

REFORMAS LEGISLATIVAS Y NUEVAS LÍNEAS DE ACTUACIÓN

Pilar Martín Nájera

Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer.

RESUMEN.-

“EL POTENCIAL DE LAS LEYES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER NO LLEGARÁ A REALIZARSE SI NO SE APLICAN Y SE HACEN CUMPLIR EFECTIVAMENTE. LA APLICACIÓN DE LAS LEYES RESULTARÁ FORTALECIDA SI SE IMPARTE UNA CAPACITACIÓN SISTEMÁTICA EN MATERIA DE SENSIBILIDAD RESPECTO DE LAS CUESTIONES DE GÉNERO”.

En el preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se destaca "que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia". En consecuencia, los Estados Partes están obligados a coadyuvar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar "los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" . A continuación reconoce explícitamente que "las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones" y subraya que esa discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana".

La violencia sobre la mujer por razones de género en el ámbito de la pareja y expareja o aquella que sufren las mujeres en cualquier otro ámbito, sigue constituyendo una realidad injusta e injustificable y por ello rechazable, constatada a nivel nacional e internacional por las estadísticas, como por ejemplo lo que resulta del *Informe del Parlamento Europeo de 31 de enero de 2014 que contiene Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres*, expone que entre el 20 y el 25% de la población femenina en general ha sufrido actos de violencia física al menos una vez durante la vida adulta, y que más de un 10% ha sufrido violencia sexual. Y el coste anual que supone para la UE la violencia de género contra las mujeres se estima en 228 000 millones EUR en 2011 (es decir, el 1,8 % del PIB de la UE), de los cuales 45 000 millones EUR al año en servicios públicos y estatales, y 24 000 millones EUR de pérdidas de producción; A la vez que pide a los Estados miembros que califiquen jurídicamente el asesinato de mujeres por razones de género como feminicidio y desarrollen un marco jurídico para erradicarlo, además de que van surgiendo nuevas formas de violencia como la

violencia de control, la utilización de nuevas tecnologías y las redes sociales para hostigar, humillar y perseguir a las mujeres que deben ser afrontados;

Con posterioridad a la entrada en vigor de la L.O.1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y a la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, se han firmado Convenios y se han publicado Directivas en el marco de la Unión Europea que obligan a España a dar respuesta legislativa a diferentes cuestiones que afectan directamente a la violencia sobre la mujer y recomendaciones a nivel internacional que nos llevan a cuestionarnos cuál es el actual marco normativo, si nuestras leyes cumplen estos compromisos y cuál debe ser nuestra línea de actuación en el futuro, que será el objeto de mi ponencia.

INTRODUCCIÓN.-

Para encuadrar la cuestión que voy a desarrollar, es necesario hacer una referencia a las directivas y Convenciones más importantes:

1- *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, en adelante Convenio de Estambul, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que el día 18 de marzo de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014) fue ratificado por España y ha entrado en vigor en agosto de 2014.

2- La Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección, que tiene por objetivo garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado dentro de la UE.

3- 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.

4- La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de ABRIL DE 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

La acomodación de la legislación interna a estos compromisos y directrices marcadas por la UE, ha dado lugar a una batería de disposiciones legislativas publicadas el año pasado que contemplan una serie de modificaciones tanto en aspectos sustantivos, penales o civiles, como procesales que inciden en esta materia, entre las que destacan **La L.O. 1/2015** de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y la **L.4/2015** de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima de los Delitos, que otorga a ésta derechos a recibir información sobre la causa penal y comunicación de las resoluciones más relevantes y, además, derechos procesales sobre el ejercicio de la acción penal y civil y la posibilidad de recurrir las resoluciones de sobreesimientamiento dictadas en los procesos en que hayan sido víctimas, sin que ni siquiera sea preciso que se hubieran personado antes en los mismos. También ha dado visibilidad a los menores, hijos de mujeres maltratadas considerándolos víctimas del delito y estableciendo de una manera más imperativa la obligación de resolver sobre la suspensión de la patria potestad y del régimen de visitas y comunicación valorando el interés y el riesgo del menor, que serán analizados en el presente trabajo.

Todo ello se hará sin perder de vista las Recomendaciones realizadas por la CEDAW¹ al Reino de España en 2015 en materia de género que muestra su preocupación general porque los últimos cambios estructurales han diluido el enfoque de género como un elemento de corte transversal., advierte de la persistencia de actitudes y estereotipos sobre los roles y responsabilidades de mujeres y hombres en la familia y en la sociedad tradicionales arraigados.

¹, Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España. (CEDAW/C/ESP/7-8)

El Comité en particular, llama la atención sobre que “la Ley Orgánica 1/2004 no cubre la gama completa de la violencia de género, que no sea la violencia de pareja”; e insta al Estado español a revisar su legislación nacional vigente sobre la violencia contra las mujeres para incluir otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia de los cuidadores, la violencia policial y la violencia en los espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas;

A.-MODIFICACIONES PENALES.-

El objeto de mi ponencia es analizar el nuevo marco legislativo en la lucha contra la violencia de género tanto a nivel sustantivo como procesal, que es un objetivo muy ambicioso dada la cantidad de modificaciones legislativas que se han producido en poco más de un año, teniendo en cuenta además, el escaso tiempo de que disponemos por lo que, forzosamente me centraré en algunas cuestiones.

Haré alguna referencia a las reformas ya implantadas y a lo que ha supuesto de avance en el ámbito práctico para luego referirme a otras que considero necesarias, precisamente desde el punto de vista de los compromisos asumidos y las recomendaciones hechas al Estado Español, pero siempre desde el rigor y la prudencia que impone el respeto al principio de seguridad jurídica, que la sociedad nos reclama, teniendo en las leyes llegar a su plena eficacia después de haberse decantado y perfilado tras años de aplicación.

Por ello es necesario comenzar refiriéndome al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, CONVENIO DE ESTAMBUL, aprobado el 2 de abril de 2011 y ratificado por España el 6 de junio de 2016, ya que constituye el referente y motor de estas reformas, en cuanto, supone en el marco Europeo el reconocimiento de que las mujeres y las niñas se exponen, a menudo, a formas graves de violencia, como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación o el matrimonio forzoso, los crímenes supuestamente cometidos en nombre del “honor” y las mutilaciones genitales, **que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres;**

Se reconoce, en suma, la posición de desventaja de la mujer respecto del hombre y que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de desequilibrio histórico entre ambos sujetos de la existencia que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la primera por el segundo, privando así a aquélla de su plena emancipación.

Además, ya en su articulado, en su artículo 4, proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación de la mujer; en sus artículos 12 a 20, es la de adoptar medidas necesarias para *“promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres”*, con campañas de sensibilización, educación, formación de profesionales y programas preventivos; en

su artículo 29, promueve políticas legislativas de protección y dotación de recursos procesales a las víctimas para exigir a las autoridades respuestas sobre su actuación u omisión en el cumplimiento de sus mandatos de tomar medidas preventivas que eviten el delito; en su artículo 30, impulsa al legislador estatal para que tenga en cuenta los episodios de violencia a la hora de resolver las medidas que afecten al derecho de custodia y visita de los hijos; y, finalmente en sus artículos 33 y siguientes relaciona los actos que deberían tipificarse como delito, incluyendo en el catálogo los atentados contra la integridad psicológica, el delito de acoso, los actos de violencia física, la violencia sexual, el matrimonio forzoso, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y la esterilización contra la voluntad de la mujer y el acoso sexual.

La LO 1/2015 que modifica en profundidad el CP, introduce reformas importantes que afectan a la violencia sobre la mujer, sin intención de agotar el tema si quiero apuntar una reforma a mi modo de ver muy beneficiosa que es la posibilidad de imponer la pena de libertad vigilada en este tipo de delitos a cumplir tras la pena privativa de libertad, lo que permite ampliar temporalmente la protección de la víctima más allá de la duración de la pena de prisión.

1.- Agravante de discriminación por razón de sexo, ART. 22.4º CP

La LO 1/2015, modifica la circunstancia agravante del Art. 22 CP que queda redactado de la siguiente forma: «4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, **razones de género**, la enfermedad que padezca o su discapacidad.»

La razón de la inclusión, junto a la discriminación por razón del sexo, orientación sexual o enfermedad o minusvalía de la víctima, incorporadas ya por LO 10/95 y a las que se unió en 2010 la referencia a la orientación sexual, fue debida a una enmienda del Grupo popular argumentando que el género, puede ser un fundamento de acciones discriminatorias diferentes del que abarca el sexo. Queda reflejada en el apartado XXII del preámbulo de la ley :”... que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como *«los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres»*, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”.

Ello plantea la inmediata distinción entre género y sexo, conceptos indisociables pero diferentes. Este último se refiere a las características físicas, orgánicas y biológicas derivadas de pertenecer al sexo masculino o femenino. El género, por el contrario, es una construcción social que según la OMS, va referido a *«los roles socialmente construidos, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera como apropiados para hombres y mujeres»*, y el diccionario de la lengua de

la RAE, 'grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico'. La desigualdad sexual entre hombre y mujeres es evidente pero ello no conlleva la desigualdad de género. No obstante, la diferenciación entre uno y otro concepto abre un amplísimo debate en el que no entraré pero no hay que olvidar la diversidad de situaciones que podemos encontrar como gays, lesbianas y transexuales, en que la posición de género no se corresponde con el sexo.

La convención para la eliminación de toda forma de discriminación sobre la mujer de NU señala que la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera., concepto que incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. Si bien posteriormente se interpreta que la Convención abarca también la discriminación por razones de género entendiendo por tal a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer.

En la misma línea Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul en art.3.c dice que «Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres».

Por tanto, parece que está aceptado que el sexo se relaciona con la condición biológica de ser hombre o mujer y el género con las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, con los roles y estereotipos que colocan a la mujer en un papel secundario y de subordinación en las relaciones personales y sociales.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico como es sabido limita el concepto de violencia de género a la de carácter íntimo, es decir la que ejerce el hombre sobre su pareja o ex pareja y, según expresión de la LO 1/2004. "constituye una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres". Y nuestro Tribunal Constitucional en adelante TC, al resolver los numerosos recursos planteados sobre la citada L.O., basados en la vulneración del principio de igualdad, argumentó, por todas STC 59/2008, que no se quebraba tal igualdad en cuanto la razón de la diferente penalización no estaba en el sexo del sujeto activo y pasivo, sino en el ámbito relacional en que determinados hechos se producían, definidos por una grave y arraigada desigualdad que provocaban una mayor lesividad que justificaba una mayor pena con la que el legislador pretende erradicar esa conducta.

Sentado el marco jurídico, la cuestión que ahora surge y nos interesa es el ámbito de aplicación de esta nueva agravante, esto es, a que delitos puede ser aplicada. Lógicamente no será de aplicación a aquellos tipos que se basan en la desigualdad derivada de la relación de poder, discriminación y dominio del varón sobre la mujer, es decir los de los Arts. 153.1, 171.4, 172.2, 173.2 y 148.4 CP., pues se incurriría en un *bis in ídem*.

Siguiendo la argumentación desarrollada por el TC, para justificar la legitimidad constitucional de la LO y la mayor penalidad establecida para determinadas conductas por su mayor lesividad al ser manifestación de una arraigada y grave desigualdad, no existe ningún obstáculo a que la agravante sea aplicada en otros casos de violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja, frecuentemente más graves, como por ejemplo homicidios, asesinatos, amenazas y coacciones graves, lesiones muy graves, detenciones ilegales, agresiones sexuales, en los que concurre igualmente ese mayor disvalor a que se refiere el Tribunal Constitucional legitimador de mayor respuesta penal, sin que fuera necesario, como no lo es en el Art. 153 CP, acreditar una especial intención discriminatoria, un dolo específico, por puras razones de coherencia como ya lo puso de manifiesto la Circular FGE 4/2004.

En este mismo sentido y al analizar este tipo delictivo, la jurisprudencia del TS² ya ha afirmado que no es necesario un específico dolo que a modo de elemento subjetivo del injusto integre el tipo delictivo, sino que en este ámbito relacional, la pareja, la violencia se presume que está en íntima relación con este contexto de desigualdad, y sólo cuando se acredite que es ajena al mismo y se ha producido por otras razones no habrá lugar a aplicar el tipo específico y la penalidad agravada.

También, sería de aplicación a conductas delictivas cometidas por el hombre sobre la mujer en que la jurisprudencia ha considerado que no se daba la base fáctica relacional que requiere la ley por tratarse de una mera relación de noviazgo incipiente y sin convivencia³, y, en definitiva, mantener una perspectiva de género, que alcance a otras figuras delictivas como nos están reclamando los organismo internacionales y la propia Convención de Estambul que nos están reclamando, por ejemplo la CEDAW.

² STS 856/2014, de 26 de diciembre: "... No significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico; la presunción juega en sentido contrario, Sólo si consta o hay indicios de que el episodio de violencia es totalmente ajeno a esa concepción tan arraigada y, por tanto que obedece a unas coordenadas ordenadas totalmente diferentes, no habrá base para la diferenciación penológica..."

³-STS 807/2015 de 23 de noviembre: STS 856/2014, de 26 de diciembre; " En efecto, afirma en dicho fundamento que en esa relación **la estabilidad no concurría**, y, precisa, no solamente por la brevedad de su duración, sino porque aquella se desenvolvía, dice expresa y tajantemente la sentencia, "con continuas interrupciones y reconciliaciones, en la que no medió la convivencia, ni existió un compromiso o proyecto en común, llevando cada uno de los miembros de la pareja una vida independiente". Sentencia que cuenta con un importante voto particular que considera debió entenderse que la relación era de análoga afectividad recordando la doctrina mantenida en la STS 510/2009 de 12 de mayo "lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.".

Pero lo cierto es que la redacción del Art. 22.4º CP, al establecer que se cometa por motivos discriminatorios y la aplicación que de éste ha hecho la jurisprudencia⁴, en supuestos de actuar por motivos ideológicos y racistas, que salvando las distancias puede ser de aplicación a la agravante de género analizada, obliga a acreditar la motivación que inspira la conducta, aunque no sea necesario, como hemos visto, cuando estemos ante un delito del Art. 153 o 173 por ejemplo, lo cual es un contrasentido y en la práctica ha supuesto que en este año largo de vigencia esta agravante haya sido solicitada, muy pocas veces y aplicada en más escasas veces y siempre en supuestos de conformidad. Quizás porque la implantación de una novedosa disposición necesite su tiempo para vencer resistencias y convencer a los tribunales

Hay que tener en cuenta que esta agravante es compatible con la agravante mixta de parentesco del Art. 23 CP y se plantea el problema más difícil de su compatibilidad con la agravante de cometer el hecho por motivos de sexo.

2.- MATRIMONIO FORZADO.- Art. 172 bis CP.-

El fenómeno de los matrimonios forzados que parecían proscritos de nuestra sociedad, llaman ahora nuestra atención como consecuencia del fenómeno de la inmigración, de manera que nos encontramos con jóvenes nacidos y educados en España que no aceptan la imposición familiar del matrimonio basada en la tradición o en la ideología o la religión y con frecuencia oculta situaciones de verdadera explotación sexual o laboral. Son pues situaciones lejanas a nuestra cultura pero no totalmente ajenas a nuestro entorno.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) nos dice que cada día se producen en todo el mundo 39.000 matrimonios infantiles y añade que entre 2011 y 2020, más de 140 millones de niñas se casarán. La reciente Resolución 69/56 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 18 de diciembre de 2014, dice que *“cada año aproximadamente 15 millones de niñas se casan antes de cumplir los 18 años y que más de 700 millones de mujeres y niñas actualmente vivas se casaron antes de los 18”*.

Según UNICEF, el matrimonio de niñas de corta edad es una práctica particularmente difundida en el África Subsahariana y en el Asia Meridional. Sin embargo, también en Medio Oriente, África del Norte y otras regiones de Asia, el matrimonio a edad temprana o inmediatamente después de la pubertad es frecuente entre quienes siguen el estilo de vida tradicional.

Se entiende por matrimonio forzado aquel que se produce sin el consentimiento válido de al menos uno de los contrayentes por la intervención de terceras personas

⁴ STS 314 de 2015 de 4 de mayo, en relación con la agravante de motivo antirracista.” Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno”.

del entorno familiar (a menudo los progenitores), que se otorgan la facultad de decisión y presionan porque esta práctica se produzca. Cuando el matrimonio forzado se produce y uno o ambos contrayentes son menores de 18 años, también se llama matrimonio prematuro.

Aunque en España se desconozcan datos globales, según información facilitada por el INE, en el año 2014, 74 menores contrajeron matrimonio, de los cuales 63 eran mujeres.

Pues bien, aunque esta conducta se tipifica por primera vez en nuestro CP por LO 1/2015, como un delito contra la libertad, dentro del capítulo de las coacciones, para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por España como consecuencia de la ratificación del Convenio de Estambul tal como reconoce el legislador en el Preámbulo de la citada ley ⁵, lo cierto es que la preocupación por la proliferación de estos matrimonios existía desde tiempo anteriores y prueba de ello es que la Fiscalía General del Estado dictó la Circular 1/2002, de 19 febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería en que abordaba ese problema.

La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas. Igualmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 1979 y su Protocolo nº 9 del año 1999. Y, desde luego, el Convenio de Estambul ya citado, en cuyo artículo 42. 1, solemnemente se proclama que *“las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» como justificación de dichos actos. Ello abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima habría transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado.”*

⁵ .-.En el Apartado XXVIII del Preámbulo se ofrece la perspectiva de incriminación del también novedoso delito de matrimonio forzado con las siguientes reflexiones:

“Se tipifica el matrimonio forzado para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos.

Así, la propia Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas. Igualmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ratificada por España, establece en su artículo 16 que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento».

Resultaba oportuna, por todo lo anterior, la tipificación específica de este delito, que ya está regulado en otros países de nuestro entorno como Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania o Noruega. Tratándose de un comportamiento coactivo, se ha estimado oportuno tipificarlo como un supuesto de coacciones cuando se compeliere a otra persona a contraer matrimonio. Y también se castiga a quien utilice medios coactivos para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo, con esa misma finalidad de obligarle a contraer matrimonio”.

El propio legislador de 2015, además de regular expresamente este delito, también incluye dentro del delito de trata de seres humanos como una modalidad la de concertar matrimonios forzados, en la medida en que bajo esa apariencia legal y como mero subterfugio legal al servicio del fraude se esconden, en muchas ocasiones, ulteriores fines de esclavitud laboral o sexual de la mujer, cuando no intenciones lucrativas derivadas de su cosificación y relegación a mero instrumento y reclamo de pornografía y prostitución.

En cuanto al bien jurídico no puede ser otro que el de la libertad específica de actuación frente a ataques dirigidos a anular el consentimiento en la contracción del matrimonio y que, en muchas ocasiones, se incorporan a la órbita de la instrumentalización de la mujer.

No obstante el precepto no es manifestación de lo que se ha dado en llamar “derecho penal sexuado”. Todo ello sin perjuicio de admitir que el delito surge en el contexto de la lucha contra la violencia de género y doméstica, de la que, generalmente, la mujer será víctima.

El delito del **artículo 172 bis** regula dos modalidades de tipos básicos y un subtipo agravado aplicable a ambos tipos básicos.

“El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”.

a) El sujeto activo, puede serlo cualquiera, pues es un delito común. Caben todas las formas de autoría y participación. Cobran especial protagonismo la actuación de los padres

b) El sujeto pasivo, también puede serlo cualquiera, sin limitaciones ni siquiera de sexo. Puede ser sujeto pasivo el varón, al igual que la mujer.

c) La acción exige compeler a otra persona con intimidación grave o violencia a contraer matrimonio, lo que significa imponer, constreñir o presionar a la misma para que lleve a cabo una conducta que no desea y que se concreta en contraer matrimonio. La violencia debe identificarse con la vis física, es decir, la violencia corporal *o en sentido material, mientras que la intimidación grave se corresponderá con la vis compulsiva o vis intimidativa de especial intensidad. La utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz y causal respecto al resultado perseguido*

d) El resultado consiste en imponer una conducta no querida que lesiona la libertad de obrar y que específicamente consiste en contraer matrimonio.

La doctrina discute si la consumación del delito exige la celebración del matrimonio. Existe quien sostiene que la adecuada celebración del matrimonio no sería el resultado típico, sino que se movería en la fase de agotamiento del delito, por lo que bastaría que se demostrase la limitación de la libertad de la voluntad manifestada por el sujeto pasivo para entender consumado el delito.

Pero la mayoría de los tratadistas mantienen que, si el delito se ha estructurado como delito de coacciones el resultado no puede ser otro que la efectiva celebración del matrimonio y no basta su mero intento y por lo tanto caben formas imperfectas de ejecución.

En cuanto al “matrimonio”, puede configurarse como un elemento descriptivo o como un elemento normativo del tipo. De optar por un concepto normativo el ámbito del precepto se restringiría. Para resolver este problema entiendo que debe partirse del Código civil y de la regulación del matrimonio en derecho civil propio o extranjero.

Desde luego serían matrimonio todos los que se celebrasen en España con arreglo a nuestro derecho con inclusión del matrimonio civil y de los matrimonios religiosos: tanto el canónico, como el de los ritos hebreo, islámico y protestante, del mismo o diferente sexo ya que el Art. 44 CC redactado por Ley 13/2005, dispone que “el matrimonio tiene los mismos efectos cuando los contrayentes sean del mismo sexo”.

Sin embargo, quedan fuera del delito la mera cohabitación o pareja de hecho. Compeler con violencia o intimidación grave a la asunción de una convivencia de naturaleza análoga al matrimonio no constituye este delito. A nivel jurídico nuestro ordenamiento castiga la coacción al contraer matrimonio, pero solo referido al civil o el religioso. Esta limitación ha sido criticada por parte de la doctrina por excluir los matrimonios rituales, propio entre otros del pueblo gitano, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones de nuestro entorno que utilizan el término, “el emparejamiento forzado”.

La segunda modalidad bien establecida en el artículo 172 bis 2 CP:

“La misma pena se impondrá a quien, con la misma finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”.

Lo característico de esta figura es que sigue siendo un delito de resultado, pero este resultado no es como en el apartado primero contraer matrimonio, sino “abandonar el territorio español o impedirle regresar al mismo”, con el fin de obligar al sujeto pasivo a contraer matrimonio.

Los elementos subjetivos y objetivo del delito del artículo 172 bis 2 CP son similares a los del tipo anterior. La especialidad de este apartado en relación al anterior es la incorporación del concepto “engaño”. En verdad el engaño es un medio que puede llegar a alcanzar la misma eficacia instrumental que la violencia o la intimidación grave.

Por ello el resultado consiste en imponer una conducta no querida que lesiona la libertad de obrar y que específicamente consiste o en obligarle a abandonar el territorio español o en impedirle regresar al mismo.

En cuanto al subtipo agravado del artículo 172 bis 3 dispone:

“Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuere menor de edad.

El subtipo lo es tanto del tipo descrito en el apartado primero como en el segundo. Su *ratio essendi* se basa en la especial antijuridicidad que el comportamiento comporta cuando el sujeto pasivo es un menor. En el artículo 44 apartado g) del Convenio de Estambul se insta a los Estados a reconocer esta forma de agravación.

No obstante parte de la doctrina crítica, postura con la que estoy totalmente de acuerdo, que el matrimonio forzado no sea delictivo en cualquier caso cuando se trata de una persona menor de edad, sin necesidad de que concurra violencia o intimidación, pues para un niño o una niña, es muy difícil oponerse al matrimonio concertado por sus padres que además constituye una tradición en su país de origen y una cuestión de honor de la familia, de manera que en pocas ocasiones será necesario recurrir al uso de violencia o intimidación o al engaño para imponer un matrimonio, que en definitiva, es forzado, pero quedaría fuera del tipo analizado.

Cuestión aparte son los numerosos problemas concursales que esta nueva figura puede plantear con otros tipos delictivos.⁶

Me limitaré a apuntar que es posible encontrarse con supuestos de concurso con los delitos de amenazas y coacciones cuando se realicen de forma previa y distanciada en el tiempo dirigidas a ese mismo propósito que deberían castigarse con autonomía en concurso real, sin perjuicio de analizar cada caso en concreto.

Si esas amenazas o coacciones previas y separables del delito de matrimonio forzado se vertieran en el seno de una situación típica de maltrato habitual familiar del artículo 173.2 CP surgiría en cascada de delitos la aplicación concursal de todos ellos.

Una vez celebrado el matrimonio forzado, todos los delitos cometidos en su seno, detenciones ilegales, contra la libertad sexual, contra la integridad moral, amenazas o coacciones, reclamarían igualmente punición independiente.

Finalmente la relación con el delito de trata de seres humanos será la propia del concurso real. Lo exige el artículo 177 bis 9 CP cuando expresa que “en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. Además, el delito de trata de seres humanos, exige desarrollar su abanico típico con cualquiera de las finalidades alternativas que el precepto incorpora, lo que significa que la consecución de la finalidad se residencia extramuros del tipo.

Para concluir señalar aunque la incorporación de este precepto venía obligado por el Convenio de Estambul, no han faltado voces críticas que han señalado que no se puede cambiar las mentalidades y tradiciones con el Código Penal, sino mediante educación.

⁶ Un análisis muy completo y detallado de los problemas concursales es el realizado por Cadena Serrano, Fidel Ángel, “LOS DELITOS DE MATRIMONIO FORZADO, ACOSO Y DIVULGACIÓN DE IMÁGENES Y GRABACIONES AUDIOVISUALES QUE AFECTEN GRAVEMENTE A LA INTIMIDAD DE LA VÍCTIMA” Ponencia Jornadas de Fiscales especialistas en violencia de Género. Centro de Estudios Jurídicos, noviembre 2015.

Y aunque eso es cierto, no hay que olvidar que el tema de la interculturalidad, la tradición y los factores culturales endógenos, ha encontrado siempre rechazo en los Tribunales españoles cuando han sido alegados como base del error de prohibición en determinadas conductas como la mutilación genital y que también pueden ser aplicables a este delito,. La STS de 31 de octubre de 2012 ya explicaba ese rechazo con expresiones que conviene recoger⁷, y en términos semejantes se expresa la reciente sentencia la STS 602 de 2015, de 13 de octubre de 2015⁸, en un supuesto de maltrato habitual y detención ilegal.

3.-STALKING U HOSTIGAMIENTO. Art. 173 ter CP.-

El fenómeno del acoso no es algo nuevo, ha existido siempre y ha presentado diversas y muy variadas manifestaciones a lo largo de los tiempos, y, tampoco nos encontramos ante un término estrictamente jurídico pues se utiliza, además de en el ámbito del derecho, en el de la sociología, psicología, y las ciencias naturales. El estudio de la figura del acosador por parte principalmente de la psicología y criminología ha dado lugar a una amplia literatura sobre los diferentes perfiles que puede presentar que, con frecuencia, se asocian a personalidades obsesivas que suelen acompañar a esas personas, sin excluir en algunos casos la existencia de verdaderas enfermedades mentales. Se reguló por vez primera en los Estados Unidos a finales del siglo pasado motivado por ataques a personas famosas.

Que el término acoso es versátil y usado para referirse a distintas realidades, se pone de relieve cuando utilizamos la misma palabra "acoso" para hablar de acoso sexual, pero también de acoso laboral, acoso escolar e incluso de acoso inmobiliario situaciones que describen comportamientos y escenarios muy heterogéneos y difíciles de englobar en una sola palabra.

En general se entiende por acoso una conducta que consiste en la persecución ininterrumpida e intrusiva a un sujeto con el que se pretende iniciar o restablecer un contacto personal contra su voluntad.

⁷ "Sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida motivadas por el deseo de mejorar la vida de aquellos naturales de países empobrecidos. Es un viaje desde la desesperanza a la esperanza. Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida. Tanto el recurrente como la propia sentencia se refieren a esta situación en referencia a la ablación del clítoris al afirmar que es una práctica cultural de su país de origen. Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del "error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto", porque el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina

⁸ "Las convicciones culturales y sociológicas de otros pueblos no pueden ser tuteladas por nuestro sistema cuando para su vigencia resulte indispensable un sacrificio de otros valores axiológicamente superiores. El papel secundario y subordinado que algunas sociedades otorgan a la mujer nunca podrá aspirar a convertirse en un valor susceptible de protección. Ni siquiera podrá ser tenido como un principio ponderable ante una hipotética convergencia de intereses enfrentados. La libertad de la víctima fue radicalmente cercenada por su familia. Lo fue cuando le impuso un matrimonio que no quería y cuando la encerró en el domicilio paterno para evitar su integración social y neutralizar cualquier intento de desarrollo de su proyecto existencial como mujer".

Las formas de manifestarse son muy variadas, hasta con simples palabras, y pueden ser realizadas directamente por el acosador o valiéndose de otras personas, y utilizarse conjunta o sucesivamente, de manera que cada incidente puede ser igual al anterior o no: llamadas constantes, mensajes de voz o SMS directamente a la persona afectada o a su entorno más próximo, merodeo, seguimiento, encuentros repetidos no casuales, envío de regalos, pintadas en las proximidades de casa, mensajes en el coche, chantaje emocional, amenazas más o menos vedadas, pequeños daños en la cerradura del coche o en el portero automático, conducta lamentablemente frecuente en casos de ruptura *sentimental no aceptada por el varón en que la mujer sufre este asedio no querido con el fin de conseguir reanudar la relación. Todo ello sin olvidar el control a través de internet y de las redes sociales que hoy en día se ha manifestado como un instrumento potente y muy adecuado para perseguir y ejercer una implacable vigilancia acoso, especialmente entre los jóvenes que utilizan esta vía como principal forma de comunicación y relación, que merece un mayor detenimiento al final del tema.*

Las dificultades para tipificar estas conductas, integradas por actos de muy variada índole y que pueden producirse en una amplia variedad de situaciones o relaciones, no siempre íntimas y además por múltiples y diversas motivaciones, estriba en que cada una de ellas, individualmente consideradas, pueden ser delictivos en sí mismos pero, con frecuencia, son actos inocuos, inofensivos hasta admitidos socialmente como integrantes de un comportamiento normal pero el problema radica en su repetición que es lo que carga de dañosidad a la conducta en cuanto ataque, agresión, grave molestia, en principio, desconectada de toda fuerza física pero que puede provocar miedo, angustia, temor a la víctima afectando a su libertad, tranquilidad e incluso a su salud mental.

Lo que define pues el acoso es esa conducta repetitiva e invasiva del espacio vital de esa persona, no cada acto aislado sino el patrón de conducta integrado por la suma de todas ellas. De todas maneras dicha presión continuada supone en palabras de VALLADOLID BUENO⁹ la quiebra de la justa distancia que permite relacionarse a los sujetos que cohabitan en un espacio social; rechazada y no consentida por la víctima y capaz de generar algún tipo de repercusión en la víctima, en su equilibrio emocional y alterar su vida cotidiana.

En nuestro ordenamiento jurídico, el CP de 1995 ya había introducido el concepto de acoso regulando la figura del acoso sexual dentro de las relaciones laborales jerarquizadas, siguiendo las directrices marcadas por la recomendación 27/91 del Consejo de Europa sobre la dignidad en el trabajo, y la reforma introducida por LO 11/1999, entre otros aspectos amplió la figura del acoso sexual al llamado por la doctrina acoso horizontal, en el Art. 184 CP dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pero es en la reforma llevada a cabo en el año 2010, por LO 5/2010 cuando se tipifican, dentro de los delitos contra la libertad, otras específicas manifestaciones del acoso como el acoso inmobiliario o laboral.

La doctrina de forma mayoritaria había llamado la atención sobre la regularización atomizada y fragmentada de las diversas manifestaciones de acoso y la necesidad o

⁹ Valladolid Bueno, Tomás, *Ecología victimológica. Las bases del habitar democrático*. Myriam Herrera Moreno, coordinadora, Granada 2008.

cuanto menos la conveniencia, de tipificar un tipo genérico que castigara el acoso predatorio, a fin de evitar la impunidad por atipicidad de determinadas conductas de hostigamiento graves que producían preocupación a la sociedad, especialmente en el ámbito de la violencia machista y sus manifestaciones más crudas tras la ruptura de la relación.

Y es que, pese a que los tribunales con frecuencia tenían que enjuiciar múltiples casos que provocaban una importante repulsa social por su alta lesividad, que con frecuencia constituían supuestos de auténtico terrorismo psicológico y que podían incardinarse como fenómenos de stalking, este fenómeno no se hallaba específicamente incriminado en el Código penal español. El examen de la jurisprudencia de los últimos años refleja que la tipificación de las conductas de acoso, vigilancia y control en modo alguno era ni fácil ni pacífica, lo que provocaba respuestas inadecuadas en cuanto demasiado leves en relación a la entidad de la conducta e incluso la impunidad en ocasiones por lo que era cada vez más patente y reclamada social y doctrinalmente la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico penal español de una tipificación específica para el delito de acoso u hostigamiento, que finalmente se ha introducido en nuestro CP a través de la LO 1/2015.

El legislador, en el apartado XXIX del Preámbulo¹⁰, se refiere a esta situación de laguna para justificar la regulación de este nuevo delito, contra la libertad.

En todo caso, el precepto ha merecido el informe favorable de la Fiscalía General del Estado (FGE) y del CGPJ y el beneplácito generalizado de la doctrina, en la medida en que ofrece respuestas a conductas de indudable gravedad que no siempre podían incardinarse en el ámbito de las coacciones o las amenazas. Y las únicas voces que se han alzado lo han sido por su encaje sistemático o la necesidad de una reforma más ambiciosa que estableciera una regulación sistemática y conjunta de la conducta de acoso, incluyendo el acoso sexual, laboral e inmobiliario, no afectado por la reforma.

Antes de entrar en el análisis de los tipos conviene señalar que se trata de un delito perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal. Como ponen de manifiesto algunos autores¹¹, llama la atención que no se haya ampliado la legitimación al Ministerio Fiscal cuando la víctima fuera menor de edad incapaz o persona desvalida, como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Y por lo que respecta al bien jurídico protegido, evidentemente dada su ubicación sistemática es la libertad entendida en sentido amplio como la capacidad de obrar

¹⁰ *“También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”.*

¹¹ Villacampa Estiarte, Carolina, *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Ed. Iustel. Madrid, 2009.

libremente, pero también si atendemos a la exposición de motivos se protege el bien jurídico de la seguridad, esto es, el derecho al sosiego o la tranquilidad, base para decidir y obrar libremente.

El art. 172 ter CP, es un tipo muy amplio, y establece:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”

Como se puede observar, el tipo no diferencia en cuanto al sexo del sujeto activo y pasivo. El apartado 2 recoge el tipo agravado cuando la víctima es alguna de las personas del art. 173.2, en cuyo caso, además, le exonera de la denuncia previa que prevé el apdo. 4 y en los que, en línea con lo dispuesto en esta reforma del Código Penal, sólo se impondrá la pena de multa si consta debidamente acreditado que entre el autor/a y víctima no existen relaciones económicas (que no es el obligado al pago de una pensión de alimentos o compensatoria a favor de la víctima) derivadas de una relación conyugal, unión de hecho, filiación o descendencia en común.

- sujeto activo es quien acosa valiéndose de alguna de las conductas señaladas en el tipo, siempre que lo haga de forma obsesiva e insistente, alterando de manera grave el desarrollo normal en la vida cotidiana de la víctima y no esté legítimamente autorizado.
- sujeto pasivo es la persona que lo sufre, de tal suerte que ve limitada su libertad y seguridad.
- La conducta típica viene determinada por el verbo acosar, que además debe hacerse de una forma insistente y reiterada, es decir, requiere una repetición de actos, con cierta relación temporal y que produzcan el resultado de alterar de forma grave la vida cotidiana de esa persona.

El segundo elemento que debe concurrir es que provoque una alteración grave de la vida cotidiana, hace referencia a que debe tener cierta entidad, punto que también ha sido objeto de críticas en el sentido de que es un término indeterminado que plantea problemas de caracterización o concreción. En realidad es una transposición del término alemán “perjuicio grave al desarrollo vital de la víctima”, y ambos hacen referencia a los hábitos, la rutina y forma de vida diaria de esa persona, de manera que si el merodeo, las llamadas, los encuentros provocan que la víctima tenga que cambiar sus horarios o trayectos o no se atreva a salir de casa sola o a coger el coche o tenga que cambiar el nº de teléfono, ya se está alterando y modificando de una forma importante su vida.

Pero para que esa conducta sea típica se precisa que el autor no se encuentre “*legítimamente autorizado*”, elemento negativo del tipo que fue criticado en el informe realizado por el Consejo de Estado (CE) y la FGE por entender que difícilmente se podía imaginar una situación en que una persona se encuentre legitimada para desarrollar alguna de las conductas de acoso que se describen en el tipo.

A continuación enumera las modalidades comisivas, vigilar, buscar la proximidad física, establecer contacto, uso de datos personales para contratar servicios o provocar contactos masivos de terceras personas, o cualquier otro atentado contra su vida o patrimonio o el de su familia, como cláusula de cierre. Como puede verse el legislador ha huido de cualquier indeterminación con el riesgo evidente de que el exceso descriptivo pueda quedar pronto obsoleto o no comprender todas las posibles manifestaciones del acoso y la persecución, especialmente cuando se utilicen las llamadas TICs.

Sin detenerme en el examen de cada conducta, ya se puede afirmar que el determinar qué debe entenderse por acoso reiterado e insistente; cuáles son los supuestos en los que el sujeto activo no está legítimamente autorizado o cuando se considera que una conducta perturba gravemente la vida cotidiana de una persona, son cuestiones controvertidas de este nuevo tipo penal, que deberá ir perfilando la jurisprudencia, pero que en todo caso requerirá un esfuerzo interpretativo regido por el criterio de la proporcionalidad, teniendo en cuenta que la gran variedad de conductas que el acosador es capaz de desplegar, puede provocar reacciones y modificaciones muy distintas en cada víctima, si bien cuando estas modificaciones obedecen a una necesidad real y sentida de la víctima y se ajustan a los parámetros normales y razonables de actuación, podría entenderse que la afectación es grave. Lo que nos

podría llevar a plantear la posibilidad de entender que estamos ante una forma imperfecta de ejecución.

Durante este año de vigencia del nuevo tipo delictivo ya se ha aplicado en muchas ocasiones, con frecuencia a través del juicio rápido y con conformidad, lo que ha provocado una petición más benigna de pena por parte del MF y la consiguiente rebaja penológica, que en diversos casos ha supuesto una pena muy leve de Trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) para una conducta prolongada en el tiempo que ha producido una importante sensación de inseguridad y desasosiego en la víctimas, lo que nos debe llevar a reflexionar si la rapidez que se imprime, en ocasiones no está reñida con la proporcionalidad de la pena. A modo de ejemplo transcribiré los razonamientos plasmados en algunas de estas sentencias:

Así, la SAP de Murcia, Sección 3ª, dictada el 4 de julio de 2016, resolviendo el recurso de apelación planteado por el recurrente que le condena por un delito de acoso en base a los siguientes hechos:” *Desde finales de 2015 en que la pareja sentimental del acusado, Berta , le comunicara su intención de terminar definitivamente la relación, marchándose del domicilio familiar junto con sus tres hijos menores de edad, el acusado ha mantenido una conducta de hostigamiento hacia ella con la intención de amedrentarla y conseguir que vuelvan a tomar la relación. Así, a pesar de que Berta le ha manifestado que no le llame por teléfono, y que sólo quiere tener el contacto necesario en relación con cuestiones de los hijos comunes, éste de manera insistente y continuada, le ha efectuado multitud de llamadas a cualquier hora con el ánimo de controlarla. En concreto el día 15 de enero le realizó 35 llamadas, 16 de enero le realizó 85 llamadas, y el 23 de enero 87 llamadas. Esta conducta produjo inquietud en la denunciante que llegó a bloquearlo en el WhatsApp tanto del móvil que tenía hasta que se separaron como el nuevo que tiene actualmente. El día 23- I-16 el acusado envió a Berta fotografías que ella misma había realizado desde su móvil lo que generó en ésta mayor inquietud aumentando su creencia de que el acusado controla todos sus movimientos, decidiendo por ello presentar denuncia”* La Sala argumenta que “...Evidentemente ello constituye un acoso, dado que se estaba apremiando insistentemente (y no de forma esporádica) a la ex-pareja con molestias y requerimientos a su teléfono móvil (llamar a un teléfono móvil, que se suele llevar siempre consigo y que constituye una vía actual de normalizada comunicación interpersonal, no es lo mismo que llamar a un teléfono fijo -que por su propia ubicación permite tener un ámbito temporal de exclusión, dado que sólo cuando se está en el lugar donde está colocado puede ser contestado-), con tal número de llamadas (los intentos de comunicación también se consideran típicos), que resultaban inadmisibles en una normalizada convivencia. Acoso que además se extendía a ámbitos personales de la víctima, dada la captación de imágenes propias que amplificaron su nivel de ansiedad y angustia, al sentirse especialmente afectada su intimidad, privacidad y esfera de desarrollo personal...este comportamiento proyectaría una grave afectación a la dignidad y libertad de la mujer, con incidencia en su tranquilidad y sosiego, al repercutir gravemente en el desarrollo de su vida cotidiana, modificándola en aspectos relevantes (lugar donde reside, vía de comunicación de la misma a nivel inter-personal, etc.), lo cual constituye precisamente la conducta tipificada en el precepto aplicado...”

Y la SAP de A Coruña, Sección 1ª, dictada también en apelación en fecha 16 de mayo de 2016, en base a los siguientes hechos: “ *el acusado..., se separó de su esposa XX en el año 2007. Entre los meses de mayo a noviembre de 2014 le remitió por teléfono gran número de mensajes de texto de contenido inadecuado, despreciativo y soez, con propósito de humillarla y vejlarla. Esa actitud ya se había iniciado en el mes de diciembre del año anterior. Además, para incrementar su desasosiego y con idéntico propósito, al conocer que residía en la calle X, en compañía de su madre anciana y enferma, desde esas mismas fechas, acompaña su hostigamiento realizando pluralidad de llamadas telefónicas, tanto a su teléfono móvil como al fijo del domicilio, en ocasiones el mismo día con reiteración, así por ejemplo entre el 1 y el 4 agosto en 26 ocasiones, y en otras muchas a horas intempestivas, de madrugada, como los días 3, 7 y 25 de julio o el 18 octubre con la única finalidad de importunarlas y crear en ellas un estado de intranquilidad. A pesar de que XX presentó denuncia el día 19 agosto esto no supuso un freno al acoso del acusado que continuó enviando mensajes y realizando llamadas con el propósito descrito*”. Señala que no se pueden incluir dentro del trato degradante como fue condenado, no se ha infligido un trato que degrade o ataque a la dignidad de la víctima, sino que dicha denunciante ha sido insultada, vejada, ofendida y tal vez humillada con referencias entre soeces y grotescas y con molestias en la tranquilidad y privacidad entre enojosas e intolerables, pero eso no degrada moralmente a nadie (salvo la autodegradación de quien ofende de ese modo) sino que maltrata psíquicamente a esa persona, maltrato que no ha sido formalmente imputado. Se trataba de hechos calificados como delito de trato degradante al ser anteriores a la regulación del delito de acoso.

- Por su parte **la SAP de Barcelona, Sección 20ª, de 12 de marzo de 2016**, revoca la sentencia dictada por el juzgado condenado por un delito de acoso. Se trataba de que *tras una ruptura sentimental el acusado, desde el 25 de junio de 2.015 hasta el 29 de julio de 2.015, , envió 15 mensajes de correo electrónico, desde sus cuentas de correo a la cuenta de la Sra. pidiéndola para que volviera con él. En concreto tales mensajes se enviaron en fecha: 25 de junio a las 10:49h; 13 de julio a las 10:43h; 14 de julio a las 13:01h, a las 14:23h; a las 16:57h; a las 21:06h; y a las 22:04h; el día 15 de julio a las 14:18h; 18 de julio a las 15:06h; 19 de julio a las 13:10h, a las 13:16h, y a las 15:41h; el 20 de julio a las 10:28h; el 27 de julio a las 12:44h; el 28 de julio a las 19:35h y el 29 de julio a las 17:25h y a las 20:48 horas, sin que se haya probado que ello produjera una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. La Sala absuelve por estimar que todo ello, los hechos declarados probados no constituyen un delito de acoso del art. 172 Ter 2º del CP al faltarle el requisito de gravedad configurador del tipo*

- **SAP de Madrid, Sección 36, de fecha 26-1-2016**, confirma una condena por lesiones leves del Art. 172.2 CP, al tratarse de hechos anteriores, pero el argumento confirmatorio nos puede servir en cuanto afirma que “ *la lesión grave de la libertad no se produce pues por expresar sentimientos o por querer comunicar. Se produce porque una persona decide sujetar a otra, contra su voluntad, a una pesadilla continua e imponerle unilateralmente su voluntad y su deseo. Este acoso injustificado e insistente, a sabiendas de que el destinatario rechaza claramente el contacto constituye en opinión de la Sala el ejercicio de una violencia psíquica atentatoria gravemente contra la libertad. Esa multiplicidad de mensajes y llamadas indeseados*

es susceptible de generar intranquilidad y desasosiego en cualquier persona y, por tanto, los hechos sí constituyen coacciones e integran con naturalidad el delito de coacciones leves previsto y penado en el art. 172.2 CP " También en relación con 20 llamadas la sentencia de esa misma Sala 798 /15 de 5 de noviembre se alcanza la misma conclusión y en la S 526/15 de 8 de julio para la remisión de entre 8 y 22 mensajes al día

- **SAP de Madrid, Sección 27, de 10 de diciembre de 2015**, confirma la condena por acoso con los siguientes argumentos: *resulta clara, pues, la coincidencia de ambas figuras delictivas en que el autor busca restringir la libertad ajena, desplegando cualquiera de las conductas determinadas en el tipo penal enunciado, con lo que se produce el quebranto del derecho a la libre determinación de la víctima, quien, durante el período por el que se prolongaron las llamadas telefónicas, mensajes, y llamadas al propio domicilio de sus padres, en el que ella se había refugiado, vio impedido su normal propósito de llevar a cabo una vida normal. La invasión e injerencia en la libertad y grave quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia voluntad es evidente. Como dato a valorar especialmente en el hecho que nos ocupa, a efectos de valorar la intensidad del acoso que sufre, está la circunstancia de que para poder abandonar el domicilio de él, al que ella había acudido meramente para pasar el día con el acusado, tuvo que valerse de la ayuda de su hermana menor, y el engaño de ambas, haciéndole salir de la casa con el pretexto de comprar unas bebidas, para poder escapar de la presión de él. El propio acusado, aún sin atribuir a su conducta la intensidad luego acreditada, reconoce que ante la postura de ella de no querer atenderle las llamadas, ni dejarle entrar en la casa o bajar ella misma a verle y estar con él, la llamó varias veces a los diferentes teléfonos, y también al telefonillo de la casa, sin llegar a precisar el número sino, únicamente, "que no estuvo llamando toda la tarde"*

Sí que quiero detenerme en el **CIBERACOSO O CIBERSTALKING** por usar el término anglosajón y la incidencia de las nuevas tecnologías (TICs) en esta modalidad delictiva.

Como ya he dicho la irrupción de las nuevas tecnologías y el crecimiento y utilización masiva de internet y las redes sociales, no sólo como instrumento para transmitir información, noticias y conocimientos sino también como forma de comunicación a través de foros, chats, twitter,(...) especialmente entre los más jóvenes, ha cambiado nuestra vida y nuestra forma de relacionarnos, la realidad virtual se expande y a veces se confunde con la realidad física y estas nuevas tecnologías que tanto beneficio reportan, se han manifestado como un medio poderoso, propiciado por el anonimato, su efecto expansivo y viral, la cantidad de información personal que proporciona y la facilidad para manipularla y la impunidad de la red, la huella digital es difícil de seguir para cometer delitos, estafas, terrorismo, ataques a sistemas de seguridad, ataques al honor, pornografía y ventas de armas, y también, en lo que aquí nos interesa para perseguir, vigilar, controlar, acechar y humillar a otra persona es decir para ejecutar actos reiterados de acoso vulnerando la intimidad de la víctima que por ello sufre el mismo efecto o sensación de angustia, desasosiego y hasta miedo sin necesidad de contacto o proximidad física, incluso puede llegar a una situación de auténtica indefensión, porque otra de las peculiaridades es la dificultad de poner freno y proteger a la víctima.

Las posibilidades son amplísimas, pues además de las mensajes de WhatsApp, los GPS o los nuevos programas spyware y programas espías instalados en el sistema operativo de la víctima, entre otros, permiten al acosador acceder a la intimidad de la víctima y tener conocimiento puntual de los movimientos, contactos, conversaciones, ubicación o personas que acompañan al sujeto pasivo.

La dimensión del problema queda reflejado en los resultados arrojados por las últimas estadísticas realizadas: El 33% de los jóvenes españoles de entre 15 y 29 años, es decir, uno de cada tres, considera inevitable o aceptable en algunas circunstancias controlar los horarios de sus parejas, impedir que vean a sus familias o amistades, no permitirles que trabajen o estudien o decirles lo que pueden o no pueden hacer. Es la conclusión más llamativa de un estudio elaborado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) por encargo del Ministerio de Sanidad para conocer cómo perciben la violencia de género los adolescentes y jóvenes, continuación de otro similar realizado el año pasado con personas de todas las edades. Y el resultado fue similar en otro estudio realizado en 2013 sobre el ciberacoso ya advertía del problema. "El 60% reconoció haber recibido mensajes con insultos machistas de su pareja. Y el 73,3% de los adolescentes han aprendido de algún adulto el mensaje de que los celos son una expresión de amor".

En el mismo sentido De la encuesta, realizada por YouGov Pic a casi 5.000 jóvenes de entre 13 y 18 años provenientes de 11 países –España entre ellos– se desprenden datos como que aproximadamente uno de cada cinco jóvenes –el 18%– afirma haber sufrido ciberacoso en algún momento de su vida, y de ellos, una quinta parte ha tenido incluso pensamientos suicidas.

Nuestro Código Penal contempla como figuras delictivas el acceso ilícito a programas informáticos en el Art. 197 CP, los daños informático en el Art. 264 CP, el acoso sexual a menores en el Art. 184 CP y el recientemente introducido en el Art. 197.7 CP que castiga como ataque a la intimidad la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones de carácter personal obtenidas con la anuencia de la persona afectada cuando tal divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal, figura conocida como sexting a la que me referiré a continuación, y el delito de acoso.

Pero lo cierto es que tales preceptos en principio parecen insuficientes para permitir la incriminación general de todo el abanico de manifestaciones que puede presentar el ciberacoso¹². A modo simplemente ejemplificativo podemos enumerar:

- _ Distribuir en Internet una imagen o datos comprometidos de contenido sexual (reales o falsos). SEXTING.
- _ Dar de alta a la víctima en un sitio Web donde puede estigmatizarse o ridiculizar a una persona.
- _ Crear un perfil falso en nombre de la víctima para, por ejemplo, realizar demandas u ofertas sexuales.

¹² Clasificación realizada por Martínez y Ortigosa en 2010 y recogida en el estudio "El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento" elaborado por la Delegación para la Violencia de Género, MSSJ.

- _ Usurpar la identidad de la víctima para, por ejemplo, hacer comentarios ofensivos sobre terceros, Hackear su correo electrónico o introducir virus espías en el ordenador, en el teléfono...
 - _ Divulgar por Internet grabaciones con móviles en las que se intimida, agrede, persigue, etc. a una persona.
 - _ Dar de alta el email de la víctima para convertirla en blanco de spam, contactos con desconocidos, etc.
 - _ Acceder digitalmente al ordenador de la víctima para controlar sus comunicaciones con terceros.
 - _ Hacer correr en las redes sociales rumores sobre un comportamiento reprochable atribuido a la víctima.
 - _ Perseguir e incomodar a la víctima en los espacios de Internet que frecuenta de manera habitual.
 - _ Presentarse con un perfil falso ante la víctima con el fin de concertar un encuentro digital para llevar a cabo algún tipo de chantaje online.
- llamar de forma insistente a su teléfono, mandar sms., WhatsApp o imágenes de contenido sexual.

Como puede intuirse, la tipificación enumerativa realizada por el legislador de las conductas en que se manifiesta el acoso, impide abarcar todas las conductas enumeradas como la suplantación de la personalidad en la red, y las que puedan aparecer en un futuro no muy lejano.

Quizás ante esta realidad hubiera sido conveniente incorporar al Art. 172 ter estudiado, alguna referencia al hecho de que el acoso pueda cometerse a través de cualquier dispositivo o medio tecnológico

Por último y desde el punto de vista de la protección eficaz de la víctima sería necesario articular penas accesorias o medidas cautelares específicas, como la prohibición de acceso a internet o a determinados foros o la retirada del material expuesto en la red.

Posiblemente también y a modo de mera reflexión de futuro, fuera necesario una mayor regulación de las redes y su contenido, e incluso hacer uso de la herramienta que supone el Art. 510 CP en la medida que en las redes están proliferando videos, canciones o comentarios con expresiones, descalificaciones y contenidos que promueven o incitan de una forma cada vez más explícita a la violencia física y sexual sobre las mujeres basadas indudablemente en razones de dominio y sumisión o en todo caso banaliza estas conductas que constituyen verdaderos y graves delitos contra la libertad sexual de las mujeres, en definitiva, se trata de discursos del odio apoyados en el anonimato que además no provocan un rechazo generalizado de los usuarios de la red, pero que no se encuentran ni deben encontrarse amparados en el derecho a la libertad de expresión.

4.- EL DELITO DE DIVULGACIÓN NO AUTORIZADA DE IMÁGENES O SEXTING DEL ART. 197.7 CP

El legislador en el Apartado XIII del Preámbulo de la LO 1/2015¹³, explica la incorporación del nuevo delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP en la necesidad de salvar las lagunas penales observadas respecto a ciertas conductas que cada vez son más frecuentes en la sociedad. Lo cierto es que la tipificación de esta figura viene a llenar un vacío legal surgido con el auge de las TICs, que como sabemos tiene un efecto multiplicador al potenciar la rápida difusión de imágenes. Castiga tanto al receptor de esas imágenes que han sido obtenidas con el consentimiento de la víctima pero que las cede o difunde sin su permiso, como al tercero que las recibe y rebota sin el consentimiento de la víctima, cuando la divulgación lesiona gravemente su intimidad. Y que había dado lugar a resoluciones judiciales en diferentes sentidos, lo que provocaba una inseguridad jurídica que exigía un pronunciamiento por parte del legislador.

Así la reforma no es ajena a supuestos ocurridos recientemente de gran repercusión social que dieron lugar a una sentencia absolutoria, por entender el juez que: *“este elemento subjetivo o volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad”*.

Y es que hasta ahora, el Código Penal solo castigaba en el art. 197.1 el «apoderamiento o interceptación» de cartas o mensajes privados de la víctima, pero no preveía penas cuando era la propia víctima la que facilitaba esos archivos a la persona que luego los difundía sin su debida autorización. Con ello, el hecho de que la víctima haya corrido el riesgo de grabar ella misma el video o permitir que se lo grabe un tercero en lugar cerrado e íntimo no tiene por qué legitimar a este a difundir estas imágenes o video, ya que la grabación solo debe quedar al ámbito privado de quienes han intervenido en ella.

El nuevo delito del artículo 197.7 CP reza ahora del siguiente tenor:

“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del

¹³“Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima.

Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad”.

alcance de la mirada de terceros, cuando al divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de una persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análogo relación de afectividad, aún sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

Es preciso diferenciar el tipo penal de lo que es hoy una práctica social voluntaria no reprochable penalmente conocida como sexting; la primera es una práctica consciente y legítima, generalmente entre parejas, que consiste en emitir y compartir imágenes, vídeos y otros contenidos de carácter íntimo, erótico o sexual; esta práctica conlleva una grave exposición de la propia intimidad, y sitúa al emisor en una situación de riesgo, en la medida en que el receptor puede a su vez difundir masivamente dicho contenido, rebasando el consentimiento del protagonista del material y exponiendo su imagen e intimidad a un número indeterminado de receptores. La segunda es la conducta castigada en el delito de sexting o divulgación no autorizada de imágenes del art. 197.7, que consiste en la difusión, reenvío, rebote o divulgación de contenido sexual, erótico o pornográfico utilizando los nuevos medios de comunicación, sin el consentimiento de la víctima, de manera que menoscabe gravemente su integridad y su dignidad.

En efecto, la existencia de consentimiento inicial y condicionado que posteriormente es traicionado, rebasando su ámbito no justifica la difusión ulterior e indiscriminada realizada con el fin de vulnerar la intimidad de la provocando daño al bien jurídico.

La acción consiste en difundir, revelar o ceder a terceros, las imágenes o grabaciones audiovisuales, por parte de la persona que las ha obtenido con la anuencia de la víctima en un espacio discreto. Se trata de un delito de resultado **El delito es de resultado** que exige que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. El menoscabo ha de ser grave, lo que deja fuera del tipo menoscabos leves o no intensos de la intimidad, reconducibles como meros ilícitos civiles a la Ley Orgánica 1/1982, de Protección del derecho al honor.

Como ya se ha dicho este delito contempla una forma agravada cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

PROPUESTAS DE FUTURO.-

Hasta aquí las reformas penales y antes de concluir este capítulo, y sin olvidar que existe otras graves conductas delictivas contra las mujeres por razón de género como la mutilación genital y la trata de seres humanos, tengo que referirme a la cuestión que está en la mente de todos y que planea como reto legislativo de un futuro próximo y que no es otra que plantear si la regulación española actual cumple con los objetivos y obligaciones del convenio de Estambul o por el contrario es necesario ya afrontar la

ampliación del concepto de violencia de género a toda la violencia que se produce por el contrario la mujer por el simple hecho de serlo o le afecta de una forma desproporcionada.

En principio, y como es sabido, nuestra legislación opta por limitar el concepto a la violencia que se produce en el ámbito de la pareja o ex pareja, mientras que el criterio barajado por otras instituciones a nivel internacional es más amplio.

La Resolución de la Asamblea General de la N.U. 48/104 del 20 de diciembre de 1993, se define la violencia de género como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”*

Línea seguida por el **Convenio de Estambul** que define la «violencia contra la mujer» como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán 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», entendiéndose por género, los papeles comportamientos actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad considera propios de mujeres o de hombres. y la «violencia contra la mujer por razones de género» (...) toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada», utilizando así la definición dada por la Recomendación General 19 de 1992 de la CEDAW.

El Parlamento Europeo en el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres de 31 de enero de 2014, recuerda que «la violencia de género (...) guarda relación con las desigualdades existentes en la distribución del poder entre mujeres y hombres y con las ideas y los comportamientos basados en estereotipos en nuestra sociedad que se deben combatir desde las fases más tempranas con el fin de cambiar las actitudes».

De ello se deduce que el concepto de violencia sobre la mujer manejado no sólo por la UE y otras instituciones sino por muchos países de nuestro entorno es más amplia pues incluye cualquier manifestación de violencia sobre la mujer es aquella que se comete contra ésta por el simple hecho de serlo y que le afecta de una manera desproporcionada; que se puede cometer tanto en el ámbito privado como en el público y que es reflejo de las desigualdades existentes en la distribución de poder entre mujeres y hombres.

Ello supone que en nuestro país solo la violencia cometida contra una mujer por su pareja o ex pareja es conocida por los JVM, por fiscales especializados y pueden dar lugar a la aplicación de la batería de medidas de todo tipo que establece la LO 1/2014.

Desde mi punto de vista, este trato diferente hoy en día no está justificado teniendo en cuenta las Directivas y Convenios ratificados por España que son de obligado cumplimiento.

Y menos después de las Recomendaciones realizadas a España por la CEDAW que señala la preocupación por la situación Española dado que la Ley Orgánica 1/2004 no cubre la gama completa de la violencia de género, que no sea la violencia de pareja; y, en consecuencia insta al Estado a “Revisar su legislación nacional vigente sobre la violencia contra las mujeres para incluir otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia de los cuidadores, la violencia policial y la violencia en los espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas”

Pero además de estas obligaciones externas, la Fiscalía está observando y ya ha llamado la atención sobre ello, que el marco legislativo actual, o la interpretación que del mismo hacen los tribunales, no abarca las nuevas manifestaciones de las relaciones afectivas que van apareciendo entre personas, cada vez de menor edad.

En efecto como refleja la Memoria de la FGE de 2015, *“ Como toda figura delictiva que se basa en las relaciones personales y afectivas, su forma de manifestarse está estrechamente ligada a los cambios que en este ámbito se vienen produciendo los últimos años, pues se ha constatado que la violencia se produce tanto en relaciones de pareja de hecho, como en los matrimonios, que antes era la forma de relación afectiva predominante, que se establecen muchas relaciones afectivas sin convivencia e incluso sin un proyecto claro en común y que se ha reducido de forma importante el momento en que los jóvenes inician su primera relación de pareja o “de noviazgo”, por supuesto sin convivencia, escenarios en los que se producen semejantes situaciones de dominio, control, humillación y maltrato psicológico y físico del varón sobre la mujer, que constituye la esencia de la VG y que sin embargo los jueces con frecuencia no consideran que sea posible la aplicación de la agravante de parentesco, resistiéndose a nuestro entender a interpretar los preceptos del CP y el propio espíritu de la LO 1/2004 a las nuevas realidades que se presenta...”*

Finalmente, el incluir en el mismo tratamiento, investigación y enjuiciamiento por órganos especializados y formados en la materia, Fiscales y Jueces de Violencia sobre la mujer, todas las manifestaciones de violencia que afectan desproporcionadamente a las mujeres que se cometan al margen de la relación de pareja o ex pareja , homicidio, lesiones, agresiones sexuales, acosos de todo tipo, amenazas, detenciones ilegales, la mutilación genital del Art. 149 CP, la trata de seres humanos del Art. 177 bis, proporcionaría una perspectiva globalizada y real de la incidencia de esta violencia sobre las mujeres y permitiría mejores y más eficaces políticas criminales y políticas sociales en general, y en definitiva, como pide el Convenio de Estambul a *“promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres”*.

La forma de llevar a cabo esta reforma debe ser en todo caso consensuada oyendo a todas las instituciones implicadas y prudente porque no se trata de dejar sin efecto la magnífica LO 1/2004 ni de disminuir el nivel de protección de las víctimas, sino al contrario, crear un marco legislativo acorde con el resto de los países de nuestro entorno que abarque todas las manifestaciones de la violencia contra la mujer.

B.- MODIFICACIONES PROCESALES: EL PROTAGONISMO DE LAS VÍCTIMAS.

Como es sabido, la evolución de los modelos de justicia penal en todos los países de nuestro entorno ha evolucionado, desde el olvido más absoluto a las víctimas, estimando que el Estado es el titular del *ius puniendi* y que el fin del proceso es castigar al culpable, verdadero protagonista y sujeto de derechos y, por otra parte, que cualquier concesión a la víctima era una reminiscencia de la justicia y venganza privada, hasta un modelo de Justicia penal, que persigue convertirse en un instrumento de resolución de los conflictos de la sociedad actual, de las cada vez más complejas y complicadas relaciones personales, donde se debe dar respuestas globales y donde ya no son suficientes las medidas –penas– tradicionales. Se aboga, pues, por un modelo donde no solo se apliquen medidas de retribución, de castigo, sino también de rehabilitación y resocialización del infractor (delincuente) y, especialmente, de compensación y reparación a las víctimas.

En el momento actual la doctrina de las garantías procesales del inculpado encuentra su complemento y culminación en la necesaria práctica de la garantía y amparo de la víctima sin la cual no se realizará justicia. Ya no es el delincuente o victimario el único protagonista del drama social que entraña el delito porque se ha revitalizado el papel jurídico del agredido o victimizador.

EN EL ÁMBITO EUROPEO existe también un importante movimiento y preocupación por proteger los derechos de las víctimas reflejado en la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva del Consejo de 29 de abril de 2004, para la indemnización a las víctimas de los delitos.

La proclamación como aspiración crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica, ha desembocado en la aprobación de otras normas fundamentales, en particular **la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre**, que regula la orden europea de protección para conseguir una protección ininterrumpida de todas las víctimas, no sólo las de género, de hechos delictivos cualquiera que sea el país en que se encuentren.

Un paso adelante ha supuesto la publicación de la **Directiva 2012/29/UE** del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas de apoyo y protección a las víctimas de delitos, donde se proclama el compromiso de la UE con la protección de los derechos de las víctimas, recordando que en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendan acciones destinadas a combatir las

causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pide a la Unión que garantice el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia.

La trasposición de la anterior directiva a nuestro ordenamiento jurídico se ha realizado a través de la **LEY 4 de 2015, de 27 de abril, que establece EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA.**

El Estatuto de la Víctima es el resultado de la adaptación e incorporación de esta nueva forma de concebir a la víctima como sujeto social necesitado de una especial protección, aunando las finalidades propias de prevención, restauración y resocialización del nuevo paradigma de Justicia (penal), donde se garantiza la presencia de la víctima.

En ella el legislador pretende partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ellos, los del conjunto de la sociedad, recogiendo tanto los compromisos europeos como las demandas de la sociedad española y estableciendo una regulación unitaria de los derechos procesales y extraprocesales de la víctimas.

Realmente considero, sin perjuicio del avance que ha supuesto, que el Estatuto de la Víctima, no ha atribuido más derechos a las víctimas de violencia de género que los que ya tenía reconocidos por la LO 1/2004, pues creo que no existió en nuestro entorno y en aquel momento ninguna ley que de forma tan valiente haya procedido a amparar a las víctimas de los delitos de violencia contra la mujer

En efecto, el legislador consideró absolutamente necesario otorgar una mayor protección a la mujer frente a la violencia ejercida por el hombre dentro de las relaciones de pareja y razones de política criminal abundan en la necesidad de garantizar una tutela ágil y eficaz desde el momento de la "*notitia criminis*" si se quiere luchar con la impunidad de estas conductas, porque la denuncia existirá siempre y cuando la víctima se siente realmente protegida, están las medidas cautelares o preventivas, asistenciales hasta la resolución del pleito en base a la situación de riesgo que se pretende eliminar.

Y, además existía ya una regulación fragmentaria y específica en otros ámbitos, como el terrorismo, los delitos violentos y contra la libertad sexual, de reconocimiento y protección a las víctimas, situación que se pretende solucionar con esta ley, según el propio legislador intentando aglutinar en un solo texto legislativo a modo de ESTATUTO GLOBAL el catálogo de los derechos de la víctima, lo cierto es que no se ha conseguido totalmente, se mantiene la dispersión normativa lo que además provoca dificultades interpretativas.

Tampoco ayuda a ello, la situación de inseguridad jurídica existente en cuanto a la ley procesal, siempre amenazada por una necesaria y urgente reforma global que luego se queda en un mero parche difícil de encajar como un puzzle cuyas piezas se han deformado en el que con frecuencia los focos de atención de cada una de las sucesivas reformas no convergen en la misma dirección.

La Ley supone hay que reconocerlo, un avance sin lugar a dudas, pero hay que ponerla en marcha y la efectividad de los derechos que contempla la norma, especialmente la traducción, intervención de intérprete y el fortalecimiento de las oficinas de atención a la víctima, por nombrar algunas, requiere una inversión y dotación económica y la ley establece coste cero, aspecto sobre el que el informe del Consejo de Estado ha sido especialmente duro.

La puesta en marcha también requiere un esfuerzo de todas las instituciones en la coordinación. Y al hilo de esta necesaria colaboración interinstitucional, no puedo dejar de mencionar el incomprensible olvido del legislador de la figura del Ministerio Fiscal desconociendo que es un órgano institucional que tiene entre otras funciones velar por la protección de las víctimas y especialmente de los menores, cometido que ha venido desarrollando a lo largo de estos años con indiscutible sensibilidad y rigor.

Pero hay que comenzar analizando el concepto de víctima, ajeno a nuestra tradición procesal. Pues bien, de acuerdo con la actual Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo (DO 14.11.2012), Art. 2, víctima es «la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal» También lo son los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito «y que hayan sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona», aparecen recogidos en la Directiva 2012/29 UE dentro del apartado víctima e incluyen al «cónyuge, la persona que convive con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua, los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas, y las personas a cargo de la víctima».

La Definición que da la LEV en su Art. 2, distingue entre víctima directa e indirecta prácticamente en los mismos términos de la Directiva, si bien es más amplia al incluir a los familiares de personas muertas y desaparecidas, por otro es más estricta al requerir que el cónyuge o pareja no se encuentre separado legalmente o de hecho.

Centraré mi exposición en los DERECHOS PROCESALES DE LA VÍCTIMA, es decir, aquellos que han supuesto la modificación de la LECrim., no sin antes decir que a mi entender el derecho básico es el **derecho a entender y ser entendida**, incluso antes de la denuncia “sin retrasos innecesarios” como proclama el Art. 4 LEV, a partir del cual se van desplegando los demás derechos especialmente el de la información, cuyo contenido se desarrolla en el **Art. 5 LEV y Art. 4 DTA**. La Directiva es consciente de que el momento de acercarse a las instituciones sea para denunciar o simplemente comunicar los hechos es especialmente delicado para la víctima. A tal fin deberá utilizarse un lenguaje sencillo y claro, podrá ser acompañada de intérprete y de una persona de su elección y deberá designar una dirección de correo electrónico o, en su defecto, una dirección postal al que se le remitirán todas las comunicaciones y notificaciones.

Es decir, siempre que lo solicite, la víctima tendrá derecho a ser informada de una serie de extremos relativos a la marcha del procedimiento, como la decisión de no continuar la investigación, fecha, lugar y hora de la celebración del juicio, (a cuyo fin se modifican los Art. 785.3 y 791.4 LECrim estableciendo que *el Secretario Judicial*

comunicará estos extremos así como el contenido de la acusación), sentencia que ponga fin al mismo, adopción o cese de medidas cautelares personales para proteger a la víctima, auto de prisión, puesta en libertad y fuga, las decisiones de la autoridad penitenciaria en delitos cometidos con violencia o intimidación que puedan afectar a la seguridad de la víctima y las resoluciones a las que se refiere el Art. 13 LEV, en las que luego me detendré.

Derecho a la información procesal y ofrecimiento de acciones.-

Hay que señalar que la posición procesal de las víctimas en nuestro derecho, sus derechos y facultades de actuación, ya partían de una posición muy ventajosa en comparación con los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno y se ha visto reforzada en muchos aspectos de gran transcendencia práctica por las reformas introducidas como ahora analizaremos.

En países como Francia, Luxemburgo o Finlandia, sólo reconocen a la víctima la posibilidad de constituirse en parte civil, para reclamaciones de índole pecuniaria, si bien en alguno de ellos le posibilita a pedir el interrogatorio de testigos o ser una especie de parte adhesiva del MF que en estos países tienen el monopolio de la acción penal.

Por el contrario, en España la víctima puede constituirse en parte ejercitando la acusación junto con el MF y reclamando la indemnización civil, con amplias facultades para ser oído, solicitar diligencias durante la instrucción e incluso pedir penas.

Tanto la Policía Judicial cuando redacten el atestado, el Letrado de la Administración de Justicia, en adelante LAJ cuando acuda al Juzgado o el Ministerio Fiscal en sus diligencias informativas tendrán la obligación de informar a la víctima de sus derechos

Derecho a ser parte penal y civil en el proceso penal.-

La LEV en su Art. 11. reconoce a la víctima el derecho a ejercer la acción penal y la civil en la forma prevista en el nuevo Art. 109 bis LECrim, que establece como plazo para el ejercicio de este derecho **cualquier momento antes del trámite de calificación del delito**, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.

En el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y demás familiares que enumera la ley.

El momento que establece va a provocar sin duda problemas interpretativos, hay que recordar la interpretación extensiva que hasta la fecha ha venido realizando la jurisprudencia del TS en cuanto al **dies ad quem** para la posible personación de la víctima como parte acusadora, entendiendo que ello era posible también en la fase intermedia, incluso en el juicio oral siempre que no suponga retroceso de las actuaciones basado en un lado que si se le tiene que comunicar la fecha del juicio oral es para darle esta posibilidad y, por otra, en la tutela judicial efectiva proclamada en el Art. 24 CE. Sin embargo el legislador a pesar de la propuesta realizada por el CGPJ en este sentido, no ha estimado conveniente modificar el texto. Parte de la doctrina,

entiende, como Montserrat de Hoyos Sancho, que la claridad del tenor literal del texto impide seguir manteniendo la ampliación del plazo de personación, a pesar de admitir que existen sólidos argumentos para ello, entre otros, que la fase de calificación es diferente en el procedimiento ordinario y abreviado. Es lamentable que sean dos momentos procesales distintos, pero eso es lo que quiere la ley. Además de suponer un retroceso en los derechos procesales reconocidos a la víctima en una ley que precisamente pretende lo contrario!!!!.

Este derecho también podrá ser ejercitado por las por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la Ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito. Y en determinados casos las corporaciones locales, contemplando la postulación agrupada.

- Derecho a que se le comunique la resolución de sobreseimiento y a recurrir la misma.-

Este derecho realmente novedoso se establece y reconoce en el Art. 12 de la LEV y **no precisa que la víctima se haya personado en la causa**. Se basa en el Considerando 43 y en Art.6 de la Dta, que establece el derecho a ser informado de cualquier decisión de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor y el Art. 11, recoge el derecho a que tal decisión sea revisada.

Por ello el Art. 12 establece la obligación de notificar el sobreseimiento a las víctimas directas y en caso de muerte o desaparición a los familiares y demás víctimas indirectas, aunque se puede prescindir de la notificación a todos cuando ya se haya notificado con éxito a algunos y les permite recurrir aunque anteriormente no sea parte

Correlativamente se modifican los Arts. 636 LECrim y Art. 779.1º LECrim, que establecen a quienes y de qué forma hacerlo, a través de correo electrónico, correo ordinario o vía diplomática si se tratara de no residentes en la UE, que se tiene por válidamente efectuada a los 5 días de su comunicación, y conceden un **plazo común de 20 días** para recurrir el auto de sobreseimiento, cualquiera que sea el recurso formalizado: reforma, suplica, apelación o casación en los casos que proceda.

Esta ampliación del plazo ha sido criticada desde varios sectores pues concede un plazo diferente y superior a las diferentes partes. Como señala el informe del CGPJ, produce efectos dilatorios y aunque no se encuentren personadas se trata de víctimas informadas y la no personación es una decisión voluntaria de manera y, por tanto debe asumir las consecuencias de su decisión, por lo que no puede justificarse por la no personación.

Este derecho también entronca con la modificación introducida en el Art. 284 LECrim, en la medida que obliga a la Policía a indicar a la víctima que si no aparece el autor en 72h, el atestado no será remitido a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante el juzgado o fiscalía.

Igualmente en las Diligencias de investigación realizadas por el MF, el decreto de archivo debe de ser notificado con expresa indicación del derecho que le corresponde a reiterar la denuncia ante el órgano judicial competente.

Hay que señalar que el nuevo proceso por aceptación de decreto introducido en el Art. 803 bis a) y ss, aunque exige que la víctima no este personada, deja muy poco margen a su intervención y notificación. Sólo tiene en cuenta al Juez y al Fiscal.

La misma crítica se puede hacer a la regulación, en aras de la rapidez, del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves del Art. 963 y 964 LECrim, y la novedosa regulación del sobreseimiento por razones de oportunidad, pues no se da más participación a los ofendidos por el delito que la notificación del Auto de sobreseimiento, acordado por el Juez a petición del MF, cuando se trate de delitos de escasa gravedad y ausencia de interés público en su persecución. Es decir es una manifestación del principio de oportunidad, que no siempre coincidirá con el criterio de la víctima. Sin que de forma clara se les reconozca la posibilidad de recurrir el mismo

Derecho a participar y recurrir en la fase de ejecución.-

Este derecho, regulado en el **Art. 13 LEV**, es aún más novedoso y supone una ruptura de la configuración tradicional de la fase de ejecución de la pena, sin que venga impuesto por la directiva europea y ha dado lugar a muchas críticas.

La ley va mucho más allá de las exigencias impuestas por la Directiva (sólo impone a los estados miembros que se informe a las víctimas de determinados acaecidos durante la ejecución cuando la víctima lo solicite y especialmente cuando exista algún riesgo para la víctima deberá notificársele la fuga o puesta en libertad), participación pasiva, en cuanto permite a las víctimas recurrir determinadas decisiones del JVP, aunque no estuvieran personadas, participación activa, parece que recogiendo las peticiones de las Asociaciones de víctimas.

El Art.13 LEV incluye el derecho de las víctimas de los delitos más graves, que enumera, a ser escuchadas por el juez de Vigilancia Penitenciaria antes de que decida sobre la libertad condicional, el cambio de grado o los beneficios penitenciarios de sus agresores. Para ello se requiere que en su momento hubieran solicitado recibir información del curso de la causa conforme al art.5.1.m) lo que obliga entonces al Juez de Vigilancia Penitenciaria a dar traslado previamente a la víctima para alegaciones, que se anuncie al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro de los cinco días siguientes a la notificación y que posteriormente (y ya con abogado) se presente el recurso en 15 días.

Concretamente los autos que pueden ser objeto de recurso por las víctimas son los siguientes: 1º) El auto por el que se posibilita la clasificación del penado en tercer grado antes de la extinción de la mitad de la condena del artículo 36.2 III CP, cuando se trate de un delito de homicidio, de aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia o intimidación, terrorismo o trata de seres humanos; 2º) El auto por el que se acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando se trate de víctimas de los delitos citados anteriormente o cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, en el supuesto de acumulación jurídica de

penas del artículo 78.3 CP; 3º) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional cuando se trate de cualquiera de los delitos a los que se refiere el artículo 36.2.II CP o de los mencionados en el primer apartado, cuando se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Este precepto ha sido uno de los más controvertidos y criticados por la doctrina, ya que altera el sistema español de ejecución de las penas privativas de libertad en que no rige el principio de igualdad y contradicción y sólo interviene el Ministerio Fiscal y el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Incluso provocó un voto particular muy crítico al Informe elaborado por el CGPJ, suscrito por siete vocales, que fundamentan su oposición en varias razones: No lo exige la Directiva, no se contempla en los países de nuestro entorno, no tiene apoyos en la Jurisprudencia del TEDH ni de nuestro Tribunal Constitucional, ha apreciado interés legítimo en los perjudicados para intervenir en los procedimientos de vigilancia penitenciaria.

También se censuró la no preceptividad de letrado en el recurso, defecto solventado después en la redacción final, y se advirtió de los problemas prácticos que pueden plantear las notificaciones a las víctimas en fase de ejecución por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en el que no se dispone de copia de las actuaciones. En la mayoría de los casos no se conoce a la víctima, y menos aún su domicilio en el momento de la ejecución en que se pueda plantear su participación, que podría ser muchos años después de la comisión de los hechos delictivos, por lo que las notificaciones a las víctimas ocasionarían dilaciones en el procedimiento ante el referido Juzgado. Además de las dificultades técnicas cuando se trate de penas acumuladas para que la víctima, sin necesidad de letrado pueda decidir si recurre o no.

Al margen de tales problemas prácticos, se ha objetado también el indeseable efecto que podría producir al ser empleado este cauce por la víctima con la única finalidad de saciar su deseo de venganza personal frente al causante del daño, objeción no exenta de fundamento pero que ha sido rebatida recordando que el recurso de la víctima no condiciona la decisión que se adopte por la autoridad competente por lo que difícilmente puede interferir en la rehabilitación y reinserción del condenado.

El legislador consciente de las críticas vertidas sale al paso de las mismas en la Exposición de motivos recordando que el Estado conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas lo que no es incompatible con que se faciliten a las víctimas determinados cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas decisiones que afecten al régimen de cumplimiento de la condena de delitos especialmente graves.

La FGE, sin embargo, apoyó esta reforma si bien llamó la atención sobre que debía haberse previsto también la intervención de la víctima en el Juzgado encargado de la ejecutoria.

En este sentido, se ha criticado, el que el legislador haya circunscrito las facultades de participación de la víctima en ejecución a su actuación ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y no se haya previsto también su intervención en la tramitación

de la ejecutoria ante el órgano judicial sentenciador, careciendo de sentido que a la víctima no se le notifiquen los autos de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad (artículos 80, 88 y 89 CP) para que pueda impugnarlos.

Los arts. 80.2 y 88.1 CP ya disponían que la suspensión o sustitución serán acordadas por el órgano jurisdiccional competente “previa audiencia de las partes” pero y ahora el problema se complica con la reforma CP operada por ley 1/2015 y las modificaciones realizadas en estos institutos, algunas de las cuales resultan contradictorias con el espíritu del Estatuto como la eliminación de la hasta ahora previa audiencia a las partes, que queda reducida a los delitos en que se requiera denuncia o querrela, supresión que al margen de que no redunde en una mayor transparencia de la Administración de Justicia y parece que centra toda la atención en la situación de dependencia del penado, parece cuestionable al entrar en contradicción con lo previsto en el art. 13.2.b) del Estatuto de la Víctima del Delito, donde se habla de su legitimación para facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el comiso que hubiera sido acordado.

Hay que tener que la participación de la víctima en la ejecución no se limita a ser notificado y poder recurrir las resoluciones antes enumeradas, sino que también, conforme al **Art. 13.2º LEV, puede:**

. Pedir que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta que considere necesarias para garantizar su seguridad, cuando haya sido condenado por hechos de los que pueda derivarse racionalmente una situación de peligro para la víctima.

. Facilitar al juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta las responsabilidades civiles o el comiso acordado.

Junto a ello, se han producido modificaciones en la ley procesal tendentes a proteger la inevitable intervención de las víctimas en el proceso, evitando en la medida de lo posible la revictimización o victimización secundaria de la misma mediante un trato más adecuado y respetuoso y digno, intentando que su seguridad, dignidad e intimidad estén debidamente garantizadas, reformas que han sido aplaudidas por todos pues eran totalmente necesarias.

Protección de la intimidad, exclusión de la publicidad, tanto en la fase de instrucción, Arts. 301 y 301 bis) LECrim, en el juicio oral, Art. 681 y 682 LECrim, como incrementando la protección a la hora de prestar declaración pudiendo ir la víctima acompañada de una persona de su confianza pudiendo en caso de menores o personas con capacidad judicial complementada y para evitarles graves perjuicios que se les reciba declaración con la intervención de expertos y del MF limitando incluso la presencia de las partes, pudiendo prestar declaración en el plenario evitando la confrontación visual en los términos establecidos en el Art. 707 LECrim.

En esta línea protectora se reforma el **Art. 730 LECrim**, que permite la lectura o reproducción e a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser

reproducidas en el juicio oral, y, añade, las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.»

Por otra parte, el **Art. 709 LECrim**, faculta al El Presidente del Tribunal para impedir que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, o preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.

Para finalizar el examen de las reformas producidas, requieren especial mención las medidas de protección de naturaleza civil de la víctima menor o con capacidad necesitada de especial protección y en general, el cambio producido en el tratamiento de los menores

C.- MODIFICACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES.-

Las últimas reformas también han supuesto un cambio sustancial en materia de protección, apoyo y asistencia de los menores, de los que se ha dicho durante muchos años que eran LAS VÍCTIMAS INVISIBLES.

La ley 4/2015 de 27 de septiembre, del el Estatuto de la Víctima modifica los Arts 544 bis e introduce el Art. 544 quinquies LECrim y la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia modificó el Art. 1.2, 65 y 66 de la LO 1/2004.

. El ya citado **Convenio de Estambul en su Art. 31** establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para que, en el momento de regular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los antecedentes de violencia incluidos en el ámbito del Convenio, de manera que su ejercicio no ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

. La LO 8/2015, de protección de la infancia y adolescencia,

A)- En primer lugar, introduce importantísimas modificaciones en **la LO 1/2004** que justifica en la exposición de motivos reconociendo que *“Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar,*

convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”.

Por todo ello, en primer lugar, reconoce a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el **artículo 1**, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación **del artículo 61**, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse, en todo caso, sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

Así el Art. 65 prevé la posibilidad de suspender al inculcado por violencia de género el régimen de patria potestad, custodia, tutela curatela, acogimiento o guarda de hecho y si no lo hace, deberá pronunciarse sobre la forma en que se ejercerán esas facultades y adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad y recuperación de los menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

El Art. 66 de la ley, en la misma línea establece la posibilidad de suspender el régimen de visitas, estancias, relación o comunicación, estableciendo el mismo sistema de supervisión y seguimiento para el caso de que no considerara necesaria su suspensión.

Todas estas medidas no tienen límite de duración.

B)- En su articulado, reconoce que todo menor tiene derecho a que su **interés superior** sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. (Art. 2)

C)- Y, en su Artículo 9 proclama de forma clara que **el menor tiene derecho a ser oído y escuchado**, sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

Establece que se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en

cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. **Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.**

Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.»

La Convención de los Derechos del Niño de 1989, ya establecía el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y a que se tengan en cuenta sus opiniones en función de su edad y su madurez para lo cual debe dársele la oportunidad de ser escuchados.

Es cierto que el Art.92. 2 CC, contemplaba la obligación del juez de velar por el cumplimiento del derecho a ser oído antes de decidir sobre la custodia, cuidado y educación de los hijos menores, si bien añade, “cuando tengan suficiente juicio y se estime necesario”. Y el Art. 770.4 LEC, cuando se trate de un proceso matrimonial contencioso y se estime necesario se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso cuando fueren mayores de 12 años, obligación que no se contempla para el procedimiento de mutuo acuerdo regulado en el Art. 777.5 LEC, lo que en la práctica ha supuesto que muy pocas veces los niños sean oídos por el Juez que posteriormente toma la decisión, en base a evitar la victimización secundaria, por reticencias de los jueces, de las propias madre y de los fiscales.

La actual regulación, siguiendo los criterios del Comité de la ONU sobre derechos del niño, establece de forma taxativa la obligación de oír a los menores, siempre y cuando se realice asegurando su plena protección, y no deja margen a la discreción del juzgador, que deberá valorar en atención al interés superior del menor y en todo caso, motivar la razón por la cual no se procede a la audiencia del mismo.

Este importante cambio legislativo tiene una incidencia plena no sólo en los procesos matrimoniales en el ámbito civil, sino también en la adopción de medidas cautelares en supuestos de violencia de género o doméstica en aplicación del Art 544 LECrim.

Y pienso que esta ley nos obliga a un cambio de actuación y a ser conscientes de que oír a los hijos menores de víctimas de violencia de género a la hora de adoptar las medidas relativas a la guarda, custodia, visitas y comunicaciones, bien directamente, bien a través de los equipos psicológicos o personal especializado, es un derecho que tienen y que nosotros tenemos el deber de velar porque este derecho sea efectivo, en las condiciones que se estimen necesarias para no afectar a su protección, evitando en todo caso la victimización secundaria, pero siempre antes de adoptar las medidas que les afectan.

Obligación que es más patente y urgente dada, la reciente sentencia DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ha condenado a España por

vulnerar el Art.6 de Convenio al no haber oído a las hijas en un supuesto de divorcio a la hora de determinar el régimen de guarda y visitas. Sentencia de 11 de octubre de 2016. Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España.

Obligación de oír y tener en cuenta la opinión del menor y en todo caso actuar en el interés superior del menor, en definitiva la consideración como titulares de derechos, tiene consecuencia en otros ámbitos, como por ejemplo en relación al ejercicio de la dispensa por parte del Art. 416 Lecrim, por parte de la víctima cuando tenga hijos menores que dependan de ella, aspecto analizado en otra ponencia.

La ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima,

También introduce dos modificaciones que afectan a las medidas cautelares civiles del Art. 544 LECrim, que parecen puntuales pero que suponen un cambio trascendente en línea con lo señalado en la Ley de infancia y adolescencia.

De manera que actualmente podemos decir que nuestro ordenamiento jurídico, ya contempla un amplio abanico de medidas de protección a la víctima que se pueden acordar cautelarmente y establecidas en el Art. 13 y 544 bis) y ss. LECrim y en la LO 1/2004

El nivel básico de protección se establece en el Art. 544 bis) para las víctimas de alguno de los delitos del Art. 57 CP. Las medidas civiles acordadas tendrán una vigencia de 30 días prorrogables por otros 30.

Un nivel superior se contempla en el Art. 544 ter) LECrim, para las víctimas de violencia doméstica mediante la OP cuya concesión requiere la constatación de una situación objetiva de riesgo y la necesidad de realizar una comparecencia, y confiere el “estatus de víctima”, modificados por la LEV. Igualmente las medidas civiles acordadas tendrán una vigencia de 30 días prorrogables por otros 30 días.

Otro paso más se da en los supuestos del nuevo Art. 544 quinquies, en que las medidas civiles acordadas en protección del menor o con capacidad necesitada de protección duraran todo el procedimiento y cuando finalice el juez acordará su ratificación o alzamiento pudiendo las partes acudir a la vía civil para su modificación y el nivel más extenso de protección viene establecido en la LO 1/2004 en supuestos de violencia de género que no establece plazo

Pues bien, la LEV introduce dos modificaciones puntuales con el fin de perfilar de una forma más imperativa la obligación del juez penal de pronunciarse, incluso de oficio, sobre los aspectos civiles especialmente cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada, pudiendo, además de privar o suspender el ejercicio de la patria potestad, guarda o custodia o régimen de visitas, establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las Entidades Públicas competentes. Y ello tiene que hacerlo salvo que estas medidas ya se hayan adoptado por el juez civil o incluso cuando haya resuelto el juez civil pero en el proceso penal se considere necesario modificarlas, y durarán hasta el final del procedimiento.

