contenido de las comunicaciones, que se complementa con la declaración de la víctima y otros testimonios. La sola presentación de pantallazos de los mensajes recibidos, advierte, sin prueba pericial de su posible manipulación, aboca sentencias absolutorias. O los mensajes de audio, dado que en todos los casos en los que se ha solicitado la prueba pericial de voz, no se ha podido realizar porque la calidad no es suficiente. Especial dificultad probatoria se produce en los casos de uso de perfiles de la víctima en redes sociales mediante suplantación de la misma.

Por su parte, la STS 650/2019 aborda el caso de una llamada de teléfono a la persona con la que tenía prohibido comunicar, llamada que no fue atendida por esta, aunque sí quedó registrada y fue posible saber quién la efectuó. A la hora de interpretar el art. 48.3 CP en relación con este caso, y tras reseñar lo insatisfactorio que resultaría dejar en manos de la víctima la consumación del delito (la pena dependería de que aceptara o no la llamada), el TS afirma que a la hora de interpretar el precepto no puede prescindirse ni de su finalidad, ni del actual estado de la técnica:

En cuanto a lo primero, hemos admitido que se pretende proteger a las víctimas de determinados delitos, garantizando su seguridad y tranquilidad frente a la acción de determinadas personas, lo cual se vería comprometido mediante la mera realización de llamadas telefónicas, aunque la persona destinataria de las mismas no las atendiera. La perturbación de su tranquilidad y la amenaza a su seguridad es apreciable desde el momento en que es consciente de la existencia de la llamada efectuada por aquella otra persona a la que, en función de los hechos que se le atribuyen, se le ha impuesto una prohibición de comunicación.

Respecto del segundo aspecto, como el propio artículo ya prevé, la prohibición de establecer contacto se refiere a cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Cualquier terminal móvil, e incluso la mayoría de los de línea fija, refleja en su pantalla el número desde el que se hace la llamada, y, en caso de que no sea atendida, aparece en el registro del teléfono como llamada perdida, constando la hora y el número de procedencia. En realidad, esta es una forma de contacto escrito

⁸⁷ FGE (2023, *cit.*, pp. 639-640).

equivalente a un mensaje que se hubiera remitido a la persona destinataria de la llamada haciendo constar que esta se ha efectuado; incluso aunque tenga lugar de forma automática, ejecutada por el propio sistema, se trata de un mensaje en el que se pone en conocimiento del destinatario que se le ha efectuado una llamada desde un determinado terminal. El sistema de los terminales telefónicos, que cualquiera conoce, funciona así de forma automática proporcionando esa información. De manera que el mero hecho de llamar, cuando es posible identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación (STS 650/2019, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:4218, FJ 1º).

Así pues, el delito queda consumado con la simple realización de la llamada por quien tiene prohibida la comunicación, ya como medida cautelar, ya como pena accesoria, dirigida a la víctima, siempre que sea posible identificar la procedencia de la misma.

El incremento en el uso de las redes sociales como medio de comunicación y las múltiples posibilidades que ofrecen, supone un reto a la hora de determinar si se ha producido el quebrantamiento de la prohibición de comunicación. Podemos afirmar, con Gutiérrez Mayo (2018), que, en principio, cuando un agresor investigado o penado por violencia de género, tiene una prohibición de comunicación con su víctima y realiza una interacción a través de una red social (hace un comentario, da a «me gusta», visualiza un «estado de WhatsApp», comparte una publicación) que sabe que va a llegarle a través de un mensaje, comete un delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP. Sin que en ningún caso, insistimos, quepa imponer a esta la obligación de bloquear o eliminar el contacto del investigado o condenado, puesto que sobre la misma no pesa medida ninguna.

Como hemos visto, el mundo virtual es hoy un «lugar» más, y uno muy propicio, para la comisión de numerosos actos de violencia sobre las mujeres⁸⁸. En su análisis hay que tener siempre presente el componente de género que tiene un papel esencial y debemos abordar su problemática con esta perspectiva.

La Unión Europea está empezando a dar pasos decisivos para la toma de medidas que tienen como objetivo el fin de la violencia contra las mujeres también en este entorno. En este sentido, el Parlamento ha aprobado la Resolución de 14 de diciembre de 2021⁸⁹, entre cuyas recomendaciones cabe destacar la siguiente:

46: Pide a los Estados miembros que garanticen el acceso de todas las víctimas a los servicios de apoyo, incluido el asesoramiento jurídico y psicológico, que establezcan un protocolo claro para ayudar a las víctimas de la ciberviolencia de género y prevenir nuevos daños y situaciones de revictimización, y que garanticen a las víctimas un acceso inmediato a la justicia; destaca la necesidad de informar a las víctimas sobre los servicios de ayuda disponibles a tal efecto; pide asimismo a los Estados miembros que elaboren y difundan información accesible sobre las vías jurídicas y los servicios de apoyo disponibles para las víctimas de la ciberviolencia

⁸⁸ Véase el interesante documento Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (2022); *Políticas públicas contra la violencia de género 2022*, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

⁸⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia de género: la ciberviolencia (2020/2035(INL)), P9_TA(2021)0489.

de género y que creen mecanismos de denuncia que sean fácil e inmediatamente accesibles para las víctimas, también a través de medios digitales.

En la misma línea se halla en tramitación la Directiva sobre violencia de género⁹⁰, cuyo proyecto, ya aprobado por el Parlamento Europeo, pone especial atención en las ciberviolencias, tipificándolas como delito, incluyendo una agravante para el caso de que las víctimas sean mujeres activistas, que ocupen cargos relevantes, sean figuras públicas o periodistas.

Es cierto que en todo lo que concierne a las TICs, mundo en el que los avances tecnológicos y de todo tipo son extraordinarios y muy veloces (piénsese en la Inteligencia Artificial), la legislación va siempre a remolque, y aunque nuestro Derecho cuenta ya con mecanismos para proteger a las víctimas y condenar a los victimarios, una regulación específicamente diseñada para combatir la ciberviolencia sería útil en la lucha contra las violencias sobre las mujeres⁹¹.

V.- EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

El 25 de enero de 2008 el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS adoptó un Acuerdo que marcó un antes y un después en el tratamiento judicial de los casos en que la víctima consiente o incluso insta a su pareja o expareja a quebrantar la medida de alejamiento que le fue impuesta. El contenido de dicho Acuerdo se concretó en lo siguiente: «El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP». En otras palabras, y por lo que al objeto de este trabajo importa, en violencia de género, el consentimiento de la víctima es irrelevante a los efectos del art. 468.2 CP que ordena imponer «en todo caso» la pena de prisión de seis meses a un año a quienes quebranten una pena de las previstas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, cuando la persona ofendida sea alguna de las contempladas en el art. 173.2 CP. El delito se comete con independencia de la voluntad de la mujer de aceptar y consentir el acercamiento y, por ende, debe condenarse al quebrantador tanto si actuó contra la voluntad de la víctima, como si lo hizo con su consentimiento.

La primera pregunta que surge de inmediato versa sobre el alcance de este Acuerdo, sobre si en su virtud el consentimiento carece siempre, cualesquiera que fueren las circunstancias, de toda relevancia y bajo cualquier premisa. El propio TS parece contestar negativamente a esta cuestión en su STS 1065/2010 cuando afirma que la conclusión alcanzada por el Pleno no debe ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias del caso concreto⁹².

La STS 39/2009, al pronunciarse sobre la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la esposa para la exclusión de este delito del art. 468 CP en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido consistente en prohibición de alejamiento, nos ofrece algún detalle más sobre dicho Acuerdo:

⁹⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estrasburgo, 8.3.2022 COM(2022) 105 final 2022/0066 (COD), {SEC(2022) 150 final} - {SWD(2022) 60 final} - {SWD(2022) 61 final} {SWD(2022) 62 final} - {SWD(2022) 63 final}.

⁹¹ En la misma línea, véase, Magro Servet (2019, *in totum*).

⁹² STS 1065/2010, de 26 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:7295, FJ 2º.

El asunto fue tratado en una reunión de pleno no jurisdiccional, celebrada el pasado 25 de noviembre, en la cual, por una mayoría de 14 votos frente a 4, se acordó que ‘el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP’; todo ello en base a la idea clave de la irrelevancia en Derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé (STS 39/2009, de 29 de enero, ECLI:ES:TS:2009:421, FJ 6º.B).

Así pues, la irrelevancia del consentimiento de la víctima descansa en el hecho de que el delito contemplado en el art. 468.2 CP tiene carácter público y, por tanto, indisponible; la pena debe imponerse aunque medie el perdón de la persona ofendida por el delito.

Poco más tarde, será la STS 755/2009⁹³ la que nos ofrecerá un resumen bien certero de las cuatro razones que, a su juicio, determinan dicha irrelevancia. La primera de ellas hace referencia al bien jurídico protegido por este delito, cuestión en la que ya nos detuvimos por extenso en el epígrafe III.7 de este trabajo. La indisponibilidad deriva de que el bien jurídico protegido es el principio de autoridad; recuérdese que el quebrantamiento de condena es uno de los que el Título XX denomina «delitos contra la administración de justicia». La STS 803/2015 lo expresa con meridiana claridad:

El cumplimiento no puede reposar en el arbitrio de las personas afectadas. Frente al interés de la víctima y el agresor en reanudar la convivencia, se encuentra el interés del Estado no solo en proteger a la víctima cuando se encuentra en una situación de riesgo sino en que las resoluciones judiciales se cumplan, y sean eficaces (cit., FJ 6º).

La más reciente jurisprudencia sigue insistiendo en esta línea. Así la STS 584/2021⁹⁴ afirma que, es doctrina mayoritaria⁹⁵, que como delito contra la administración de justicia que es, se comete con independencia de la voluntad de la mujer de aceptar y consentir el acercamiento, no siendo motivo suficiente para dejar de cumplir un mandato contenido en una sentencia condenatoria el simple acuerdo entre la víctima y el acusado.

En esta misma línea se expresan tanto la FGE⁹⁶ como el PEVG. En este último se propone como medida 118, lograr la exclusión de la relevancia del consentimiento de la víctima en la valoración de los casos de quebrantamiento tanto de condena, como de medida cautelar, puesto que se trata de «un delito contra la Administración de Justicia al ser el bien jurídico protegido el buen funcionamiento de la administración de justicia y en concreto el cumplimiento de las resoluciones judiciales»⁹⁷.

Pero vimos también cómo nuestro Derecho añade al bien jurídico mencionado la protección e indemnidad de las víctimas de la violencia de género, finalidad que justifica la propia promulgación de la LOVG origen del actual art. 468.2 CP. De ahí que la STS 755/2009 matice de inmediato que, de entenderse que la razón última de la medida de

⁹³ STS 755/2009, de 13 de julio, ECLI:ES:TS:2009:4716, FJ 7º.5.

⁹⁴ STS 584/2021, *cit.*, FJ 2º. En el mismo sentido, STS 661/2020, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2020:4439, FJ 9º.

⁹⁵ La STS 661/2020, *cit.*, FJ 9º, va más allá y califica rotunda la jurisprudencia recaída tras el Acuerdo de 2008 citado, de «unívoca».

⁹⁶ FGE (2020); *cit.*, p. 3.

⁹⁷ Véase, Ministerio de Igualdad (2023); «Evaluación del PEVG. Años 2018-2022. Actuaciones de la AGE», Centro de Publicaciones, Madrid, p. 219, NIPO: 048-23-061-5, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/InformeEvaluacion.htm>.

alejamiento es la protección de la vida y la integridad corporal, tampoco es posible admitir que la víctima pueda disponer de estos bienes jurídicos. Es más, como afirma la STS 661/2020⁹⁸, la necesidad de proteger de manera efectiva a las víctimas de la violencia de género constituye hoy un «interés colectivo indisponible».

La segunda de las razones anunciadas vuelve sobre el ya mencionado carácter público del delito de quebrantamiento, que, no obstante el eventual consentimiento o perdón de la víctima, impide exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho perseguible de oficio. La tercera razón se fundamenta en que las finalidades del Derecho penal sobre violencia de género resultarían inalcanzables de permitirse a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.

Finalmente, la STS 755/2009 hace notar cómo la práctica diaria demuestra que el consentimiento se presta en un «marco intimidatorio innegable», en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza artimañas engañosas para lograr la aceptación de la otra parte, o recurre a sentimientos fingidos o a falsas promesas.

Más para la doctrina científica la duda persiste y se muestra muy crítica con la solución extrema que niega de modo absoluto y en todo caso cualquier valor al consentimiento de la víctima, puesto que ello supone, a su juicio, limitar la capacidad de autodeterminación de la mujer, su derecho al libre desarrollo de la personalidad (por todas, Lorenzo Copello, 2015, *in totum*).

Rotunda y expresamente en contra de este argumento se muestra la última STS citada, para la cual,

los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a esta 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.

Desde nuestra experiencia de más de quince años al frente de la asesoría jurídica de un centro de información municipal a las mujeres no podemos sino suscribir sin ambages este argumento de nuestro más Alto Tribunal. Ello aunque nos parezca inapropiada la referencia que realiza a unos supuestos «vaivenes afectivos», porque la violencia nada tiene que ver con los afectos; hubiera sido más correcto referirse a los múltiples sentimientos revictimizadores que padecen las víctimas, de culpa, de presión social, del entorno, de cuestionarse y ser cuestionada, no creída, sin apoyos, de sentirse sin fuerzas para salir del círculo violento que la atrapa. En cualquier caso, el argumento de la STS 755/2009 que hacemos nuestro nos lleva a mostrar nuestro desacuerdo con la crítica y reflexión final que efectúa Bolea Bardon para quien, por diversos motivos, la tesis de la irrelevancia del consentimiento de la mujer le parece inaceptable (2023, p. 17).

Esta autora parte de diferenciar el quebrantamiento de una medida de alejamiento impuesta como pena accesoria de la que se impone como medida cautelar en razón de su distinta naturaleza y centra sus argumentos en esta última. Con todo, debe señalarse que esa distinta naturaleza es negada, incluso expresamente, por el art. 468.2 CP para atribuir idéntica consecuencia penal al quebrantamiento de una pena del art. 48 CP que a una

⁹⁸ *Cit.*, FJ 9°.

medida cautelar o de seguridad «de la misma naturaleza». Sea como fuere, el primer motivo argüido por la autora se concreta en que cuando una mujer solicita una medida de alejamiento no renuncia con ello a la posibilidad de reanudar la convivencia, en virtud de los citados principios de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad. Pero la propia autora, en nota al pie comienza por reconocer que puede solicitar de la autoridad judicial el levantamiento de la medida y que ese «sería el camino correcto».

Camino que fue advertido por la STS 61/2010⁹⁹ al reconocer de forma expresa que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia, pero para ello debe primero comparecer voluntariamente ante la autoridad judicial competente para instar la consiguiente resolución «que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia». Frente a este argumento nuestra autora matiza que a pesar de no seguir dicho camino, si la víctima decide reanudar la convivencia, dicha decisión «debería tener algún tipo de relevancia a la hora de valorar la gravedad del incumplimiento».

Por nuestra parte creemos que los argumentos esgrimidos hasta el momento sobre el bien jurídico protegido y sobre la finalidad de este tipo de medidas en violencia de género, una vez más, garantizar la propia seguridad de la víctima, requieren de una solicitud expresa en sede judicial de levantamiento de la medida inicialmente acordada. Y ello dicho desde las máximas cautelas, porque la propia autora, expone como segundo motivo que debería reconocerse a la autoridad judicial la posibilidad de valorar en el caso concreto si el consentimiento prestado por la víctima lo ha sido en condiciones que permitan afirmar su validez, «teniendo especialmente en cuenta que la víctima puede minimizar erróneamente el riesgo y subestimar los episodios de violencia y una posible escalada de violencia».

El «camino» ofrecido por la STS 61/2010 no niega esta solución, al contrario es en él en el que quiere hacerse realidad. En efecto, del mismo modo que para otorgar la medida cautelar la autoridad judicial debe examinar las circunstancias del caso concreto y, en particular, la concurrencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima, también para responder a su solicitud de levantamiento de la medida y valorar la validez de su consentimiento, dicha autoridad judicial deberá realizar aquel examen, de modo que si la situación de riesgo se mantiene o el consentimiento está viciado, habrá de denegarla, sin que ello pueda interpretarse en modo alguno como una vulneración del libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

Cuando se adopta una medida de alejamiento, como medida cautelar o como pena, se hace porque a juicio de la autoridad judicial la víctima se encuentra en una situación de riesgo que hace necesaria esa protección, precisamente para contribuir en el camino de reconstrucción de esa mujer, a su autodeterminación y libre desarrollo de su personalidad, que es lo que le ha anulado, negado, su agresor. Desde el plano subjetivo, lo fundamental para tener en cuenta el criterio de la víctima es hacerlo desde el sosiego y la valoración profesional de equipos técnicos con formación en violencia sobre las mujeres que puedan apoyar que esta decisión se toma desde la libertad y sin coacciones, amenazas, miedo, etc. Acompañar a las víctimas en su toma de decisiones es fundamental para su recuperación, para salir del maltrato, de la situación de dominio, de subyugación en la que han vivido. No se trata de decidir por ellas lo que mejor les convenga, sino de estar a

⁹⁹ STS 61/2010, de 28 de enero, ECLI:ES:TS:2010:636, FJ 13.A).

su lado, apoyarlas, asesorarlas en el proceso de toma de decisiones sobre su propia vida, en su camino hacia el empoderamiento.

Pero la experiencia práctica demuestra que el problema se plantea precisamente en este momento, el de realizar dicho examen, que, a nuestro juicio, requiere de profesionales con alta cualificación en materia de violencia contra las mujeres¹⁰⁰, capaces de valorar la situación con plena perspectiva de género. Y aún cabría añadir que, en aras de un indispensable enfoque interseccional, tales profesionales deberían contar con el apoyo de intérpretes, personas facilitadoras judiciales y «herramientas como la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas, etc., para facilitar la comunicación y comprensión de las víctimas con discapacidad» (FGE, 2023, *cit.*, p. 651).

La pregunta se hace de inmediato evidente: ¿contamos con este tipo de profesionales?, ¿nuestras autoridades judiciales, jueces y juezas, están formadas para juzgar con perspectiva de género? Dejamos estas preguntas en el aire por su evidente carácter retórico.

Por tanto, mientras no contemos con la referida profesionalización con perspectiva de género, y este debe ser el máximo empeño, los bienes jurídicos que tratan de salvaguardarse con las normas examinadas quedarían claramente en entredicho, pues como reconoce la STS 1065/2010 de tanta cita,

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 esta de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección (cit., FJ 2º)¹⁰¹.

En otro orden de consideraciones, sobre la hipotética responsabilidad penal en la que pueda incurrir la víctima producto de su consentimiento más o menos activo en la comisión del delito de quebrantamiento, como ya tuvimos ocasión de analizar, la doctrina concuerda en que este es uno de los denominados delitos especiales propios¹⁰². Son aquellos en los que la infracción del deber constituye el núcleo de la conducta típica, lo que conduce derechamente a sostener que el sujeto que incumple una prohibición que le ha sido previamente impuesta infringe un deber que solo a él incumbe. En otras palabras, en el delito de quebrantamiento solo puede castigarse como autor a la persona que haya sido condenada a alguna de las penas accesorias del art. 48 CP o esté siendo investigada o inculpada y se haya dictado contra ella una medida de alejamiento de la misma naturaleza. Se trata de un quebrantamiento personal del deber de cumplir una determinada prohibición (Bolea Bardon, 2023, p. 10).

¹⁰⁰ Véase, Ministerio de Igualdad (2023); *cit.*, p. 347, donde, por un lado, se estima «ineludible seguir promoviendo la formación de todos los profesionales implicados: jueces, fiscales», etc.; y, por otro, se reconoce que la formación debe incluir «las características, causas, efectos y consecuencias de la violencia sobre las mujeres».

¹⁰¹ Este orden de ideas es reproducido literalmente por la STS 803/2015, *cit.*, FJ 6º, que finaliza citando numerosas SSTS que insisten en la misma línea.

¹⁰² Igualmente, FGE (2020); *cit.*, p. 3.

Por tanto, en ningún caso puede considerarse a la víctima como autora de este delito cualquiera que haya sido su actitud en el quebrantamiento, si ha consentido el acercamiento, si lo ha facilitado o incluso si lo ha instado. Como con todo acierto se pronuncia Faraldo Cabana,

el condenado sabe que tiene prohibido el acercamiento o la comunicación con la víctima o la persona protegida, de manera que, con independencia de quién haya tomado la iniciativa, si no se aleja del lugar o interrumpe la comunicación a mi juicio comete delito de quebrantamiento de condena, sin que pueda excusarse en el comportamiento de la otra persona, a la cual, hay que recordarlo, no se ha impuesto ninguna prohibición (2013, p. 532).

Sin perjuicio de alguna excepción en la que se ha querido ver a la víctima como inductora o cooperadora necesaria¹⁰³, la tesis ampliamente mayoritaria es, como no puede ser de otra forma, la de la impunidad de su intervención. Por un lado, porque si la prohibición pesa exclusivamente sobre el agresor y se dicta para proteger a la víctima, no es posible castigarla por incumplir una prohibición que no le ha sido impuesta en ningún momento. Por otro lado, las formas de participación en el quebrantamiento se limitan a las tipificadas en el art. 470 CP cuya aplicación en este delito no es posible, dado que no puede haber aquí ni favorecimiento a la evasión de presos, ni infidelidad en la custodia de presos, etc. (Valeije Álvarez, 2006, pp. 251-252) que no encaja en el delito de quebrantamiento objeto de nuestro trabajo.

En definitiva, no cabe otra solución que la impunidad de la víctima, porque, como con todo acierto expresa la FGE, las medidas de alejamiento, si bien repercuten obviamente en la víctima, no le obligan a nada en absoluto, o no deberían obligarle, sino que es el agresor el único destinatario de las mismas (FGE, 2020, *cit.*, p. 6). Justamente por ello la FGE concluye su dictamen afirmando rotunda que «la imputación de la víctima como responsable de un delito de quebrantamiento de condena o medida de alejamiento, carece de toda justificación legal y apoyo jurisprudencial» y, en coherencia con ello, ordena oponerse a la misma (p. 9).

Finalmente, se ha planteado si el consentimiento de la víctima puede tener alguna repercusión en la responsabilidad penal del quebrantador, modulándola o incluso excluyéndola, cuestión que habrá de examinarse caso por caso. Así, la STS 748/2018 concluye en la absolución del inculpado que ha incurrido en un error de tipo al creer que la medida ya no estaba vigente, tras haber solicitado con su pareja su levantamiento¹⁰⁴. En otras ocasiones se ha alegado la concurrencia de un error de prohibición o creencia errónea de estar actuando conforme a Derecho¹⁰⁵, argumento generalmente rechazado por el TS. También se ha alegado la idoneidad del consentimiento de la víctima para sustentar una atenuante analógica que el TS también rechaza¹⁰⁶.

Que el consentimiento de la víctima pueda modular la responsabilidad penal del agresor nos genera las mayores prevenciones porque es asunto que debe estudiarse caso por caso con las máximas cautelas. Por un lado, por las razones expuestas, de las propias dinámicas de la violencia de género y sus efectos en las víctimas. Y, por otro, para evitar cualquier

¹⁰³ Véase Pérez Rivas (2016, p. 49 y las sentencias de audiencias provinciales que cita en nota 51).

¹⁰⁴ STS 748/2018, de 14 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:398, FJ 2º.3.4.

¹⁰⁵ Sobre la distinción entre error de tipo y error de prohibición, véase, la STS 748/2018, *cit.*, FJ 2º.3.2.

¹⁰⁶ Así, STS 667/2019, de 14 de enero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:64

atisbo de sesgos de género, de la imagen de la mujer manipuladora, inductora, tentadora y el hombre incauto, que se deja hacer, imagen que arrastramos desde Eva y Adán y que toca desterrar de una vez, para impedir que siga planeando sobre las mujeres la sospecha constante de la culpa y la alargada sombra del ciprés que mencionamos al inicio.

V.- REFLEXIONES FINALES

El presente trabajo se ha ocupado del examen del delito de quebrantamiento de las medidas de alejamiento en violencia de género, su regulación legal, estudio jurisprudencial y análisis doctrinal, así como la respuesta práctica e institucional ante esta problemática.

La hipótesis de partida ha consistido en analizar la suficiencia y efectividad del tratamiento dado al quebrantamiento de condena o medida cautelar en su aplicación a los supuestos de violencias contra las mujeres, desde un punto de vista jurídico y de política criminal, poniendo el foco de atención en las víctimas para hacerlo siempre con perspectiva de género.

Es indudable que en España se han logrado avances importantes en aras de la protección y seguridad de las víctimas de la violencia de género. Pero el camino que queda por recorrer es aún grande, pues aún no hemos sido capaces de plasmar el enfoque de género de modo explícito en la LOVG, ni hemos asumido plenamente siquiera los mandatos y objetivos exigidos por el Convenio de Estambul del ya lejano 2011.

El problema de la violencia de género desborda con mucho las posibilidades que ofrece el Derecho penal. La respuesta a este fenómeno social no puede ni debe ser únicamente punitiva pues se trata de un problema cultural cuyo abordaje requiere modificar estructuras a través de la formación y la especialización, erradicando mitos y estereotipos de género. Para el feminismo, la coeducación es la principal herramienta para construir una sociedad más justa, equitativa y democrática que se articule sobre relaciones igualitarias, sin sexismo y sin los referidos estereotipos.

Debe saludarse como un gran avance el cambio de orientación ofrecido por la legislación penal a la hora configurar las medidas de alejamiento como uno de los instrumentos más avanzados en la protección a las víctimas.

Una vez realizado el análisis de los objetivos específicos planteados, se exponen a continuación las principales conclusiones que hemos alcanzado en relación con cada uno de ellos.

Primera.- Sobre el origen, naturaleza jurídica y fundamento de las medidas de alejamiento con las víctimas.

En los últimos veinte años el Estado de Derecho español se ha dotado de una profusa batería de leyes, en gran medida orgánicas dada la afección a derechos y libertades fundamentales, con el declarado propósito de poner freno a la lacra de la violencia que se dirige contra las mujeres por el mero hecho de serlo, ofreciéndoles una respuesta integral y coordinada. En esta respuesta, desde el punto de vista penal, destacan sin duda las medidas de alejamiento que, como penas accesorias, medidas cautelares o medidas de seguridad, puede la autoridad judicial imponer a los agresores.

La importancia de tales medidas se concreta en que buscan, mediante la restricción de la libertad de movimientos del agresor, distanciarlo de la víctima, de modo que esta pueda disfrutar de su hogar y entorno familiar y social y continuar con su vida autónoma, sin la presencia en ella de su agresor, quedando de este modo protegida.

Esta nueva configuración de las medidas de alejamiento como instrumentos de protección a las víctimas constituye un verdadero hito en nuestro ordenamiento al incorporar fines preventivos como objetivos primarios y esenciales. De este modo nuestro sistema procesal penal ha pasado de desempeñar una función puramente punitiva a otra tuitiva, de particular importancia en un ámbito, el de la violencia de género e intrafamiliar, en el que a menudo la víctima no busca tanto la condena de su agresor, como que desaparezca su presencia amenazadora y se eviten ulteriores ataques por su parte.

Segunda.- Nuestra doctrina de forma ampliamente mayoritaria viene criticando el hecho de que el art. 57.2 CP exija que, en todo caso, se imponga al condenado como pena accesoria la prohibición de aproximarse a la víctima. Este carácter automático e imperativo impide a la autoridad judicial valorar el riesgo y tener en cuenta la voluntad de la mujer en los casos en que esta quiera reanudar el contacto o incluso la convivencia. La rigidez de la solución supone, se dice, un desprecio a la dignidad de las mujeres al restringir injustificadamente su libertad.

No podemos estar plenamente de acuerdo con esta posición crítica. Nuestra experiencia nos dice que la realidad vivida por las mujeres cuando se enfrentan a un sistema judicial no pocas veces áspero, hostil y tantas veces revictimizador, exige por nuestra parte grandes dosis de prudencia y el despliegue de las máximas garantías de protección y asistencia.

Es necesario insistir en el enfoque de género y abandonar definitivamente una justicia patriarcal que sigue cuestionando y revictimizando a las mujeres en aras de una supuesta neutralidad que no es más que una venda machista que nos invisibiliza y permite que se vulneren nuestros derechos de modo poco menos que sistemático.

Tercera.- Nuestro ordenamiento atribuye a los quebrantamientos en violencia de género un mayor reproche penal que a los producidos en otros ámbitos, lo que resulta acertado por la esfera de relaciones en los que aquellos se producen, esto es, siempre que la persona ofendida está ligada por una relación de carácter familiar o similar con el agresor.

No se trata de un delito autónomo y distinto del previsto con carácter general, sino de una modalidad agravada del delito de quebrantamiento de condena, con el que comparte, pues, los mismos principios.

La decisión legislativa de igualar los efectos punitivos del quebrantamiento de una pena accesoria con los de una medida cautelar o de seguridad nos parece acertada por cuanto, el abanico legalmente previsto es suficiente como para permitir a la autoridad judicial dar respuesta a los riesgos concretos que en cada caso se planteen y a la distinta gravedad que eventualmente quepa atribuir a cada quebrantamiento. Además, nuestra experiencia práctica nos dice que hacer distinguos o modular en función de la gravedad de la pena de origen adolece de perspectiva de género y de la atención primordial al efecto que por sí mismo provoca en la víctima el quebrantamiento.

Todo ello, nos lleva a postular la necesaria aplicación de la técnica anglosajona de la *Victim Impact Statements*, o Declaración de Impacto de la Víctima, no solo para probar

la veracidad de la declaración de esta, sino, más importante aún, para determinar cómo le afectó el delito, el o los quebrantamientos llevados a cabo por su agresor, pues no cabe descartar que en ocasiones dicha afectación sea incluso superior a la provocada por los hechos que dieron lugar a la imposición de la medida de alejamiento incumplida. Claro está que la aplicación de esta técnica, insistimos, requiere de una formación rigurosa, de calidad e impregnada de enfoque de género.

Cuarta.- Nuestro CP solo contempla como castigo por la comisión de este delito la pena de prisión, pero no la posibilidad de imponer una nueva medida de alejamiento, lo que sería particularmente necesario cuando en el momento de dictarse la sentencia de condena por el quebrantamiento, no esté ya en vigor la medida cautelar o de seguridad o la pena accesoria en su día quebrantada.

Por ello, proponemos de *lege ferenda* reformar los art. 57 y 468.2 CP para permitir, en el caso de comisión de un delito de quebrantamiento, imponer nuevas medidas de alejamiento del mismo o distinto tipo o extender, en su caso, las ya vigentes.

Quinta.- La autoría del delito de quebrantamiento solo puede corresponder a la persona que, estando sometida a una medida de alejamiento cualquiera que sea su modalidad, la incumple. Se trata, pues, de un delito especial propio que únicamente puede cometer la persona sometida a la medida o prohibición. La víctima, en cuyo beneficio se adopta esta, no puede, en ningún caso, ser considerada como autora de este delito.

Sexta.- En el delito de quebrantamiento la participación del sujeto activo requiere dolo, no siendo punibles las conductas imprudentes. Basta, pues, con que el sujeto tenga conocimiento de la existencia de la prohibición que pesa sobre él y de su vigencia en el momento de los hechos, siendo irrelevante si tenía o no intención de incumplir la resolución judicial. Quedan así deslindados los conceptos de dolo y móvil del delito. El dolo se completa cuando el autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, con independencia de sus motivaciones. Si conoce la prohibición y a pesar de ello se acerca a la víctima, hay dolo de quebrantar, con total independencia de las intenciones o motivos del autor que son irrelevantes sean cuales fueren.

Por su parte el sujeto pasivo del delito es doble, por un lado, el Estado como titular y responsable del correcto funcionamiento de la administración de justicia y, por otro lado, la propia víctima para cuya protección se dictó la medida de alejamiento infringida.

Séptima.- La creación de los JVM, como juzgados especializados, constituyó, sin duda, un muy importante avance en la lucha contra la violencia sobre las mujeres y, si bien inicialmente el delito de quebrantamiento de las medidas de alejamiento quedó al margen de su competencia, esta anomalía fue corregida en 2015. Al objeto de atender al principio de protección integral de la víctima, la competencia territorial de los JVM no se determina por el lugar de comisión del delito, como es regla general, sino por el domicilio de la víctima. Ante eventuales cambios de domicilio, el TS concretó que ha de atenderse al que lo sea en el momento de cometerse los hechos, es decir, en el momento de producirse el quebrantamiento.

Esta solución es, en líneas generales, acertada. Sin embargo, en los casos de quebrantamiento de medidas de alejamiento las víctimas se ven obligadas a menudo a cambiar su domicilio, o a refugiarse en un centro o recurso de acogida, para escapar de su agresor. En estos casos resulta esencial que este no conozca su nuevo lugar de

residencia, objetivo que se verá frustrado si presenta denuncia por nuevos quebrantamientos (por ejemplo, vulneración de la prohibición de comunicación a través de llamadas telefónicas, envío de mensajes, etc.) atendiendo a esta regla competencial.

Como solución proponemos que se denuncie el quebrantamiento en el juzgado de origen, donde está el procedimiento principal, el que dictó la orden de protección o de alejamiento y que lo haga su abogada o abogado en su nombre, haciendo constar como domicilio el que dio en su día. Tendrá que ir a ratificar la denuncia, sí, pero de este modo podrá evitar desvelar su nuevo paradero.

De *lege ferenda* proponemos la modificación de la LECrim para permitir a la denunciante elegir entre presentar la denuncia en su domicilio actual o hacerlo donde se esté sustanciando o se haya enjuiciado el pleito de origen de la violencia. Ello en virtud de dos poderosas razones: primero, porque es la mejor manera de garantizar en estos casos la seguridad de la víctima superviviente de la violencia; y segundo, porque aquel juzgado tendrá seguro un conocimiento más profundo de la realidad de la violencia sufrida, lo que, entre otras consecuencias, permitirá evitar la revictimización de la mujer que se produciría si tuviera que «empezar de cero» en un nuevo juzgado.

Octava.- La eficacia de las medidas de alejamiento, la protección y seguridad de las víctimas de la violencia de género, requiere de mecanismos que permitan controlar su real y permanente cumplimiento por los sujetos obligados y, por ende, detectar cualquier eventual quebrantamiento. Con tal motivo, las autoridades judiciales pueden acordar el control de las medidas mediante dispositivos electrónicos o tecnológicos adecuados para ello.

Estos dispositivos contribuyen a mejorar la seguridad y protección de las víctimas, a comprobar el efectivo cumplimiento de las medidas, proporcionan información sobre cualquier eventual incidencia y constituyen, además, un medio de prueba de alto valor en el procedimiento penal.

Un importante avance en pro de la efectividad de estos dispositivos lo constituye la previsión de un castigo específico para el caso de su manipulación o destrucción. Con todo, la tipificación de estas conductas entre los delitos de quebrantamiento de condena resulta anómala por cuanto los dispositivos no son en sí mismos una medida de alejamiento, sino simplemente un instrumento para controlar su cumplimiento. Aquellas conductas deberían haberse tipificado como un delito de desobediencia, lo que, por un lado, permitiría no castigarlas con una simple pena de multa, sino con pena de prisión, y, por otro lado, haría posible evitar que la multa cause un perjuicio económico a la víctima y a las hijas e hijos que tenga en común con el agresor porque afectará al caudal familiar hasta su oportuna liquidación y, en su caso, al abono de alimentos que le corresponda.

Aunque la eficacia del sistema requiera lógicamente que ambas partes, agresor y víctima, porten el dispositivo, ello en ningún caso permite plantear que la víctima pueda incurrir en el delito de quebrantamiento por apagar o no portar el dispositivo, puesto que ella no ha sido condenada ni obligada por resolución judicial alguna a llevarlo.

Como mejora regulatoria, y teniendo en cuenta que la imposición de este tipo de dispositivos afecta a derechos fundamentales como la intimidad o la dignidad humanas, sería preciso una inicial regulación mediante ley orgánica.

Un principio básico de funcionamiento de cualquier sistema de control debería ser el de no estigmatizar nunca a las víctimas, así como contar con su opinión a la hora de aceptar el dispositivo, pues el foco de control y fiscalización debe situarse, en todo caso, en el agresor.

Se propone, además, conectar y coordinar los sistemas SIRAJ y VioGen. La interconexión de ambos reuniría la más amplia y actualizada información de cada caso y supondría un apoyo esencial a nivel profesional que mejoraría el sistema de protección y atención a las víctimas de violencia de género.

Novena.- Internet en general, y las redes sociales en particular, constituyen un nuevo escenario propicio para la comisión de numerosos delitos, también los de violencia contra las mujeres y, en particular, para la comisión de incumplimientos de prohibiciones de comunicarse con las víctimas. El tipo del delito de quebrantamiento, cuando se trata de esta prohibición, impide establecer contacto con la víctima por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, lo que incluye sin duda las redes sociales, sin que sea preciso que la resolución judicial lo haga constar expresamente.

Además, la prohibición alcanza tanto a las comunicaciones directas, aquellas que el agresor dirige de forma clara y derecha a la víctima, como a las que, con apariencia de mensajes con persona destinataria inconcreta o reflexiones generales, pero que una vez puestos en contexto se revela de modo inequívoco que en realidad tienen como destinataria a la persona concreta respecto de la que existe una prohibición de comunicación.

Décima.- Sobre el consentimiento de la víctima, su incidencia en la determinación de la responsabilidad del agresor, así como la hipotética responsabilidad penal de la víctima que consiente el quebrantamiento.

Desde que en 2008 el TS afirmara que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP, cuyo apartado 2 exige hoy imponer en todo caso pena de prisión a quienes quebranten una medida de alejamiento en violencia de género, podría pensarse que este tema quedó definitivamente zanjado. La jurisprudencia viene siendo constante en afirmar que el delito se comete con independencia de la voluntad de la mujer y, por tanto, que debe condenarse al quebrantador aunque aquella haya consentido el acercamiento.

La doctrina mayoritaria, en cambio, discrepa criticando el hecho de que se niegue de modo absoluto y en todo caso cualquier valor al consentimiento de la víctima pues, se dice, ello supone limitar su capacidad de autodeterminación y su derecho al libre desarrollo de la personalidad. No puede negarse que cuando una mujer solicita una medida de alejamiento no renuncia para siempre a la posibilidad de reanudar la convivencia. Para ello el propio TS ha señalado el camino que debe seguirse: comparecer voluntariamente ante la autoridad judicial solicitando el levantamiento de las medidas de alejamiento previamente ordenadas. Dicha autoridad judicial, tras valorar las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto aquellas, permitiendo así reanudar la comunicación y la convivencia.

La solución, al menos teóricamente, podría calificarse de impecable siempre y cuando sea posible asegurar, en el caso concreto, la validez del consentimiento, esto es, garantizar que no es producto de lo que el TS ha denominado «marco intimidatorio innegable». A

tal efecto la autoridad judicial deberá examinar con atención y sosiego las circunstancias del caso, evaluar la situación de riesgo y valorar si el consentimiento está o no viciado. Pero este examen requiere de profesionales con alta cualificación en materia de violencia contra las mujeres, capaces de realizar dicha valoración y de hacerlo con un enfoque de género. Aún con los indudables avances producidos en los últimos años, no contamos aún con la referida profesionalización que garantice que las medidas de alejamiento no se levanten por el simple hecho de que la víctima así lo solicitó.

Undécima.- La polémica, artificial por demás, sobre si la víctima que consiente de modo más o menos activo el quebrantamiento incurre por ello en alguna suerte de responsabilidad penal, ha de considerarse definitivamente zanjada.

El delito de quebrantamiento es un delito especial propio cuya característica esencial se concreta en que solo puede ser cometido por la persona sobre la que pesan las medidas de alejamiento.

En definitiva, no es posible imputar responsabilidad penal alguna por el quebrantamiento de una medida de alejamiento a la víctima a la que no le obliga a nada en absoluto.

Duodécima.- Se ha pretendido que el consentimiento de la víctima puede modular la responsabilidad penal del quebrantador arguyendo bien un error de tipo, bien un error de prohibición o incluso la aplicación de una atenuante analógica. Esta cuestión debe examinarse caso por caso y con las máximas cautelas que derivan de las propias dinámicas de la violencia de género y sus efectos sobre las víctimas, así como para evitar cualquier atisbo de sesgos de género. Una vez más el eje de atención ha de ser la protección de la víctima, de modo que se garantice a la mujer el espacio, el tiempo y la tranquilidad necesarios para que su voluntad se exprese desde la libertad y se valore su consentimiento y las circunstancias del caso concreto con estas premisas.

Decimotercera.- Del análisis de la cuestión y de la situación actual de la misma se formulan las siguientes propuestas de mejora que exponemos de forma sucinta:

- Potenciar y mejorar la formación en género, rigurosa y de calidad, dirigida a todas las personas que intervienen con víctimas de violencias de género, de modo que integren la perspectiva de género en sus análisis y decisiones en el camino hacia la equidad de género.
- Promover la aplicación de la técnica anglosajona de la Victim Impact Statements, o Declaración de Impacto de la Víctima, no solo para probar la veracidad de la declaración de esta, sino, más importante aún, para determinar cómo le afectó el delito, el o los quebrantamientos llevados a cabo por su agresor; en otras palabras, para dar voz a las víctimas en el sistema de justicia penal.
- Reformar los art. 57 y 468.2 CP para permitir, en el caso de comisión de un delito de quebrantamiento, imponer nuevas medidas de alejamiento del mismo o distinto tipo o extender, en su caso, las ya vigentes.
- Modificar el art. 1 LOVG para ampliar el ámbito subjetivo de la violencia de género de conformidad con el Convenio de Estambul, de modo que se garantice una verdadera protección integral a todas las mujeres víctimas de violencias machistas más allá de las relaciones de pareja. Asimismo, incorporar todas las violencias contra las mujeres en el art. 173.2 CP por remisión al nuevo art. 1 LOVG reformulado.

- Modificar el art. 15 *bis* LECrim, sobre determinación de la competencia territorial de los JVM, para permitir a la denunciante elegir entre presentar la denuncia en su domicilio actual o hacerlo donde se esté sustanciando o se haya enjuiciado el pleito de origen de la violencia.
- Modificar el art. 468.3 CP para tipificar como delito de desobediencia la manipulación o destrucción del dispositivo electrónico de teledetección por el sujeto al que se hubiera impuesto la obligación de portarlo.
- Regular mediante ley orgánica la afectación a derechos fundamentales de la articulación básica del control telemático de las medidas de alejamiento.
- Incorporar como mejora en el nuevo VioGen-II la interconexión del SIRAJ con el propio VioGen para reforzar el sistema de protección y atención a las víctimas.

VI.- BIBLIOGRAFIA

- BOLEA BARDON, C. (2023); «Quebrantamiento de condena y violencia de género: ¿absoluta irrelevancia del consentimiento de la mujer?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-05, pp. 1-19, ISSN: 1695-0194.
- CASTRO CORREDOIRA, M. (2023); «Incumplimiento de medidas y sanciones penales: especial referencia al valor del consentimiento de la víctima», en Villa Sieiro, S.V. (dir.), *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 97-129, ISBN: 978-84-1113-687-7.
- CASTRO CORREDOIRA, M. (2016); «La prohibición de aproximación a la víctima», en Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (dir.), *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal y procesal penal. Adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 49-63, ISBN: 978-84-9053-991-0.
- CUETO MORENO, C. (2017); *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Universidad de Granada, Tesis doctoral, ISBN: 978-84-9163-122-4.
- DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S. (2023); «La denuncia y la dispensa del deber de declarar de la mujer víctima de violencia de género con hijos menores de edad dos años después del Pacto de Estado», en Villa Sieiro, S.V. (dir.), *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 229-271, ISBN: 978-84-1113-687-7.
- FARALDO CABANA, P. (2023); «El reconocimiento mutuo de las medidas alternativas a la prisión provisional en casos de violencia de género», en Villa Sieiro, S.V. (dir.), *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 131-157, ISBN: 978-84-1113-687-7.
- FARALDO CABANA, P. (2013); «El quebrantamiento de la prohibición de aproximación impuesta como medida cautelar y como pena accesoria por delitos relacionados con la violencia de género: razones para un tratamiento distinto», en Castillejo Manzanares, R. (dir.), *Violencia de género y Justicia*, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 509-548, ISBN: 978-84-15876-01-4.

- FERNÁNDEZ FUSTES, M.D. (2016); «Protección de las víctimas de violencia de género: Especial referencia a la orden de protección», en Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (dir.), *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal y procesal penal. Adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 277-297, ISBN: 978-84-9053-991-0.
- GALLEGO ARRIBAS, D. (2023); «La prohibición de acceso a las redes sociales como consecuencia jurídica del delito. A propósito de la STS 547/2022, de 2 junio», en *Diario La Ley. Sección Doctrina* núm. 10332, pp. 1-11, ISSN: 1989-6913.
- GIMENO PRESA, M.C. (2021); «Sesgos discriminatorios en la interpretación y aplicación del Derecho», en Bonorino Ramírez, P.R., Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *Justicia, Administración y Derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 233-262, ISBN: 978-84-1345-884-7.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (2023); «Una lectura del Pacto de Estado contra la violencia de género centrada en las sanciones penales», en Villa Sieiro, S.V. (dir.), *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 177-227, ISBN: 978-84-1113-687-7.
- GUTIÉRREZ MAYO, E. (2018) «Quebrantamiento de la prohibición de comunicación a través de las redes sociales», en *El Derecho.com. Noticias jurídicas y actualidad*, Lefebvre, tribuna 4 de mayo, <https://elderecho.com/quebrantamiento-de-la-prohibicion-de-comunicacion-a-traves-de-las-redes-sociales> (última consulta 25/03/2024).
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M. (1997); *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, 2ª ed., horas y HORAS, Madrid, ISBN: 84-87715-60-5.
- LAURENZO COPELLO, P. (2015); «¿Hacen falta figuras género-específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, pp. 783-830, ISSN: 1137-7550.
- LLORIA GARCÍA, P. (2020a); «Algunas reflexiones sobre el concepto de delito tecnológico y sus características», en González Cussac, J.L., *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 499-511, ISBN: 978-84-1378-017-7.
- LLORIA GARCÍA, P. (2020b); «Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado», en *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XL, pp. 309-357, ISSN: 1137-7550, <http://dx.doi.org/10.15304/epc.40.6503>.
- MAGRO SERVET, V. (2019); «La prohibición del uso de las redes sociales como pena en los delitos cometidos por internet», en *Diario La Ley. Sección Doctrina* núm. 9449, pp. 1-8, ISSN: 1989-6913.
- MARUGÁN PINTOS, B. (2022); «Valoración de los sistemas telemáticos de prevención de la violencia de género por las profesionales que atienden a las víctimas de violencia de género», en *Sociología y Tecnociencia*, 12.1, pp. 112-135, ISSN: 1989-8487, <https://doi.org/10.24197/st.1.2022.112-135>.

- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2007); «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?», en *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho* núm. 4, pp. 1-26, ISSN-e: 1698-739X.
- MORENO CATENA, V. (2012); «La fundamentación de las medidas cautelares y de las medidas de protección en el proceso penal», en Gómez Colomer, J.L., Barona Vilar, S. y Calderón Cuadrado, M.P. (coords.), *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1093-1117, ISBN: 978-84-9004-851-1.
- MORENO TRAPIELLA, P. (2017); «Problemática sustantivo-procesal del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal», en *Diario La Ley. Sección Dossier* núm. 8968, 26 de abril, pp. 1-21, ISSN: 1989-6913.
- MUÑOZ CONDE, F. (2017); *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, ISBN: 978-84-9169-368-0.
- PÉREZ RIVAS, N. (2016); «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* vol. 11, núm. 21, pp. 34-65, ISSN: 0718-3399, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100003>.
- PILLADO GONZÁLEZ, E. (2016); «Aspectos orgánicos y competenciales de la violencia de género: Los juzgados de violencia sobre la mujer», en Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (dir.), *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal y procesal penal. Adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 220-247, ISBN: 978-84-9053-991-0.
- URBANO ÁNGEL, E. (2019); *Análisis comparativo jurisprudencial en el caso de feminicidios íntimos: estudio comparativo entre Comunidades autónomas del Estado español (2005-2014)*, Tesis doctoral, Universitat de les Illes Balears.
- VALCÁRCEL Y BERNALDO DE QUIRÓS, A. (2016); «Lectio de Doctora ‘Honoris Causa’ por la Universitat de València», pp. 2-22.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. (2006); «Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP», en *Estudios Penales y Criminológicos* núm. 26, pp. 321-353, ISSN: 1137-7550.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C. (2023); «Pacto de Estado y política criminal en materia de violencia de género», en Villa Sieiro, S.V. (dir.), *Violencia de género, justicia penal y Pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 611-655, ISBN: 978-84-1113-687-7.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2018); *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, ISBN: 978-84-9169-683-4.

