

ENCUENTRO TALLER SOBRE CONCLUSIONES EXTRAIDAS DE LOS ULTIMOS INFORMES ELABORADOS POR EL OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA Y DE GENERO. BUENAS PRACTICAS JUDICIALES.

REFORMAS DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GENERO

1. INTRODUCCION

El Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012 aprobó el informe previo presentado por el Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal, con el propósito de proceder a la revisión del sistema penal para dar respuesta a las nuevas formas de delincuencia, a la multirreincidencia y a los delitos mas graves.

Este informe se refería a que el objetivo por el que se crean nuevas figuras y medidas para el tratamiento de los delincuentes mas peligrosos responde a la necesidad de corregir algunas deficiencias detectadas en la aplicación de ciertos tipos penales, así como a la homologación de nuestro ordenamiento con la normativa de la Unión Europea. El informe introducía dos figuras novedosas en nuestra legislación, la prisión permanente revisable y la custodia en seguridad, para proporcionar una respuesta penal mas adecuada a ciertos crímenes que causan una especial repulsa social, e incluía una nueva regulación del delito continuado, de la libertad condicional y la supresión de las faltas, convirtiendo en delitos de escasa gravedad aquellas faltas con suficiente relevancia penal¹

Las novedades avanzadas en este informe son:

- Se introduce la prisión permanente revisable para los tipos agravados de asesinato.
- La custodia de seguridad se aplicará a los reincidentes en delitos peligrosos de especial gravedad.
- La detención ilegal con desaparición se castigará como homicidio.
- Los delitos sexuales serán computados individualmente y no como continuados
- La libertad condicional será regulada como una suspensión de la pena.
- Se suprimen las faltas: se tipificarán como delitos leves o pasarán a ser sancionadas por la vía administrativa.
- Se agrava el delito de atentado cuando se utilicen objetos que conlleven peligro para la integridad del agente.
- Se endurecen las penas para los autores de incendios forestales.
- La administración desleal de fondos públicos se castigará como malversación.
- Se modifica la esterilización forzosa para adecuar el Código Penal al Convenio Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad

A mediados del mes de octubre de 2012 el Consejo de Ministros dio luz verde al Anteproyecto de reforma del Código penal, introduciendo algunas modificaciones en el texto inicial a instancias de diversos Ministerios, destacando la introducción de nuevas figuras delictivas, especialmente relevantes en materia de violencia sobre la mujer, como la tipificación del matrimonio forzado (artículo 172 bis), con el que se castigará la violencia o intimidación para obligar a contraer matrimonio y la violencia, intimidación o engaño para forzar a abandonar el territorio nacional o no regresar con esa misma finalidad.

También se castigarán a partir de ahora los actos reiterados de acecho u hostigamiento, como llamadas telefónicas continuas, que pueden lesionar gravemente la

¹ http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20120914.htm

libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, pero que en muchas ocasiones no pueden ser tipificadas como delitos de coacciones o amenazas, porque no se produce violencia.

Se pena la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, pero luego divulgadas sin que ésta lo sepa, cuando afecten gravemente a su intimidad. El Código penal vigente solo castiga el apoderamiento o interceptación de cartas o mensajes privados de la víctima, pero no prevé cuando es ella misma quien se los facilitaba a la persona que luego los difunde.

Asimismo, se incorpora al Código penal como delito la inutilización de dispositivos electrónicos utilizados para controlar el cumplimiento de penas².

Las novedades son:

- El matrimonio forzado se tipifica como delito agravado de coacciones.
- Se crea un nuevo tipo penal de acoso para castigar conductas que, sin emplear la violencia, coartan la libertad de la víctima mediante vigilancias o llamadas reiteradas.
- Se castiga la divulgación de imágenes íntimas sin consentimiento de la víctima, aunque ella se las facilitase a alguien.
- Será delito cualquier acto sexual con menores de trece años y hasta los dieciséis años se considerará abuso sexual cuando exista engaño o se abuse de una posición de confianza, autoridad o influencia.
- Se amplía el comiso, además de a los delitos de terrorismo y crimen organizado, a los de blanqueo, receptación, trata de seres humanos, prostitución y abuso de menores, tráfico de drogas, falsificación de moneda y corrupción
- Se agiliza la cancelación de antecedentes penales.

La exposición que sigue atiende a la principales reformas que afectan a las cuestiones relacionadas con la violencia sobre la mujer, atendiendo a la situación actual de cada una de ellas, a las razones expuestas en la Exposición de Motivos para su reforma y a los informes efectuados por la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial

2. MATRIMONIOS FORZADOS

Como se expone en la exposición de motivos 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; debe recordarse que el art.16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 establece

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio
2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

² http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20121011.htm

El art.16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.), ratificada por España, establece en su art.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 hombre y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.

En el ámbito europeo, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de 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.

La Resolución 1468 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre los matrimonios forzados y matrimonios de niños adoptada en 2005, aborda situaciones en las que existen dudas sobre el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, autorizando que un funcionario del registro los entreviste antes de la celebración del matrimonio. Según la Recomendación 1723 sobre los matrimonios forzados y matrimonios de niños de 2005, el Comité de Ministros debe ordenar al comité correspondiente que investigue la cuestión de los matrimonios forzados y matrimonios de niños y elabore una estrategia para que los Estados miembros tomen medidas sobre este tema.

Este delito ya está regulado en otros países de nuestro entorno como pueden ser Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania o Noruega.

El matrimonio forzado, según ONU Mujeres, puede adoptar diversas formas y celebrarse en diversas situaciones: esclavitud, matrimonios concertados por correo; trata de personas; matrimonios arreglados, tradicionales y consuetudinarios; matrimonios de conveniencia; matrimonios para sellar acuerdos; matrimonios ficticios; trokosi (la práctica de entregar muchachas vírgenes a sacerdotes para convertirlas en esclavas sexuales como pago por servicios o forma de expiación); raptos de novias o matrimonio para adquirir la ciudadanía; pudiendo definirse como la unión en la que, al menos, uno de los contrayentes, no ha dado su libre y pleno consentimiento.

Más estrictamente, ONU Mujeres recomienda asimismo que se defina como matrimonio forzado aquél en que al menos uno de los contrayentes es menor de dieciocho años dado que una persona menor de esa edad no tiene capacidad para dar su consentimiento válido para contraer matrimonio (debe recordarse que nuestro Código civil establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados – art.46.1º- siendo dispensable este impedimento con justa causa y a instancia de parte por el Juez de Primera Instancia a partir de los catorce años –art.48.pfo.4º).

En mayo de 2011 a iniciativa del grupo popular, en aquel momento en la oposición, el Pleno del Congreso instó al Gobierno a modificar el Código penal para incluir el matrimonio forzado como un delito específico, bien como un delito agravado dentro del delito de coacciones, bien como un delito específico dentro de los establecidos contra las relaciones familiares en el Título VII, así como crear una orden de protección para las víctimas de estas prácticas para reforzar los mecanismos de protección de las víctimas durante el proceso de denuncia, para evitar que sean secuestradas o maltratadas; se pedía también que se

crearan lugares de alojamiento específicos para las víctimas, el establecimiento de un fondo de ayudas dirigido a las actuaciones de las asociaciones y entidades en defensa de los derechos de las mujeres, que se impulsara que la UE convirtiera la lucha contra estas prácticas en una acción prioritaria en el marco de sus relaciones con los terceros países mediante la “cláusula de derechos humanos” y que se sensibilizara a la sociedad en este asunto, ayudando a reducir el número de matrimonios obligados mediante políticas de prevención tanto en España como en los países de origen. En este momento, el grupo socialista aunque finalmente votó a favor de la iniciativa, que se aprobó por unanimidad, consideró que no era necesaria la inclusión de este delito en el Código penal pues tenía una adecuada respuesta en este texto.

La orden de protección específica para los supuestos de matrimonios forzados tiene su antecedente en la Ley sobre matrimonio forzados del Reino Unido, de 2007, que permite que una serie de tribunales designados en Inglaterra y Gales dicten órdenes de protección en caso de matrimonio forzados, incluidas órdenes de protección de emergencia, destinadas a proteger a las víctimas que están bajo la amenaza de contraer matrimonio forzado o que ya lo han contraído, pudiendo ordenar los jueces los siguientes tipos de amparo: protección para que no se celebre el matrimonio forzado, entrega de pasaportes, cese de la intimidación y la violencia, revelación del paradero de la persona y protección para evitar que se saque a la persona del país.

Casi dos años después, olvidando la cuestión relativa a la orden de protección, el anteproyecto lo recoge como una “modalidad agravada del delito de coacciones”, previendo dos modalidades: compeler a otra persona a contraer matrimonio y forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio.

Art.172.bis.:

1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.
2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

La penalidad es la misma que la prevista para el tipo básico de coacciones del art.172.CP - “de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses”, con la peculiaridad de que no será de aplicación el subtipo agravado que prevé que la pena se imponga en su mitad superior cuando la coacción tenga por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental (art.172.1.pfo.2º) o impedir el legítimo disfrute de la vivienda (art.172.1.pfo.3º. LO 5/2010, de 22 de junio), dado que el derecho a contraer matrimonio no es un derecho de los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución de 1978, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, sino de la Sección Segunda, “De los derechos y deberes de los ciudadanos”.

Como pone de relieve el informe de la FGE resulta contradictorio que se introduzca un delito específico para sancionar una conducta de tal gravedad y que no solo no esté

sancionada con mayor pena que el tipo básico de coacciones, sino que además sea inferior a la prevista para el caso de vulneración de un derecho fundamental³.

El informe del CGPJ señala que “el artículo exige que la intimidación empleada sea grave, quedando, en consecuencia, fuera aquélla que no revista tal carácter, lo que puede provocar unas parcelas de impunidad, además de dificultades interpretativas del calificativo “grave”. Parece que sería mas aconsejable suprimir esta nota de gravedad respecto de la intimidación; como así sucede en otros delitos como el de agresión sexual (art.178 CP) o el robo con violencia o intimidación (art.242 CP), existiendo una consolidada jurisprudencia en torno al concepto de intimidación, que exige que se trate de una intimidación seria, inmediata y suficientemente grave (STS 1359/99 de 2 de octubre, o 1689/2003 de 18 de diciembre). Por lo que el empleo de este nuevo tipo del adjetivo “grave” respecto de la intimidación nada aporta respecto al concepto aquilatado por la doctrina jurisprudencial, salvo que quiera indicarse que en los matrimonios forzados la intimidación empleada ha de ser especialmente grave, acercándose a la irresistible, que no es exigido como configuradora de la intimidación típica en los delitos antes citados de agresión sexual o robo con intimidación y estrecharía el marco de aplicación de este nuevo delito”.

Indica asimismo el informe del CGPJ que en la modalidad primera la graduación de la pena se efectúa según la gravedad de la coacción o de los medios empleados, no siendo aquella referencia idónea pues la coacción no comprende solo la violencia ejercitada o el acto de coacción, sino también la actividad que se impone mediante esa violencia que en este nuevo tipo especial es siempre la misma: la celebración del matrimonio forzoso, pareciendo mas adecuado que la graduación de la pena se estableciera en atención a la gravedad de la violencia o intimidación y de los medios empleados para la imposición violenta.

Añade además que no hay que menospreciar el dato de que algún supuesto de matrimonio forzado responde más al tipo de amenazas condicionales que a la especie de las coacciones, con lo que el nuevo tipo podría terminar funcionando como atenuado.

Por otra parte, debería tenerse en cuenta, como informa ONU Mujeres que la fuerza física no es necesariamente un elemento del matrimonio forzado; algunas situaciones pueden constituir matrimonio forzado debido a la coacción, que puede ser de carácter físico, psicológico, sexual o emocional, o a la intervención de factores más sutiles, como el miedo, la intimidación, las expectativas sociales y familiares o la presión económica.

Por lo que respecta a la segunda de las modalidades de matrimonio forzado, podría entrar en concurso con la trata de seres humanos del art.177.bis (conforme al informe del FGE cuando el matrimonio forzado se produce en un contexto cultural o sociológico en el que la mujer está abocada a quedar reducida a la servidumbre doméstica o sexual) con lo que el tipo actuaría como tipo atenuado a aplicar preferentemente en virtud del principio de especialidad (art.8.1.CP) lo que constituiría un desatino; asimismo el informe de la FGE señala que esta conducta es de una mayor gravedad que la prevista en el apartado 1 por lo que debiera estar sancionado como un tipo agravado con mayor pena, y se echa en ambos casos de menor que no se contenga un tipo agravado en los casos en que la víctima del delito sea un menor de edad ya que esta conducta afecta de forma notable a su desarrollo y le priva de derechos básicos.

³ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

3. ACOSO

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 de hostigamiento.

En primer lugar debe señalarse que la ubicación de este nuevo tipo delictivo dentro del Título VI, del Libro II del Código penal, junto a los restantes delitos contra libertad, en el Capítulo III, junto al delito de coacciones, contribuye a esclarecer que el bien jurídico que se trata de proteger mediante la tipificación penal de esta conducta es la libertad individual y no la integridad moral, al igual que en otros países de nuestro entorno como puedan ser Holanda, Austria o Alemania. Ante la falta de previsión legal expresa estas conductas se habían sancionado en algunos casos como la causación de un trato degradante con menoscabo grave de la integridad moral, o como un supuesto de violencia psíquica habitual, conforme a los dos supuestos previstos en el art.173 del Código penal, considerando que el bien jurídico protegido era la integridad moral, rúbrica del Título VII del Libro II; solución insatisfactoria en cuanto solo daría respuesta, en el apartado primero, a los casos mas graves de acoso y, en el apartado segundo, a los que se refirieran al ámbito familiar, dejando fuera los casos de acoso entre personas que no han mantenido ninguna relación.

Su ubicación junto a las coacciones, como tipo específico, permite evitar que se siga la línea expansiva de la jurisprudencia que relaja el concepto de violencia con el fin dar cabida en el art.172 del Código penal todas aquellas conductas que tendentes a limitar la libertad de obrar no encuentran encajen en otros tipos delictivos más estrictos; como se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990, el concepto de violencia en esta figura de delito pasó de una inicial interpretación estricta, referida solo a la fuerza física ejercida sobre una persona, a otra mas amplia, comprensiva de la fuerza moral intimidación, hasta llegar a abarcar también la llamada “vis in rebús”, referida a los supuestos en que la violencia se aplica directamente a las cosas pero con la finalidad de torcer la libertad de obrar de alguien.

En este sentido la Sentencia de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de junio de 2009:

“(…) Y en este punto el Tribunal no puede sino discrepar de la sentencia impugnada en cuanto a que el acoso telefónico y el acecho personal a que el acusado sometió a su ex esposa puedan ser subsumidos en el delito de coacciones, ni siquiera en su modalidad de coacciones leves de género, tipificada en el artículo 172.2 del Código Penal .

En efecto, en no pocas resoluciones anteriores (como más recientes, sentencia de 23 de diciembre de 2008, dictada en el rollo 2694/08, y sentencias 92/2009, de 10 de febrero, y 147/2009, de 5 de marzo) hemos establecido ya el criterio del Tribunal de que conductas tales como la realización de llamadas telefónicas repetidas al sujeto pasivo, el envío masivo de mensajes telefónicos de texto, los seguimientos o acechos en la vía pública y otros actos de similares características, que se engloban genéricamente en el término anglosajón stalking,

no pueden subsumirse en el delito de coacciones, tanto por ausencia del elemento esencial de violencia o intimidación, que no puede adelgazarse hasta hacerle perder su sentido propio, como porque con ellos no se obliga en puridad al sujeto pasivo a hacer nada concreto ni se le impide propiamente hacerlo -pues la víctima no está forzada a recibir la llamada o a abrir los mensajes, como no está impedida de utilizar libremente su teléfono o de salir a la calle-, aunque pueda afectarse a su tranquilidad y a su sentimiento subjetivo de seguridad hasta hacerle modificar sus hábitos cotidianos. Por ello, a falta de una tipificación expresa y específica como la introducida en los últimos años en distintos países europeos (al menos, hasta donde llega el conocimiento del Tribunal, en los Países Bajos, Bélgica, Irlanda, el Reino Unido, y, tan recientemente como en febrero de este mismo año, en Italia), las conductas de acoso o acecho como las descritas resultan en sí mismas atípicas, salvo que por sus características puedan subsumirse en el delito de violencia psíquica habitual -lo que es posible gracias al contenido más elástico del concepto de "violencia psíquica"-, siempre, claro está, que lo permita también el principio acusatorio, lo que no es, de cualquier modo, el caso de autos.

En pocas palabras, como también hemos señalado en otras ocasiones, una cosa es que el delito de coacciones actúe, en términos de la dogmática alemana, como "tipo de arrastre" en el marco de los delitos contra la libertad, y otra bien distinta que su aplicación a supuestos cada vez más lejanos de su configuración típica y de su objeto de protección lo convierta en un mero "cajón de sastre" que acabe por arrastrar el principio de legalidad.

Esto último es lo que ocurre, entendemos, cuando la sentencia de instancia considera que el acoso telefónico y el acecho personal del acusado a su ex esposa deben subsumirse en el delito de coacciones leves en la pareja del artículo 172.2 del Código Penal, en cuanto se trataría de una "conducta que evidentemente resulta idónea para intimidar a la víctima y constituye una vis compulsiva adecuada para restringir su libertad, impidiéndole deambular libremente por su propio barrio". Obsérvese que en el argumento acaban por desaparecer las llamadas telefónicas (que mal pueden afectar a la libertad ambulatoria), se utiliza simultáneamente la intimidación de la víctima como medio comisivo y como resultado de la acción, se confunde intimidación con temor subjetivo de la víctima y se emplea el adverbio "libremente" como si fuera sinónimo de "tranquilamente", pues es la tranquilidad en el ejercicio de la libertad ambulatoria, y no tal libertad en sí misma, en cuanto pura libertad de obrar, la que se ve comprometida por la conducta de acecho.

Por cuanto se lleva expuesto, en definitiva, procede estimar parcialmente el recurso de la defensa, en el sentido de absolver al acusado del delito de coacciones por el que fue condenado en primera instancia, manteniendo en cambio su condena por el de amenazas, al que como hemos visto, las conductas que consideramos atípicas sirven de soporte probatorio indirecto, que viene a corroborar el testimonio único de la víctima"⁴.

Planteamiento contrario es el que sostiene la Sentencia de la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 29 de junio de 2009⁵:

“La Sala estima que tan sólo parcialmente asiste la razón a la parte recurrente. Hemos de partir de la consideración en la que concluye la juzgadora de instancia al final del

⁴ SAP, Penal sección 4 del 08 de Junio del 2009 (ROJ: **SAP SE 2169/2009**)
Recurso: 8640/2008 | Ponente: JOSE MANUEL DE PAUL VELASCO

⁵ SAP, Penal sección 6 del 29 de Junio del 2009 (ROJ: **SAP BI 1651/2009**)
Recurso: 312/2009 | Ponente: JOSE IGNACIO AREVALO LASSA

fundamento de derecho tercero: "la presencia del acusado coincidiendo con la denunciante no se debía solo a que siguiera sus rutinas sino a seguimientos y encuentros buscados, acudiendo a sus lugares de trabajo cuando sabía que iba a estar ella, acudiendo a las inmediaciones del domicilio de ella, esperando en la parada de autobús de madrugada frente al bar donde ella trabaja sin razón alguna, acudiendo a esos lugares solo y colocándose dentro del bar en la zona donde puede controlarla visualmente, por lo que se infiere que el acusado lo que pretendía era acosar, seguir controlando a su expareja y obligarla a seguir teniéndole presente, a pesar de que el acusado reconoce que era conocedor de que ella no quería verle ni que fuera a donde ella trabaja".

Es decir, la sentencia establece con total nitidez que los numerosos encuentros entre la denunciante y el acusado no fueron en absoluto fortuitos, no tuvieron que ver con ese desenvolvimiento de la vida ordinaria al que se refiere el escrito de recurso, estando motivados por el deseo del acusado de hacerse presente y de controlar los movimientos de la denunciante. Desde la perspectiva de ésta, no se trata, al contrario de lo que se defiende en el escrito, de que simplemente le moleste encontrarse por la calle con su expareja, sino de estar siendo objeto de un seguimiento y una persecución, de encontrarse de modo reiterado con el acusado en circunstancias de las que con claridad se infiere ese ánimo de acoso o seguimiento; no puede hablarse, en consecuencia, de una simple y llana utilización del procedimiento penal para quitarse al acusado de en medio.

La Juzgadora, que valora la prueba desde la perspectiva privilegiada de la inmediación, explica perfectamente por qué llega a esa conclusión en términos que, por su racionalidad y fuerza de convicción, en esta alzada no pueden ser objeto de revisión.

Hemos de partir de que, discurriendo por esos derroteros los términos de la impugnación, se da por buena la existencia de encuentros entre ambos. Esto supuesto, se tiene en cuenta en la sentencia, en primer lugar, que, con independencia de que en alguna ocasión pudieran encontrarse accidentalmente, se producían muchos de ellos en circunstancias tales que impiden apreciar el carácter fortuito y muchos menos que en esos momentos el acusado se encontrara llevando a cabo actividades que pudiera desempeñar cualquier persona en su vida ordinaria de relación: permanencia en la parada del autobús a las 1,00 de la madrugada o solo dentro de un bar en un punto desde el que tener control visual del trabajo de la denunciante, permanencia en el portal del domicilio, etc., por ejemplo.

En segundo lugar, se relacionan las manifestaciones de tres testigos, una amiga, la hija y el hermano de la denunciante, que dan buena cuenta de la reiteración de la presencia del acusado. De estas declaraciones se infiere con claridad que era precisamente la vida social de la denunciante la que se veía alterada con las constantes interferencias producidas por la presencia del acusado. Por mucho esfuerzo que despliegue la defensa, no puede en absoluto admitirse con normalidad el encuentro producido siempre que salía aquella de casa para dirigirse a trabajar en los dos trabajos, para volver o para dirigirse a otra serie de actividades que manifiestan los testigos.

En tercer lugar, se dispone del parecer técnico expresado por el médico forense en relación con la afectación de toda esta situación en la salud psíquica de la denunciante. El detalle en relación con esta cuestión con el que es valorada esta prueba en la sentencia ha de entenderse complementado con la constancia de que la denunciante tuvo que recurrir al acompañamiento de alguno de los testigos mencionados para sobrellevar la intranquilidad y malestar producido por la imperturbable presencia del acusado al salir de su domicilio.

En definitiva, la valoración de la prueba conduce ineludiblemente a la conclusión de la sentencia que ha sido anticipada: no se trató en absoluto de encuentros fortuitos, por su reiteración y circunstancias ha de inferirse que fueron buscados de propósito por el acusado y

que quien ha visto alterada su vida cotidiana como consecuencia de toda esta situación no ha sido el acusado que se presenta como víctima sino precisamente la denunciante.

Es cierto que en esos encuentros no ha mediado comunicación por parte del acusado y que no ha proferido expresiones amenazantes o insultantes, pero también, como se dice de contrario, que no ha sido ese el objeto del procedimiento, como tampoco habría sido en ese caso igual la calificación. Esto no quiere decir que el comportamiento del acusado haya de ser considerado atípico.

La Sala suscribe las consideraciones efectuadas por la Juzgadora en torno a la infracción por la que finalmente condena. El comportamiento del acusado tiene un indudable componente coercitivo, dirigido a doblegar la voluntad de la víctima. Una vez cesada la relación entre ambos, no tiene por qué soportar ésta el control y la vigilancia sobre todos sus movimientos que se infiere del relato de hechos probados.

Sin embargo, también es evidente que el ilícito deriva de la reiteración de la conducta. Dicho de otro modo, un solo encuentro o encuentros aislados no serían suficientes para configurar la infracción penal. Es evidente que en la sentencia se tiene en cuenta el hostigamiento continuo y la reiteración para llegar a la conclusión de la existencia de una coacción penalmente relevante. Esta coacción podía haber sido calificada como grave por el artículo 172.1 o como una coacción leve en el ámbito de la violencia de género por el artículo 172.2, tesis esta última que es la que se ha abierto paso. Lo que entiende la Sala que no cabe es la apreciación de una continuidad delictiva cuando la repetición de actos ya se ha tenido en cuenta para configurar el ilícito penal. Es éste el único punto en el que ha de darse la razón al recurrente. La no aplicación de lo dispuesto en el artículo 74 CP elimina la necesidad de aplicación de la pena en su mitad superior, imponiéndose la pena de prisión de siete meses, excediendo ligeramente el mínimo legal apreciando por un lado la gran reiteración de actos y, por otro, el diverso ámbito de la vida de la denunciante en el que aquellos tenían lugar”.

Se introduce un nuevo **artículo 172 ter**, con el siguiente contenido:

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:
 - 1º. La aceche o busque su cercanía física.
 - 2º. Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
 - 3º. 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.
 - 4º. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.
 - 5º. Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.
2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art.173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.
3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieren corresponder a los delitos en que se hubieren 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.

El tipo recoge las conductas que habitualmente se dan en la realidad: acechar o buscar la cercanía física, como es la habitual de merodear o aposentarse en las inmediaciones del

domicilio, lugar de trabajo, de estudios o de ocio (actitudes de vigilancia, observación y seguimiento); comunicar con la víctima por cualquier medio, siendo las más habituales la realización de llamadas telefónicas insistentes y a horas intempestivas, la remisión de correos postales o electrónicos, la suplantación de personalidad en las redes sociales, el envío de mensajes a través de familiares o amigos; el uso indebido de datos personales; los daños en su patrimonio o la presión sobre las personas ligadas a la víctima, hijos principalmente; sin que se haya caído en el error de exigir expresamente un determinado número de ocasiones en que debe realizarse la conducta para considerar que se ha cometido la infracción o que estas deben haberse efectuado dentro de determinado periodo de tiempo al prever que sea de forma “insistente y reiterada”, conceptos que deberán examinarse en cada caso, lo que el informe del CGPJ califica como de “valoración conjunta del patrón conductual en un determinado lapso de tiempo”, y que excluyen en principio que por la comisión de una sola de estas acciones pueda sancionarse a alguien.

En el informe de la FGE se indica la posibilidad de que esta insistencia y reiteración no siempre existirán en los supuestos previstos en el art.172.ter 1.3º ya que podrían encuadrarse en este apartado aquellos supuestos en los que se colocan anuncios en un medio de comunicación o en internet que someten a la víctima a continuas llamadas y que si embargo, el autor del anuncio ha realizado una única conducta que perdura en el tiempo⁶.

La enumeración cierra con una cláusula abierta, la realización de cualquier conducta análoga a las anteriores, tanto para evitar que queden fuera de las previsiones legales conductas no incluidas pero constitutivas de acoso, como para permitir que nuevas formas de actuación que pudieran surgir con idéntica finalidad quedaran fuera de las previsiones legales; entre ellas podríamos citar la irrupción en el domicilio, los actos de exhibición obscena o el envío de obsequios y regalos.

Esta cláusula de cierre ha sido criticada por el informe de la FGE que considera poco acertado acudir a la analogía de una forma tan genérica; se reconoce la dificultad que supone hacer una enumeración exhaustiva de tales conductas y la imposibilidad de establecer un “numerus clausus” dada la diversidad de comportamientos que pueden darse en la práctica que sean susceptibles de integrar esa figura delictiva, pero una formulación tan abierta genera una inseguridad genérica no deseable y resulta contraria a los principios de legalidad y taxatividad en la formulación de los tipos (art.25.CE)⁷.

En cualquier caso se exige como resultado la alteración grave en el desarrollo de la vida cotidiana de la persona víctima del acoso aunque éste no sea el resultado pretendido por el sujeto activo del delito (síndrome de estrés posttraumático, depresiones, ansiedad, cambios de lugar de residencia, descenso en el rendimiento laboral, alteraciones en los resultados académicos).

Exige el nuevo precepto, en los mismos términos que el tipo básico de coacciones del art.172, que la conducta se realice “sin estar legítimamente autorizado”, referencia que la doctrina considera innecesaria en cuanto que la presencia de causas de justificación son de apreciación aunque no se mencionen expresamente en los preceptos penales, por lo que si las conductas típicas fueran resultado del ejercicio legítimo de un derecho o del cumplimiento de un deber la actuación estaría justificada.

⁶ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

⁷ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

En otros ordenamientos se prevén agravantes como las referidas a la violación de una orden judicial que prohíbe la comunicación y aproximación entre las partes o el uso de armas, estando limitada en el anteproyecto al supuesto de que el ofendido sea una de las personas del art.173.2. del Código penal, agravación que tiene sentido si se tiene en cuenta que si bien, en el derecho comparado, la penalización de estas conductas se inició identificándose como un delito contra famosos o celebridades⁸, posteriormente se relacionó con relaciones fallidas y con la violencia de género, indicando los diferentes estudios que la mayor parte de los supuestos de acoso se producen habitualmente por hombres contra mujeres con las que pretenden mantener, mantienen o han mantenido una relación sentimental.

El informe de la FGE considera conveniente que la agravación se extendiera a otros supuestos, igualmente graves y que están fuera de dicho ámbito, como aquellos en los que el ofendido fuera una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación⁹.

El informe del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial critica que ni se haya exceptuado que, en los casos de violencia de género, la pena de multa no cabe, y debería, del mismo modo, excepcionarse en el número 4, que la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal no opera en los delitos de violencia de género.

Además debería preverse que, aunque la pena no sea superior a un año de prisión, se puede imponer una medida de libertad vigilada cuando se trate de un delito cometido en el ámbito de la violencia de género.

En relación a la multa, con carácter general, se señala que la pena de multa debe excluirse en los delitos relacionados con la violencia de género para tutelar los intereses económicos de la víctima: la multa afecta a la capacidad económica de la unidad familiar y no solo al autor, repercutiendo negativamente en la víctima; y el anteproyecto suprime esta prohibición de acudir a la multa en supuestos de pena por delitos relacionados con la violencia de género ya sea de forma directa o como medida sustitutoria .

Los problemas concursales se solucionan al igual que en el delito de violencia física o psíquica habitual castigando el delito sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso (coacciones, amenazas, daños, quebrantamientos, injurias, revelación de secretos...), cláusula concursal que excluye la infracción del principio non bis in idem y que pone de relieve que al igual que en aquél delito el acoso es algo distinto de los concretos actos de acoso, aisladamente considerados, y el bien

⁸ <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/06/08/madrid/1244459373.html> . Es el suceso ocurrido la noche del 7 de junio de 2009 en el que un ciudadano alemán de treinta y nueve años intentó agredir con una ballesta a la actriz Sara Casanovas a la salida del teatro Reina Victoria de Madrid en la que ella representaba la obra "La noche de la iguana"; el agresor que llevaba en una mochila dos ballestas con repuestos, flechas de plástico con puntas de arpón de quince centímetros, grilletes, un sogá gruesa y otra cuerda fina con el nudo del ahorcado en cada extremo, además de un cartel de la obra que la actriz representó unos meses antes; el hombre estaba obsesionado con la actriz y le había escrito numerosas cartas declarándole su amor desde que la había visto hacía un año y medio a través del Canal Internacional de TVE. En ocasiones anteriores se había presentado en una localidad fuera de Madrid donde ella representaba una función y le había requerido para que contestara las cartas, habiéndole dejado claro la actriz que no quería entablar ninguna relación con él. En esta ocasión se presentó en las puertas del teatro exigiéndole que contestara las cartas y ante la negativa la garró por el cuello, sacó la ballesta y trató de dispararle en la cara.

⁹ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

jurídico protegido es distinto al protegido de forma individual en cada uno de ellos, puesto que lo que se trata de proteger es el equilibrio emocional del perjudicado, evitándole sentimientos de inseguridad e intranquilidad, sin precisar que la dignidad de la persona se vea afectada.

Por último, en todos los supuestos, se condiciona la perseguibilidad de esta infracción penal a la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, prevención que tiene sentido en otros ordenamientos, como el alemán, en el que se prevén medidas de carácter civil, pero no en el nuestro en el que la respuesta penal se configura como única respuesta frente a este tipo de conductas.

4. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

Según la Exposición de Motivos 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 **art.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 su 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 otras personas 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.

Hasta ahora estas conductas cuando las imágenes han sido captadas con el consentimiento de la víctima han sido sancionadas, en la mayor parte de los supuestos, como constitutivas de un delito o falta de injurias aunque su ámbito propio es el de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

En otro supuesto, las imágenes difundidas pueden haber sido obtenidas sin el consentimiento del afectado pero siendo lícita su captación; es el caso de la difusión de grabaciones efectuadas por cámaras de seguridad al amparo de la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, por la que se regula utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos, con objeto, conforme al art.1 de grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública;

Si bien el art.6.5 tampoco autoriza la grabación en dichos lugares cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.

Cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a las grabaciones deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas, siéndole de aplicación, en caso contrario, conforme al art.8.2. lo dispuesto en el

art.10, que establece que cuando no haya lugar a exigir responsabilidades penales, las infracciones a lo dispuesto en la presente Ley serán sancionadas con arreglo al régimen disciplinario correspondiente a los infractores y, en su defecto, con sujeción al régimen general de sanciones en materia de tratamiento automatizado de datos de carácter personal

Como expone María José García-Galán San Miguel “podemos preguntarnos si la difusión de una comunicación de carácter sexual o íntimo de otra persona a la que se ha tenido acceso sin interceptar las comunicaciones está castigada en el Código penal. En mi opinión, salvo que se considere constitutiva de un delito de injurias si la finalidad de la difusión es la de lesionar la dignidad de una persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, delito privado, la respuesta debe ser negativa. Es sabido que la protección de la imagen se circunscribe al ámbito civil. No todas las vulneraciones a los derechos fundamentales son constitutivas de infracción penal. Como conclusión, la conducta consistente en interceptar un video de contenido íntimo, violentando mecanismos de seguridad y difundirlo, es delito que ya está previsto y penado en el Código penal. Pero la conducta consistente en difundir esa misma comunicación cuando ésta ha llegado a manos del que la difunde de forma legítima, es discutible. Por lo que la difusión de videos de contenido íntimo y reservado debería tipificarse con independencia de la forma de obtención, para garantizar de esta forma el derecho a la intimidad personal, familiar y propia imagen, habida cuenta del gran impacto que puede tener la difusión a través de medios electrónico por las características de extensión temporal y espacial”. Para Manuel Estrella Ruiz “el precepto puede plantear serias dudas de aplicación e interpretación, pues siendo encuadrable el célebre suceso reciente que desde un punto de vista ciertamente populista motiva la reforma, y que no está exento de morbo por el cariz político de su protagonista, ello puede extenderse a otros muchos supuestos, como la simple aportación a un proceso gráfico, cuya posesión era legítima para el otro pero no así su cesión o entrega aun proceso. Casos así, pueden llevar una vez mas a una judicialización excesiva de ciertas cuestiones, a situaciones excesivamente rigurosa y a una vulneración del principio de intervención mínima, por lo que sería deseable que en el proceso de discusión parlamentaria se aquilatara el precepto, reservándolo para documentos de contenido íntimo y que por su naturaleza, pertenecieran al círculo de intimidad más estrecho. Tampoco se nos escapa, al dificultad práctica que su persecución va a representar en las redes sociales, foro perfecto para la divulgación de los contenidos cuya intimidad se pretende preservar”¹⁰.

Art.197.4.bis.

“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 alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

La experiencia nos ha demostrado que en el ámbito de la violencia de género no son infrecuentes las denuncias en las que la mujer se refiere al hecho de que su ex pareja no se limita a amenazarle con difundir determinadas imágenes pertenecientes a su intimidad y obtenidas en un momento en que la relación existente le hacía confiar en que nunca se haría

¹⁰ http://www.elderecho.com/www-elderecho-com/conveniente-tipificacion-grabaciones-informaticas-suficiente_12_489435001.html

un uso espurio de las mismas, sino que efectivamente procede a su divulgación, mas o menos amplia, desde su remisión directa a la actual pareja de la mujer o a sus familiares y amistades, hasta su publicación en las redes sociales, su difusión por teléfono y el más sencillo de fotocopiarlas y repartir las copias en los ambientes en los que la mujer se mueve, ya sea su barrio o su centro de trabajo o de estudios.

En el informe de CGPJ se indica en primer lugar que el delito se configura como de tipo mixto alternativo (difundir, revelar o ceder a terceros), aunque los términos se equiparan en el sentido de que todos ellos exigen la comunicación o transmisión de las grabaciones o vídeos a terceros, aunque, como se señala por la doctrina, difundir supone un número mas amplio e indeterminado de destinatarios de la comunicación; en segundo lugar, que se configura como un delito especial, por cuanto que solo podrá ser cometido por aquél que hubiera obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas con el consentimiento de la víctima; y por último que resulta lógica y ajustada a Ley Orgánica 1/982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la precisión de que las imágenes o grabaciones audiovisuales han de haber sido obtenidas en un domicilio o en un lugar excluido del alcance de la mirada de terceros¹¹.

El informe de la FGE es totalmente opuesto a este nuevo tipo delictivo¹²:

“Parece no obstante, que conductas como la descrita en este tipo de nueva factura, que desde luego no estarían cubiertas por los tipos de descubrimiento y revelación de secretos del art.197 al concurrir ese consentimiento inicial, podrían subsumirse también en el vigente art.173.1 que castiga con una pena superior a la del nuevo tipo (prisión de seis meses a dos años) al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

Si analizamos la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado del tipo de delito contra la integridad moral, entendemos que las conductas que expresamente se tipifican en el anteproyecto podrían tener cabida en el mismo.

El delito contra la integridad moral tiene asignada una pena de prisión de seis meses a dos años. El delito del art.173 representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, requiriendo para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial (infligir a una persona un trato degradante) y un resultado (menoscabando su integridad moral) (STS nº 818/2002, de 8 de mayo).

La integridad protegida se identifica con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona. El tipo, como valor derivado del art.15.CE plasma el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana.

Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral. Consiste en someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

El art.173 operaría como un tipo de recogida o tipo de arrastre (auffrangtatbestand en la terminología alemana) en el sentido de que viene a constituir una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento un ataque contra el mismo bien jurídico protegido, que entra en juego cuando la conducta enjuiciada ni pueda subsumirse en otras figuras más específicas del Código penal que impliquen también un

¹¹ Informe CGPJ al anteproyecto de CP

¹² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

atentado contra la dignidad moral de otros, de las que existen numerosos ejemplos en otros título del Código (SAP Sevilla , sec 4ª, nº 150/2004, de 4 de marzo).

En cuanto al elemento medial (infligir a una persona un trato degradante), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo conecta con someter a una persona humillación o degradación alcanzando unos niveles mínimos de severidad. Esos niveles deben ser evaluados en relación con las circunstancias del caso (STEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido).

Avanzando más, las SSTS nº 1218/2004, de 2 de noviembre, 819/2002 de 8 de mayo y 1122/1998 de 29 de septiembre, consideran que los tratos degradantes son “aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral”. Con carácter general la expresión “trato degradante” presupone una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente “ataque” (STS nº 819/2002 de 8 de mayo). En esta línea la SAP , sec 4ª nº 150/2004, de 4 de marzo, exige en la conducta típica dos caracteres; la continuidad y la eficacia oara inducir sentimientos de angustia y de humillación. Sin embargo el TS no encuentra obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello (STS nº 819/2002, de 8 de mayo). También la STS nº 489/2003, de 2 de abril considera que lo normal es que concurra permanencia o repetición pero con simultanea admisión de la posibilidad de quedar integrado en un solo acto.

El delito contra la integridad moral del art.173.1 permite pues el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral. Son conductas, estas últimas, de trato degradante, que en su individual consideración no son calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral y que tienen cabida en el precepto (STS 1218/004, de 2 de noviembre).

En cuanto al resultado típico, debe ser un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma, que se configura como valor autónomo, independiente de otros derechos (STS nº 1218/2004, de 2 de noviembre), en especial del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona (STS nº 819/2002 de 8 de mayo). En lo referente al concepto penal de integridad moral, ha de delimitarse fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad (STS nº 1218/2004 de 2 de noviembre). El atentado a la integridad moral debe ser grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art.620.2º del P (STS nº 819/2002 de 8 de mayo). En esta línea la STS nº 489/2003, de 2 abril declara que el art.173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. En el mismo sentido, STS nº 2101/2001, de 14 de noviembre.

En cualquier caso, no se requiere que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica, cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones (STS nº 489/2003 de 2 de abril).

La STS nº 489/2003, de 2 de abril aún declarando que no se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal, incluye la realización de “novatadas” y, en general las conductas susceptibles de producir en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral, y conductas, como desnudar a un detenido y obligar a realizar flexiones etc comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.

Se ha considerado aplicable el tipo del art.173.1 en un supuesto de hechos vejatorios y gravemente degradantes inferidos a un ciudadano “al que no sólo le tuvieron en un estado de terror permanente, sino que utilizaron toda clase humillaciones obligándole a desnudarse, además de infundirle un terror psicológico incuestionable” (STS nº 454/2004, de 6 de abril).

En definitiva, recapitulando, entendemos que las conductas que tratan de ser sancionadas por el nuevo tipo propuesto, pueden ya subsumirse en el tipo contra la integridad moral, por lo que no sería estrictamente necesaria su creación ex novo, creación que por lo demás puede generar nuevos problemas.

Podría contraargumentarse que la tipificación expresa tiene la ventaja de clarificar la relevancia penal de la conducta, con los consiguientes efectos beneficiosos de prevención general y que permite establecer una penalidad mas ajustada. Sin embargo, debe repararse en que también trae nuevos problemas: repárese en que tal como se describe la conducta, quedaría fuera de ella la del tercero ajeno al pacto que consigue el material y lo difunde.

Por ello, si se entiende imprescindible tipificar expresamente tales conductas, debe aquilatarse la redacción del tipo para evitar dejar fuera del radio aplicativo del mismo conductas de idéntica gravedad. Debiera también cuidarse la descripción típica, pues en algunos casos se emplean en nuestra opinión expresiones impropias de una norma legal, por demasiado coloquiales (en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros) y en otros casos se detecta una redacción simplemente descuidada (la intimidad personal de esa persona)”.

5. AGRAVACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA HABITUAL

La redacción actual del **art.173.2** del Código penal consta de dos párrafos; el primero en el que se tipifica la violencia física o psíquica habitual en el ámbito de la violencia de género y familiar, y el segundo, en el que se prevé que se impongan las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art.48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

El Anteproyecto, en el artículo nonagésimo séptimo, prevé una modificación del apartado 2 del art.173, con un solo párrafo, que mantiene la actual redacción del párrafo primero del mismo artículo con la única salvedad de suprimir la referencia a las faltas en su último apartado (...o faltas...):

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de

afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos *o faltas* en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

La supresión del segundo párrafo, a la que no se refieren el informe del CGPJ ni el informe de la FGE, quizás porque pueda tratarse simplemente de un error u olvido del anteproyecto, ha llevado al Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial a sugerir el mantenimiento de la agravación ya que la perpetración del delito en el domicilio facilita la comisión del mismo, al ser un espacio íntimo, que además impide el auxilio a la víctima por terceras personas. El hecho de cometerse ante menores, hijos e hijas, o utilizando armas supone un plus de sufrimiento en la víctima que requiere una respuesta penal proporcionada; lo mismo cabe decir de la comisión quebrantando una medida de seguridad, cautelar o pena del art.48, puesto que supone una manifestación del desprecio por las normas y las resoluciones judiciales que deben hacer acreedor al condenado de una agravación.

En relación a este mismo artículo, art173.CP, debe hacerse referencia al hecho de que la despenalización de la falta de vejaciones injustas de carácter leve prevista en el art.620.2º del vigente Código penal, no va acompañada de la correspondiente tipificación de esta misma conducta como un delito leve contra la integridad moral (como si sucede con otras conductas como las lesiones, maltrato de obra, amenazas o coacciones), reclamando el citado Grupo de Expertos que se castigue esta conducta de menor levedad en el ámbito de la violencia de género, con una pena, igualmente menor, que puede ser la que se prevé para el vigente art.620, exceptuando, por lo tanto siempre, la pena de multa y sin que sea necesaria la denuncia.

Se justifica esta petición en las conclusiones que han sido extraídas de los informes realizados por la Sección del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, donde, en gran parte de los casos de mujeres muertas en el ámbito de la violencia de género las primeras señales eran de meros insultos o vejaciones, que aparentemente eran de menor gravedad y que posteriormente se fueron agravando hasta el resultado fatídico (el 40 % de las sentencias de faltas dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son por vejaciones injustas).

Se añade que la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, prevé que se pueda conceder en los supuestos de delitos y faltas, por lo que si la falta de vejaciones queda despenalizada y no se mantiene como delito contra la integridad moral de carácter leve, la mujer no podrá acudir a solicitar protección, incumpléndose los compromisos de lucha efectiva contra esta lacra social.

6. MANIPULACION DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS

La posibilidad de que pudiera acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato el incumplimiento de la prohibición impuesta por el Juez de aproximarse a la persona protegida en cualquier lugar donde se encuentre así como de acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por ella, se recogió expresamente en el párrafo segundo del art.64.3 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género (De las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones).

El art.48.4 del Código penal ya preveía que el control de las medidas previstas en este precepto pudiera realizarse a través de aquellos medios electrónicos que lo permitieran, en referencia a la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (lugar de comisión del delito o de residencia de la víctima o de su familia) y a la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por ellos).

La Exposición de Motivos se refiere al hecho de que en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces cuando no respeta las normas de funcionamiento del dispositivo, haciendo este ineficaz, o fractura intencionadamente el dispositivo transmisor, sin aproximarse a la víctima, ni a los lugares determinados en la resolución judicial, como se expone en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Esta Circular distingue las situaciones en las que el dispositivo no funciona a consecuencia de la actuación voluntaria del imputado y los supuestos en los que el imputado fractura intencionadamente el brazalete pero no invade las zonas de exclusión establecidas en la resolución judicial.

En el primer caso se podría estar ante un delito de desobediencia, pues la imposición de tales mecanismos de detección de proximidad ha sido acordada en una resolución judicial u el imputado debe haber sido requerido para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo con el apercibimiento que, de no hacerlo así, puede incurrir en el citado delito; tal requerimiento deberá constar en la propia resolución o en el acta de la notificación de la resolución en la que se acuerda la imposición de estos mecanismos para el control.

En el segundo caso, esta conducta no sería subsumibles en el tipo penal de quebrantamiento del vigente art.468 del Código Penal, por cuanto dichos dispositivos no constituyen en sí el contenido de la pena o medida siendo únicamente un instrumento para controlar el cumplimiento de la misma. En su caso, podrían ser constitutivas de un delito de desobediencia, en la medida en que la imposición de estos instrumentos de detección de proximidad se ha acordado en una resolución judicial, y además, en atención al valor pericial de los daños causados, podría haber incurrido en una *falta* o delito de daños (arts. 625 o 263 del Código penal)..

Por estas razones se ha considerado adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar el funcionamiento de dichos dispositivos.

Art.468.3:

“Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieren sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con pena de una multa de seis a doce meses, salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena mas grave por alguna otra norma de este Código.”

Es en el “Protocolo de actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género” suscrito el 8 de julio de 2009 por el Ministerio del Interior, el Ministerio de Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, donde se recoge expresamente que el inculcado dejará constancia por escrito de que le han facilitado el DLI, que le ha sido explicado su funcionamiento y normas básicas de mantenimiento y que las ha comprendido.

El informe de la FGE parte de la inadecuada ubicación del nuevo tipo como una modalidad de quebrantamiento de medida cautelar considerando que “es contraria a las reflexiones previas del propio legislados y puede provocar, finalmente, problemas de interpretación e, incluso, dificultar la adecuada persecución de aquellos actos que sí supondrían un auténtico incumplimiento de la medida cautelar o pena para cuyo control se acordó la imposición de aquellos mecanismos.

El bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento (regulado en el Capítulo VIII del Título XX del Libro II del CP bajo la rúbrica “Del quebrantamiento de condena”), es la efectividad de determinadas resoluciones judiciales, solamente de aquellas que contienen la imposición de una pena o medida cautelar.

La imposición de un dispositivo electrónico, no es una pena ni una medida cautelar (por lo que no se incluyen en el catálogo de penas del art.33 del CP ni entre las medidas cautelares de los arts 502, 544 bis y 544 ter LECrim), sino, simplemente, es un mecanismo de control de la ejecución de algunas de ellas, por lo que, el propio art.48.CP, al regular la pena de aproximación dispone, en el párrafo 4, que el juez o tribunal podrá acordar que su control se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan, y el art.64.3 apartado 2º de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, del mismo modo dispone que podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato el cumplimiento de las medidas de prohibición de aproximación.

Por tanto, la conducta en que puede incurrir un imputado o condenado con el objeto de hacer ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto para controlar la adecuada ejecución de la medida cautelar o pena de prohibición de aproximación, no supone un incumplimiento de éstas, sin perjuicio de que, además, se acerque, a la persona protegida. En tal caso, solo esta última conducta constituiría un delito de quebrantamiento, mientras que la acción llevada a cabo para burlas la efectividad del dispositivo, podría ser constitutiva de un delito de desobediencia, cuyo bien jurídico protegido es la eficacia de la función pública.

Por ello y como primera reflexión, consideramos inadecuada la inclusión del tipo penal en estudio dentro del Capítulo VIII relativo al delito de quebrantamiento de condena,

considerando que debería ser regulado como una modalidad del delito de desobediencia del art. 556.CP”¹³.

En cuanto a la descripción de las acciones que se pretenden delictivas – inutilizar, perturbar, no llevar consigo, omitir medidas – son en definitiva, según el informe de la FGE, “aquellas acciones u omisiones voluntarias del condenado o imputado que dificultan el adecuado funcionamiento de tales dispositivos, que pueden ser de gran variedad, y que, como ya se apuntaban en la Circular 6/2011, se concretan en aquellas que provocan la ineficacia del sistema sin causar daños al dispositivo (no cargar de forma contumaz la batería o alejarse reiteradamente de la unidad Track 2) o las que conllevan la fractura de alguno de sus mecanismos (rotura del brazalete).

Por ello consideramos que debería abordarse una redacción en la que se concretaran las acciones punibles mas graves, a fin de evitar que puedan ser objeto de persecución o sanción aquellas otras que por ser de menor entidad o no ser reiterativas deben quedar al margen del derecho Penal.

Entendemos, igualmente que las modalidades de perturbación del funcionamiento y de omisión de medidas de mantenimiento deberían ir precedidas del inciso “a propósito” para evitar la tipicidad de conductas carentes del necesario contenido de antijuridicidad material y con infracción del principio de subsidiariedad y de intervención mínima.

Por otra parte, y partiendo de la propia Exposición de Motivos, se advierte que la finalidad del legislador es la de procurar dar una respuesta penal adecuada a aquellas conductas cuando afectan a los dispositivos impuestos para el control de las penas y medidas de seguridad o cautelares de alejamiento, y no otros como pudieran ser los de localización, pues es en aquellos donde se producen las peculiaridades jurídicas a que se refiere el legislador, por lo que sería necesario que se identificaran tales dispositivos como los “impuestos para el control de las penas contempladas en el art.48-1 y 2 del CP o medidas de seguridad o cautelares de igual naturaleza”.

La redacción de debe posibilitar la sanción expresa de la causación intencionada de daños al dispositivo que determinen su ineficacia y aquellas otras conductas, por acción u omisión, que de forma reiterada lleva acabo el imputado o condenado para conseguir la misma finalidad”¹⁴.

La pena de multa se considera inapropiada para los casos de que se trate de violencia de género, conforme al informe del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, quien asimismo aboga porque para evitar interpretaciones sobre cuando se considera a efectos penales que el sujeto activo conoce la prohibición u obligación impuesta en la resolución judicial que se quebranta se añada un nuevo párrafo que diga que “para entender cometido el delito de quebrantamiento será suficiente la notificación personal de la resolución judicial”.

El último inciso – “salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena mas grave por alguna otra norma de este Código” – recoge expresamente el principio de alternatividad previsto con carácter general en el art.8.4º del Código penal para los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o mas preceptos de este Código; ahora bien,

¹³ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

como señala el informe del CGPJ, si la creación de un tipo específico permite solventar las dificultades indicadas en la Exposición de Motivos, carece de sentido condicionar su aplicación a que en otro precepto de este Código no se sancionen los hechos con mayor gravedad, sin siquiera indicar a qué artículo se está haciendo referencia, sugiriendo por ello la supresión del inciso a que se hace mención de manera que, en cualquier caso, la conducta descrita en el ordinal tercero del artículo 468 sea sancionada, exclusivamente, conforme a dicho precepto¹⁵. Estos otros preceptos serían el art.263 que castiga con pena de multa de hasta veinticuatro meses los daños causados en propiedad ajena cuando la cuantía del daño excediera de cuatrocientos euros, y el art.556 que castiga con pena de prisión de seis meses a uno año la desobediencia grave a la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

En el informe de la FGE se alega que “este argumento redundaría en la inadecuada inclusión de este tipo nuevo penal en el delito de quebrantamiento pues, los hechos, en la mayoría de las ocasiones, serán también subsumibles en un delito de desobediencia o en un delito de daños menos grave (en atención al alto valor de estos dispositivos), delitos, en ambos casos, sancionados con penas mayores que la prevista para el nuevo tipo penal que tratamos, lo que determinará su nula aplicación y refrenda nuestra postura en orden a la adecuada ubicación como una modalidad del delito de desobediencia.

En consecuencia, y necesariamente, se habría de prescindir de la fórmula final relativa al concurso de normas comentadas, pero debería incluirse en el precepto aquella que permita que el que cometa esas conductas, sea también condenado por un delito de quebrantamiento cuando, además, se aproxima a la persona protegida. De esta forma se impediría, de forma positiva, la aplicación a estos supuestos, en los que el plus de antijuridicidad es mayor, de las normas relativas al concurso medial que primarían a aquel imputado o condenado que no solo desobedece a la autoridad judicial haciendo ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto sino que ha vulnerado la medida cautelar o pena de alejamiento que se impuso para proteger a la víctima”¹⁶.

La competencia para el conocimiento de esta infracción penal siempre que no vaya acompañada de un acto de violencia contra la mujer protegida, seguirá siendo competencia de los Juzgados de Instrucción y no de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ya que sigue configurado como un delito contra la Administración de Justicia, siendo aconsejable que correspondiera a estos Juzgados y no a aquellos ya que son quienes mejor podrán valorar la situación de riesgo para la víctima en el caso de quebrantamiento así como las circunstancias en las que se ha cometido, y, dado que le corresponde celebrar la comparecencia prevista en el art.544.bis, in fine para la modificación o mantenimiento de las medidas vigentes, evitar que la víctima vaya de un Juzgado a otro cuando es testigo principal del delito de quebrantamiento, considerando además que el bien jurídico protegido no es única y exclusivamente la Administración de Justicia sino también otros que están vinculados con el objeto de la LO 1/2004, siguiendo con ello la línea marcada por el Consejo General del Poder Judicial atribuyendo a los Juzgados de lo Penal encargados del enjuiciamiento de los delitos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer los instruidos por los Juzgados de Instrucción por el quebrantamiento de las medidas acordadas por esos Juzgados especializados.

¹⁵ Informe CGPJ al anteproyecto de CP

¹⁶ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

Esta asunción de competencias por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se reclama asimismo para el conocimiento de los restantes nuevos tipos a los que se ha hecho referencia anteriormente (divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada, delitos de acoso y hostigamiento del art.172.ter.1 y 2, cuando se cometan en el ámbito de la violencia de género, y matrimonio forzado del art.172.bis), porque es acorde con el espíritu de la ley integral el que la tutela judicial garantice un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género, encontrándonos ante un fenómeno complejo en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas, que tienen que abarcar desde las normas procesales y sustantivas hasta las disposiciones relativas a la atención a la víctima.

7. DELITOS CONTRA EL HONOR

El proyecto despenaliza las conductas que pudieran ser constitutivas de injurias leves y vejaciones injustas previstas hasta el momento en el art.620.2 del Código penal sin que en los preceptos correspondientes del Título XI de los Delitos contra el honor, se haga modificación alguna, por lo que quedan únicamente como constitutivas de delito en los términos del art.208.pfo.2º del Código penal las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, y las que, conforme al art.280.pfo.3º, consistiendo en la imputación de hechos se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

No puede obviarse el contenido del art.215 del Código penal, aunque se trate de delitos violencia de género, por lo que será preciso la querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, salvo que la perjudicada fuera funcionario público, autoridad o agente de la misma y la ofensa se refiriera a hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, supuesto en el que el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones (art.210.- la única modificación que se introduce es la referencia a las faltas que se contenía en este precepto relativo a la exención penal por exceptio veritatis de las injurias contra funcionarios públicos).

Es precisa la licencia del Juez o tribunal que conociere del juicio si la calumnia o injuria se vertiera en juicio y, en todo caso, el culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del art.130 del Código penal.

8. DENUNCIA PREVIA

Como consecuencia de la supresión de las faltas y de la tipificación como delito de aquellas que se han considerado más graves, se ha supeditado al régimen de persecución a instancia de parte de infracciones que hasta entonces se perseguían de oficio.

Así sucede con el art.147.4 que introduce para las lesiones de los apartados 2 y 3 la condición de procedibilidad, al establecer que “los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”, modificación que se justifica en la necesidad de aliviar la carga de

trabajo de los Juzgados de Instrucción o el inconveniente que puede suponer para una víctima el ser citado por el Juzgado ante un conocimiento de una posible lesión de su integridad física.

Según el informe del CGPJ “la privatización del Derecho penal en esta materia significa un retroceso de lo que es la afirmación del monopolio estatal frente a la violencia, desplazándolo hacia instancias privadas e intermedias, de manera que frente al tradicional castigo de todo ataque contra la salud física y psíquica, se deja en manos del lesionado – o de su representante legal cuando se trate de un menor o un incapaz – la sanción de los mas leves. La inhibición del Estado ante ataques a bienes jurídicos fundamentales, como es el protegido por el delito de lesiones, no es aceptable cuando su lesión presenta una indudable objetividad. En este sentido, no alcanzan a las lesiones las razones que se invocan en los ataques al derecho al honor – sujetos al requisito de procedibilidad de la denuncia previa – en los que la reminiscencia histórica de la concepción subjetiva del honor persiste, en cierto modo, al conceptuarse como delitos que exigen querrela o denuncia previa del ofendido.

La exigencia de la denuncia previa dará lugar a una inaceptable granjería en los delitos de lesiones leves, en la que la integridad física quedará a merced de otros intereses, especialmente los económicos, volviéndose la denuncia en una moneda de negociación, lo que repugna a la naturaleza del bien jurídico protegido por el delito de lesiones y su defensa por el Estado.”

Esta previsión no afecta en principio a las agresiones previstas en el art.153 del Código penal, pero como se indica en el informe del CGPJ la realidad enseña que muchas de estas víctimas no formulan denuncia, si bien acuden a los servicios médicos para la curación de las lesiones causadas por su agresor, sin identificar al agresor por lo que el parte médico por lesiones leves recibido en el Juzgado de Instrucción y no en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no dará lugar a la incoación de una causa penal de oficio, quedando desprotegida la víctima, que quedará expuesta a una nueva agresión.

En el informe de la FGE se critica que las actuales previsiones del art.639.CP en relación a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda denunciar en las infracciones perseguibles a instancias de la persona agraviada cuando aquella fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida, y a que la ausencia de denuncia no impida la práctica de diligencias a prevención, no hayan sido incluidas en la reforma del art.147 ya que la práctica de diligencias a prevención resulta necesaria en las lesiones recogidas en el apartado 2 pues para determinar la gravedad del hecho debe atenderse al medio empleado o al resultado producido, lo que implica la necesidad de practicar diligencias de investigación, a lo que puede añadirse que dichas diligencias a prevención evitarán que los delitos relacionados con la violencia de género queden sin instrucción¹⁷.

9. DISPOSICION TRANSITORIA CUARTA

Mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal los delitos leves tipificados en los art.147.2 (lesión menos grave, art.617.1 derogado), 147.3 (maltrato de obra, art.617.2 derogado), 171.7 (amenaza leve, art. 620.1 y 2 derogado), 172.3 (coacción leve,

¹⁷ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

art.620.2 derogado), 249 (estafa de escasa gravedad, art.623.4 derogado), 263 (daños de escasa gravedad, art.625.1. derogado), 274,2.pfo.º (posesión de productos o servicios con signos distintivos con reducida cuantía de beneficio económico, art.624.2 derogado), 270.1.pfo.2º (distribución al por menor de productos que infringen la propiedad intelectual, art.623.5 derogado) y 234.2 (hurto de escasa gravedad, art.623.1 derogado), tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En concreto los citados delitos leves serán considerador como faltas penales a los efectos de mantener la competencia de los Juzgados de Instrucción, de los Juzgados de Paz y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en cuanto a su conocimiento y fallo, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 5 del artículo 14 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dichos delitos se sustanciarán conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario.

10. PARTE GENERAL

Existen asimismo determinadas propuestas de reforma en la parte general que pueden afectar directa y específicamente a los asuntos relacionados con la violencia sobre la mujer.

Es el caso de las medidas previstas en el **art.84** para la suspensión de ejecución de la pena que puede condicionarse al “cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”, en el que el informe del CGPJ considera aconsejable recoger de forma expresa la exclusión de la mediación en los supuestos de violencia de género como señala la Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004 de 28 de diciembre, y la Recomendación 3.9.1 del Manual de Legislación de Violencia sobre la Mujer elaborado en el año 2010 por Naciones Unidas¹⁸ y el artículo 48 del convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres y violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que regula la prohibición de los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas, incluida la mediación, cerrando el paso a una eventual interpretación de la tácita derogación del art.87.ter.5.LOPJ por el reconocimiento que en este número 1 del art.84 se hace de la mediación penal y de la incorporación de su resultado al procedimiento penal.

También prevé el Anteproyecto que la suspensión pueda condicionarse al “pago de una multa, cuya extensión determinará el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión”, habiéndose informado que debería mencionarse expresamente que quedan exceptuados de esta posibilidad los delitos de violencia de género.

¹⁸ La legislación ha de prohibir expresamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales.

En las leyes de varios países en materia de violencia contra la mujer, la mediación se fomenta u ofrece como alternativa a la vía penal y los procesos de derecho de familia. No obstante, cuando la mediación se utiliza en casos de violencia contra la mujer, surgen varios problemas. Retirar asuntos del control judicial presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito. Un número creciente de países está prohibiendo la mediación e casos de violencia contra la mujer. Por ejemplo, en España, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004) prohíbe la mediación de cualquier tipo en casos de violencia contra la mujer.

Se suprime la previsión expresa del actual art.84.3 para los supuestos en que se incumpla por parte del reo, condenado por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, alguna de las obligaciones o deberes impuestos para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, cuya consecuencia era su revocación; reforma que se introdujo por la LO 1/2004 como un compromiso de los partidos políticos para lograr la efectividad de las penas impuestas por delitos de violencia de género, evitando que los agresores pudieran eludir la ejecución eficaz de sus condenas.

En el anteproyecto el incumplimiento de las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al nuevo art.83 o de las condiciones previstas en el nuevo art.84 solo determinará la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena cuando sea grave y reiterado; en otro caso, el Juez podrá imponer nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, y prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiere sido inicialmente fijado (art.86.APCP).

En relación a estas prohibiciones y deberes el nuevo **art. 83.2** establece:

“Si se hubiera tratado de la comisión de algunos de los delitos tipificados en los Títulos III, VI, VII u VIII y se hubiera cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aún sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1º, 4º y 6º del número anterior”- .

Se indica en el informe del Grupo de Expertos, que aunque no se mencionen los Títulos I, Del homicidio, y Título II, del aborto, pues por la entidad de las penas previstas en abstracto para este tipo de delitos no sería aplicable la suspensión – pena privativa de libertad no superior a dos años -, es posible que en caso de aplicarse circunstancias modificativas de la responsabilidad que atenuaran la pena o por aplicación de las formas imperfectas de ejecución, la pena a imponer podría encontrarse dentro de los límites para ser acreedora del instituto de la suspensión, por lo que deberían mencionarse expresamente estos dos Títulos.

Las tres prohibiciones o deberes son:

- A) 1º. Prohibición de aproximación a la víctima o a otros miembros de su familia, sus domicilios, lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos.
- B) 4º. Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- C) 6º. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

Debe señalarse respecto de la primera de las prohibiciones que se ha excluido del ámbito de protección “a otras personas que el Juez o Tribunal estime conveniente, lo cual deja fuera de la prohibición a personas relacionadas con la víctima pero no unidas a ella por lazos familiares, como pueda ser su novio, nueva pareja o compañeros de trabajo que por su cercanía con la víctima podrían ser objeto de represalias o ser utilizados para inquietarla.

Se señala asimismo que se ha suprimido la prohibición de comunicar con estas personas que se contienen en la regulación actual, lo que no resulta acertado ya que la protección de la víctima buscada con esta protección se podrá ver comprometida si el penado tiene la posibilidad de comunicar por cualquier medio con una víctima a la que no puede aproximarse.

Como un supuesto de suspensión de pena se regula en el nuevo art. 80.3, la actual sustitución de la pena privativa de libertad regulada en el art.88, si bien se suprime la referencia actual a que en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión solo pueda ser sustituida por la trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, en cuanto que ya no hay sustitución de penas, sino una suspensión de la pena de prisión con cumplimiento de medidas, que se configuran como preceptivas (“asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) o 3) del mismo precepto”) y no como facultativas, siendo las alternativas la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad.

Respecto a la intervención de las partes en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el informe del Grupo de Expertos entiende que la audiencia de la víctima es preceptiva a estos efectos, si bien el anteproyecto solo establece la obligatoriedad de oír antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena al ofendido, o a quien le represente, en los delitos que solo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido (art.80.6), en los mismos términos que el actual art.86.CP, lo que excluye los delitos relativos a la violencia de género.

Madrid, 30 de enero de 2013.

Javier Martínez Derqui.