

DERECHO PENAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA. ALGUNAS CUESTIONES A CONSIDERAR

CRIMINAL LAW AND GENDER-BASED VIOLENCE IN SPAIN. SOME QUESTIONS TO CONSIDER

Lenny Liz

Doctor en Criminología. Miembro de la Catedra Nebrija-Santander en Gestión de Riesgos y Conflictos de la Universidad Nebrija Miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (CIPEC-SEJ047) de la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. Miembro del Grupo de investigación en Seguridad y Ciencias Criminológicas; Línea de investigación en Seguridad, Inteligencia y Amenazas Híbridas (GIR05) de la Univerisdad Isabel I de Castilla. Burgos.
E-mail: llizriv@nebrija.es

Juan José Delgado Morán

Magister en Psicología. Profesora de la Universidad Nebrija de Madrid. Autora de de más de una veintena de trabajos científicos en editoriales y revistas de reconocido prestigio.
E-mail: jjdelmor@upo.es

Convidados

RESUMEN: Cuando se habla de delitos de violencia de género parece como si se tratase de una nueva tipificación de infracciones penales de reciente creación, en realidad no se trata de una nueva clase de comportamientos delictivo. El legislador ha permitido que cualquier delito violento, cuando concurren los requisitos antes referidos, adquieren la condición de violencia de género. El objetivo de este Trabajo es ofrecer un panorama general de la regulación que nuestra legislación ofrece para la lucha de la violencia de género en materia de Derecho Penal en general y como trata el Código Penal los distintos delitos específicos para su prevención y erradicación así como, hacer referencia a las novedades y modificaciones que se introducen en el Código Penal. La regulación española en lo que en materia de violencia de género se refiere es considerada a nivel mundial, a pesar de ello, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género observa la necesidad de cubrir algunas lagunas legales sobre determinados aspectos en esta materia y aconsejaba ciertas reformas legislativas que se han producido en los últimos tiempos sin que hayan encontrado una respuesta homogénea por los distintos operadores jurídicos.

Palabras clave: Violencia de género; Código Penal Español; víctimas; Ejecución de penas.

ABSTRACT: When we speak of crimes of gender violence, it seems as if we are dealing with a new typification of recently created criminal offences, but in reality it is not a new type of criminal behaviour. The legislator has allowed that any violent crime, when the aforementioned requirements are met, acquires the status of gender violence. The aim of this work is to offer a general overview of the regulation that our legislation offers for the fight against gender violence in terms of Criminal Law in general and how the Criminal Code deals with the different specific

crimes for its prevention and eradication, as well as to make reference to the novelties and modifications that are introduced in the Criminal Code. Despite this, the Observatory against Domestic and Gender Violence has observed the need to cover some legal gaps on certain aspects in this area and has recommended certain legislative reforms that have taken place in recent times without finding a homogeneous response from the different legal operators.

Keywords: Gender violence; Spanish Penal Code; victims; Enforcement of sentences.

SUMÁRIO: Introducción. 1 Evolución de los delitos de violencia de género en el código penal Español. 1.1 Antes de la Constitución Española de 1978. 1.2 Tras la Constitución Española de 1978. 2 Algunas formas de violencia de género en el código penal Español. 2.1 Delito de violencia habitual. 2.2 Delito de violencia ocasional. 2.3 Lesiones de los Artículos 147 y 148 del Código Penal. 2.4. Delito de amenazas leves y coacciones leves. 2.5 Delito de matrimonio forzado. 2.6 Delito de acoso u hostigamiento. 2.7 Delitos de quebrantamiento de condena y medida cautelar. 2.8 Delito de manipulación y/o inutilización de dispositivos telemáticos. 3 Aplicación y ejecución de las penas. 3.1 Circunstancias modificativas de la Responsabilidad Penal. 3.2 Pena de Libertad Vigilada. 3.3 Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas. 3.4 Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Las novedades y modificaciones que se introducen en esta materia “*con la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/15 de Reforma del Código Penal*” conllevan que por imperativo legal de la ley, la violencia ejercida “*por el hombre sobre la mujer debe ser fruto de la discriminación, la situación de desigualdad y la relación de poder del hombre sobre la mujer*”.

Por tanto, quedan excluidos de la tipificación de delitos de violencia de género los supuestos: En los que no exista o haya existido entre los sujetos activo y pasivo una relación de pareja. No existirá violencia de género en los casos en que la agresión sea realizada por un hombre a su madre, hermana o hija, por ejemplo, aunque la violencia sea consecuencia por razón de género en los términos exigidos en el art. 1 de la ley.

En los supuestos en los que a pesar de que “*exista o haya existido una relación de pareja, la violencia no se ejerza como fruto de una manifestación de discriminación, situación de desigualdad*” y relaciones de poder de un hombre concreto sobre una determinada mujer con la que ha mantenido o mantiene una relación similar a la de pareja. La Ley Orgánica especifica que la violencia que pretende erradicar no es la violencia ejercida por hombre sobre mujer por el hecho de serlo, hace preciso dos requisitos: la relación afectiva similar a la de pareja entre las partes y que la causa de la violencia sea la discriminación, la desigualdad y relación de poder del hombre sobre la mujer. Este último requisito, en la práctica judicial pasa desapercibido, no investigándose para averiguar si la violencia ejercida sobre la mujer tiene su origen en este requisito de discriminación. Como hemos apuntado, el sujeto pasivo necesariamente debe de tratarse de una mujer. En este punto cabe preguntarse si en el concepto de “mujer” ha de incluirse la mujer transexual.

A pesar de que la ley habla en líneas generales de violencia, en el apartado 3 del referido art 1, para que no surjan dudas, determina que la violencia de género que pretende erradicar comprende tanto la violencia física como psicológica, esta amplitud permite incluir cualquier delito violento y de cualquier intensidad: “*homicidio, asesinato, lesiones, detención ilegal, coacciones, amenaza o vejaciones, cualquier infracción penal de naturaleza violenta es susceptible de transformarse en un delito de violencia de género. Cuando se habla de delitos de violencia de género parece como si se tratase de una nueva tipificación de infracciones penales de reciente creación*”, en realidad no se trata de una nueva clase de comportamientos delictivo. El legislador

ha permitido que cualquier delito violento, cuando concurren los requisitos antes referidos, adquieren la condición de violencia de género.

1 EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Es imposible negar que la violencia de género ha existido siempre, aunque estos hechos históricamente quedaban amparados por el *ius corrigendi* que el marido podía ejercer sobre la esposa, basado en el modelo de sociedad patriarcal donde se utiliza la violencia como forma de ejercitar la sumisión constante de la mujer respecto a la superioridad del hombre. Realizando un breve recorrido de la historia del Código Penal Español se puede distinguir las distintas posiciones que ha ocupado la mujer víctima de violencia de género y el grado de protección conferido por la sociedad a aquella.

1.1 Antes de la Constitución Española de 1978

En el periodo comprendido entre los años 1822 y la promulgación de la Constitución Española de 1978 se distinguen dos modos de abordar el problema de la violencia sobre la mujer. En un primer lugar, el delito uxoricidio, ilícito penal consistente en la muerte de la mujer a manos del marido o del padre cuando ésta era sorprendida en adulterio, castigado con diferentes penas según el momento histórico, llegando incluso en determinadas épocas aparejada consecuencias jurídicas irrisorias como el mero destierro del autor, posicionando a la mujer en una situación de desprotección. Este delito estuvo presente en los códigos penales españoles hasta 1961. En segundo lugar, el delito de violación, entendido como un atentado contra la honestidad y no contra la libertad sexual de la mujer, y que igualmente suponía una desprotección de la mujer en tanto la mujer casada no podía ser sujeto pasivo de esta figura delictiva cuando el autor era el marido (Acale Sanchez. 2006. p.23).

Igualmente, en los códigos penales de este periodo concurrían dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal aplicable a los delitos que nos ocupan y que les otorgaban a la mujer alguna protección, la circunstancia mixta de parentesco y la agravante de sexo femenino.

1.2 Tras la Constitución Española de 1978

Con la aprobación de la Constitución Española de 1978 se abre un periodo de progreso hacia la igualdad efectiva entre hombre y mujer que impulsa una serie de reformas legislativas sucesivas tendentes a instaurar socialmente esta pretendida homogeneidad de sexos. Como consecuencia de la evidencia de que la violencia sobre la mujer es un fenómeno social difícil de erradicar y las elevadas cifras de casos de violencia de género se ve la necesidad de otorgar una protección privilegiada a estas víctimas.

Es en año 1989 cuando se introduce por primera vez en el Código Penal el delito de violencia doméstica con alguna autonomía y diferenciado del delito de lesiones. Así, en art. 425 se recoge que la acción constituya violencia física, que se ejerza habitualmente y que el sujeto pasivo y activo deben de ser cónyuges o unidos por análoga relación de afectividad. Iniciándose desde ese momento un camino de progresiva ampliación y diversificación de acciones tipificadas y agravación de penas.

El Código Penal de 1995 mantuvo esta figura delictiva en su art. 153, ampliando las posibles víctimas a los hijos propio o del cónyuge, ascendientes o incapaces que convivan con el autor.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, se introducen las penas y medidas cautelares de prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima, se tipifica la violencia psíquica y física en el ámbito del maltrato habitual, reconoce la violencia ejercida con posterioridad a la ruptura de la convivencia.

Pese a las reformas realizadas en el Código Penal, estas resultaron insuficientes para afrontar el problema de la violencia de género, lo que dio lugar a una nueva reforma “operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre”, donde el delito de malos tratos habituales sale del art. 153, capítulo dedicado a las lesiones y pasa a tipificarse como un “delito contra la integridad moral, en concreto en el art. 173, 2 del C.P. En el art. 153” se incorporan conductas anteriormente tipificadas como faltas en los art 617 y 620, 1 del C.P, que pasa a considerarse delitos cuando el sujeto pasivo era alguna de las personas que establece el art. 173, y recoge los subtipos agravados de la “comisión delictiva en presencia de menores, utilizando armas o se realice en el domicilio común o de la víctima, o cuando se realice quebrantando las penas de alejamiento o medidas cautelares”.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia contra la Mujer se convirtió en un referente constante en el entorno europeo y en el derecho español para la lucha contra la violencia de género, mereciendo esta ley una mención especial en el análisis de la evolución de estos delitos en nuestro C.P., donde se le da a la mujer un tratamiento diferenciado como víctima, junto a ella aparecen como víctimas especialmente vulnerables, con un tratamiento específico, aquellos que convivan con el autor. “Esto supone una nueva reforma del art. 153, dándole una nueva redacción más acorde, quedando configurado en función de las clases de víctimas, de los menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delitos. En el art. 172,2 se castiga como delito las coacciones leves constitutivas de faltas que se realicen sobre quién sea o haya sido esposa del autor o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

Con la reforma del Código Penal realizada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo se introducen importantes novedades en materia de violencia de género, en especial la “inclusión del art 156 ter, donde se determina la posibilidad de imponer la pena de libertad vigilada regulada en el art 106, cuando la víctima sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173, 2 del C.P y se introducen nuevos tipos penales como el acoso o el matrimonio forzado”.

2 ALGUNAS FORMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

2.1 Delito de violencia habitual

Introducido en el Código Penal Español de 1973 por la Ley Orgánica 3/89 entre los delitos de lesiones, fue encuadrado en el Título VII con la reforma operada en el 2003 entre los delitos contra las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Este modelo delictivo de violencia habitual se formula como un delito autónomo y distinto del que constituyen cada uno de los actos violentos, con independencia de que cada uno de ellos haya sido o no enjuiciado.

El bien jurídico protegido no es propiamente la integridad física y psíquica de los agredidos, en primer lugar, porque para eso el legislador creó el art. 153, que condena cada uno de los actos violentos de forma independiente y, en segundo lugar, porque en ese caso estaríamos vulnerando el principio non bis in ídem al sancionar doblemente las agresiones individualizadas por un lado y, además, la violencia habitual. Este fue el motivo del cambio de ubicación del tipo penal pasando a formar parte del Título VII.

“El tipo penal del art 173, 2 protege la integridad moral y la pacífica convivencia familiar. Entendido como concepto de integridad moral, como el derecho de la persona a ser

tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada cualesquiera que sean las circunstancias en la que se encuentre” (Muñoz Conde 2003. p.186) .

Sanciona la existencia de una dinámica de sometimiento y menoscabo de la dignidad de la mujer que se produce por la reiteración de actos con una proximidad temporal, continuidad y permanencia.

La acción típica es la violencia física y psíquica. Por violencia psíquica debemos entender actos u omisiones, expresiones que produzcan en el sujeto pasivo un daño en su psiquis. La jurisprudencia ha señalado actos que pueden calificarse como de violencia psicológica tales como, amenazas, insultos, burlas, humillaciones, coacciones, acoso, encierros prolongados, aislamiento social y familia, etc.

El segundo párrafo del art 173, 2 recoge los subtipos agravados. La regulación de este precepto recoge las mismas consecuencias jurídicas en la violencia habitual y la violencia ocasional del art 153. Es suficiente la concurrencia de una sola circunstancia para apreciar el subtipo agravado.

2.2 Delito de violencia ocasional

Este precepto recoge una serie de actos que tradicionalmente venían incluidos en el Libro III del Código Penal Español, dedicado a las Faltas, que ahora se tipifican como delitos cuando se producen en el ámbito de la violencia de género del párrafo 1 y, de la violencia doméstica en el párrafo 2 del art 153. Esta conversión no ha estado exenta de críticas por considerar que eran elevados a la categoría de delitos hechos con escasa gravedad. Ha de considerarse las graves consecuencias jurídicas que conlleva la condena por estos tipos penales que aisladamente tienen poca gravedad. Cosa distinta es el caso de que estos hechos se produzcan de forma continua y permanente en una relación de pareja, pero en estos casos siempre cabría la condena por la habitualidad del art 173,2 del Código Penal Español.

Al mismo tiempo el artículo ha sido objeto de críticas como consecuencia del trato desigual que el Legislador da en función de quienes sean los sujetos del ilícito entre los números 1 y 2 , dándose por supuesto una serie de circunstancias que en la mayoría de los casos ni han quedado probadas ni se han investigado por los órganos jurisdiccionales como puede ser que la mujer, sujeto pasivo de un hecho concreto sea una persona vulnerable, que el sujeto activo del hecho se considere superior o que la agresión sea consecuencia del dominio del hombre sobre la mujer. Como indica Olaizola Nogales(2010. p.302), *“se produce así una infantilización de las mujeres, en la que parece presuponerse una vulnerabilidad más propia de menores o incapaces”*.

Esta desigualdad de trato ha sido motivo de múltiples cuestiones de inconstitucionalidad al entender que supone una *“discriminación positiva a favor de la mujer”*, siendo la primera de ellas la planteada en relación al art 153, 1 del Código Penal Español, por la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal número cuatro de Murcia. Rechazando el alto Tribunal la cuestión planteada, por sentencia 59/2008, de 14 de mayo, argumentando la inexistencia de discriminación positiva, entendiendo que el legislador no basa el desigual trato de los preceptos *“únicamente en la diferencia sexo de los sujetos, sino en que quiere penar más gravemente unos hechos por entender que son más graves y más reprobables por el entorno en donde se realizan y por el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias. Considera el TC que esta desigualdad de trato tiene una justificación razonable y no tiene consecuencias jurídicas desproporcionadas. El diferente trato a las mujeres es razonable porque hay un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia la mujer que es o ha sido su mujer al actuar el agresor conforme a una pauta cultural, declarando la constitucionalidad del art 153”*.

El bien jurídico protegido de este tipo penal es la integridad física o psíquica de la mujer. Este precepto hay que ponerlo en relación con el art 147, tipo básico de los delitos de lesiones del Código Penal Español. “[...] por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo

psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión...”. Son lesiones físicas o psíquicas leves, constitutivos de delitos leves recogidos en el art 147, 2 y 3 por no precisar tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad o el maltrato sin causar lesión alguna, cuando los sujetos no son los que determina el art 173, 2 del Código Penal Español, siendo precisamente esta circunstancia, como apuntábamos antes, lo que le eleva a la categoría de delito.

Estos delitos leves de lesiones recogidos en el art 147, 2 y 3 mantienen otra diferencia de trato con los delitos de lesiones relacionados con la violencia de género y doméstica, con el propósito de dar una mayor protección. El requisito de perseguibilidad de denuncia previa del perjudicado establecido en el art 147 para los delitos leves, no se va a exigir en los ilícitos relacionadas con la violencia de género.

En el apartado 3 del artículo recoge un tipo agravado con idénticas circunstancias que el recogido en el art 173, 2 del Código Penal Español.

El apartado 4 da la facultad al juez de rebajar la pena cuando lo estime conveniente “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, con la sola obligación de razonarlo en la sentencia. Parece que el Legislador pretende hacer menos severo o riguroso el precepto penal. En la práctica diaria, más que acudir a esta potestad,

2.3 Lesiones de los Artículos 147 y 148 del Código Penal

Como decíamos, el art 147, 1 constituye el tipo básico del delito de lesiones del Código Penal Español, donde se determina qué lesiones son “*constitutivas de delito. Las define como aquellas lesiones que requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*”.

“*El artículo 148 recoge cinco circunstancias que agravan el tipo básico, en concreto , la 4ª dedicada a la violencia de género: “podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años las lesiones del artículo 147.1, atendiendo al resultado causado o riesgo producido”,... Pero la cualificación de los sujetos pasivos no conlleva la aplicación automática de esta agravación de la pena. El término “podrán” establecido en el precepto indica que es potestativo del juzgador y dependerá de que la valore como determinante de una mayor gravedad teniendo en consideración la entidad del resultado causado o riesgo producido. El tipo agravado del art 148 plantea el problema de determinar si en el supuesto de que concurren más de una de esas circunstancias*

2.4 Delito de amenazas leves y coacciones leves

“*La sistemática seguida por el legislador a la hora de redactar el artículo 171 Código Penal Español en materia de violencia de género y doméstica es exactamente idéntica a la que emplea al redactar el art. 153*”. Incorpora tres apartados que reproducen los homólogos del delito de violencia ocasional. Los sujetos pasivos y activos del apartado 4º son idénticos a los recogidos en el art 153,1, al igual que el tipo privilegiado del apartado 6º. Igualmente son las mismas las condiciones de perseguibilidad mencionadas para las lesiones leves y maltrato de obra, dándose por reproducidas las consideraciones comentadas. En relación con el delito de coacciones leves se regulan igualmente los mismos presupuestos de agravación y atenuación y no siendo exigible la previa denuncia del agraviado para ser perseguida de oficio como ocurre con el tipo de amenazas leves.

2.5 Delito de matrimonio forzado

Fruto de esta necesidad de dar una respuesta global a la violencia contra la mujer desde una perspectiva más amplia, el Pleno del Congreso de los Diputados insto al Gobierno a tipificar

el matrimonio forzado en el art. 172 bis Código Penal Español, bien como un delito específico dentro del Título VI, delitos contra la libertad. En este caso la intervención del futuro marido también será determinante para su participación en la comisión delictiva, ya que, si es conecedor del consentimiento viciado o la falta de consentimiento de su futura mujer.

Otra cuestión importante a determinar es qué se debe entender por matrimonio. La doctrina (De la Cuesta Aguado, 2015) sostiene que el concepto de matrimonio debe configurarse como elemento descriptivo del tipo, sin exigir que concurren los requisitos civiles necesarios para el contrato matrimonial, debiendo alcanzar a otras uniones de análogas características y con similares efectos. Esto supone que pueda apreciarse la comisión delictiva en aquellos supuestos de matrimonios celebrados que no se ajustan a las condiciones reconocidas por la legislación civil española. Compartimos esta opinión si tenemos en cuenta que esta va ser la tónica general de los casos.

Cabe preguntarse, si se deben entenderse incluidas en este tipo penal las uniones de hecho, inscritas o no en los registros oficiales. Consideramos que el ilícito debe abarcar estas situaciones. En primer lugar, porque si el bien jurídico protegido no es la institución civil del matrimonio sino la libertad de la persona para presta el consentimiento en el matrimonio, puede asimilarse la unión de hecho a la relación conyugal y otra razón para considerar esta opción la determina el propio Código Penal Español al equiparar la relación conyugal a las relaciones de hecho en el resto de delitos de violencia contra la mujer, incluido el delito de coacciones leves del mismo Título, con la expresión “análoga relación de afectividad”(García Álvarez. 2014. Pp. 96-97).

Motivo de crítica ha sido la utilización del término “intimidación grave” que se requiere en el artículo, pudiendo conllevar impunidad en determinados casos, ya que simplemente se debería exigir una “intensidad suficiente” para provocar que la víctima contrajese matrimonio.

Autor material del delito será aquella persona que compele a otra a contraer matrimonio mediante violencia o intimidación. En este tipo de comportamientos son determinantes las presiones familiares para que la víctima contraiga matrimonio. Por tanto, si son los familiares (padres, hermanos, tíos) de la mujer los que la presionan para que contraiga matrimonio, serán los propios familiares los que responderán como autores inmediatos del delito.

El otro cónyuge juega también una figura relevante en la conducta criminal. Si fuera el cónyuge quien compele a la víctima a contraer matrimonio, responderá como autor inmediato del delito, pero también puede darse la circunstancia que sean los familiares quienes compelan a la víctima. En este caso la intervención del futuro marido también será determinante para su participación en la comisión delictiva, ya que, si es conecedor del consentimiento viciado o la falta de consentimiento de su futura mujer, su consentimiento para que se celebre el matrimonio será *conditio sine qua non* para que el matrimonio se produzca efectivamente y, por tanto, su participación en el delito será la de cooperador necesario y a efectos de la pena, será considerado como autor.

García Álvarez (2014), considera este nuevo artículo como superfluo y contraproducente. Superfluo porque las coacciones llevadas a cabo con cualquier finalidad, se castigan en el apartado primero del art. 172 CP exactamente con el mismo marco de pena previsto para esta nueva figura penal y contraproducente porque si la forma de obligar al sujeto pasivo a contraer matrimonio ha de ser empleando intimidación “grave”, dicha intimidación puede ser sancionable con arreglo al delito de amenazas condicionales de mal constitutivo de delito, que están castigadas también con la misma pena prevista para el nuevo delito, si el sujeto activo no hubiera conseguido su propósito y con una pena superior en caso contrario. (p. 97).

Considera, por tanto, que la previsión de este delito no era necesaria y puede resultar un precepto absurdamente privilegiado si la conducta en él prevista se lleva a cabo empleando intimidaciones graves sancionables como amenazas condicionales de mal constitutivo de delito.

2.6 Delito de acoso u hostigamiento

La regulación de este nuevo tipo penal, introducido en el Código Penal Español por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ha venido a cubrir las lagunas de tipicidad existentes en nuestro C.P. Los requisitos del tipo son que la conducta delictiva se cometa necesariamente de “forma insistente y reiterada” y que por este actuar la víctima, se haya visto obligada a alterar “gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”. Ambos presupuestos han de darse conjuntamente.

Estos dos requisitos son los principales problemas que plantea el tipo delictivo, y a los que se da respuestas diferentes según los órganos judiciales, elementos ambos que ya ponen sobre aviso de que la conducta debe tener cierta intensidad cuantitativa y cualitativa para ser considerada delictiva.

Al respecto, en general la jurisprudencia señala que más que fijar los actos concretos hay que centrarse en la idoneidad de ocasionar el resultado y, en este sentido se habla de “estrategia sistemática de persecución”, exigiendo cierta reiteración, aunque no faltan resoluciones que opten por la absolución entendiendo que estamos ante leves molestias no alteraciones graves de la vida. En todo caso el elemento sobre el que pivota el tipo es el resultado,” la alteración grave de la vida cotidiana”, que la jurisprudencia entiende concurre cuando tiene que cambiar de domicilio, o de teléfono o de itinerarios o dejar de salir de casa sola, además de alteraciones psicológicas como sensación de miedo o de inseguridad.

En los supuestos de que los actos de acoso incluyan algún mensaje amenazante, estaremos ante un concurso real en la medida que para cometer el delito de acoso no es necesario amenazar y esta conducta añade un plus de antijuricidad o desvalor a la conducta no cubiertos por la sanción prevista para el delito de acoso y, a la inversa, para amenazar no es preciso hostigar, perseguir o vigilar, establecer contactos de forma reiterada. De manera que cuando, además del acoso, hay actos concretos amenazantes se castigaran ambos delitos.

Mayor dificultad plantea la concurrencia del acoso con el delito de coacciones, en la medida que el seguimiento, vigilancia y control, es una forma evidente o encubierta de coacción, presión psicológica, intimidación, imposición, caracterizada por la reiteración e insistencia, que pretende doblegar la voluntad de la víctima para conseguir en la mayoría de los supuestos la reanudación de la relación, será difícil, sin quebrar el principio non bis in ídem, penar por separado ambos delitos preservando .

Por último, cuando para llevar a cabo la conducta de “vigilar, perseguir o buscar la compañía de la víctima o comunicar con ella, se quebrante una pena o medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación anteriormente impuesta, estaremos ante una conducta que constituye dos delitos, por lo que aparecerán en concurso ideal del art. 77.2 Código Penal Español, imponiendo la pena del delito más grave en su mitad superior hasta el límite que represente penarles por separado”.

2.7 Delitos de quebrantamiento de condena y medida cautelar

La problemática que plantea estas situaciones llevo al legislador del 2003 a introducir este ilícito penal en el art 468, 2, como un tipo agravado del delito de quebrantamiento de condena, donde el bien jurídico protegido es la administración de justicia y efectivo cumplimiento de sus resoluciones. De este modo queda garantizado el interés del Estado en proteger a la víctima cuando esta se encuentre en situación de riesgo y protege igualmente, a la administración de justicia y su interés en que las resoluciones judiciales se cumplan y sean eficaces.

2.8 Delito de manipulación y/o inutilización de dispositivos telemáticos

La utilización de medios telemáticos para el control y seguimiento de penas y medidas impuestas de prohibición de aproximación a la víctima se hace posible al amparo del *art 48, 4 del Código Penal Español* y *art 64,3 de la Ley Orgánica 172004, como una alternativa menos gravosa a la prisión provisional*.

La acción típica del precepto está relacionada con el buen funcionamiento del dispositivo: inutilizarlo, perturbar su norma funcionamiento, no llevarlo consigo, omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.

Como ya indicaba la FGE, en su Circula 6/2011, cuando la conducta consiste en no cargar la batería o alejarse de dispositivo transmisor, se ha de exigir cierta repetición o prolongación de la conducta. Ha de producirse de forma contumaz y reiterativa para poder subsumir tales hechos en el tipo penal del art. 468-3 del C.P.

Esta alternativa no ha estado exenta de problemas e cuanto a la tipificación de la conducta llevada a cabo por el investigado, siendo las más frecuentes no respetar las normas de funcionamiento de los dispositivos electrónicos, como el no cargar la batería, o causar daños intencionados en el brazalete (dispositivo emisor), sin que se produjera una aproximación a la víctima, ni invadiera la zona de exclusión determinada en resolución judicial.

Estas conductas no constituían verdaderamente quebrantamientos de condena o medidas cautelares, pues no incumplían las prohibiciones impuestas en la resolución judicial.

Ante la ausencia de una tipificación expresa en el Código Penal Español de estos hechos y procurando evitar la impunidad de esas actuaciones han venido siendo calificadas como delitos de desobediencia al estar recogida en una resolución judicial la imposición de tales mecanismos, y siempre que hubiera sido debidamente informado y requerido el investigado o penado para que colaborase con el adecuado funcionamiento del dispositivo, y haberle hecho las advertencias legales de incurrir en este delito de no hacerlo así (Giner & Delgado. 2017).

En cuanto al bien jurídico protegido, se ha producido una modificación sustancial al regular estas conductas como quebrantamiento de condena. Los tipos penales de quebrantamiento y desobediencia no son iguales, así el delito de quebrantamiento se ubica en el Código Penal en el Capítulo VIII, del Título XX, Libro II, bajo el epígrafe de "Delitos contra la Administración de Justicia", y el delito de desobediencia se encuentra regulado en el Capítulo II, Título XXII, Libro II, bajo el epígrafe de "Delitos contra el orden público", con lo que evidentemente no nos encontramos ante ilícitos homogéneos, y sí ante tipos penales que protegen bienes jurídicos distintos.

No faltan críticas a este precepto y con razón. El art 33 del Código Penal Español no incluye la imposición de los dispositivos electrónicos como una pena, tampoco se recoge como medida cautelar en los arts. 502, 544 bis y 544 ter LECrim. Los dispositivos telemáticos hay que considerarlos como medios de control de la ejecución de aquellas, como establece el *art 48 del Código Penal Español* y *el art 64 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

En consecuencia, entendemos que el delito en que pueda incurrir un investigado o condenado haciendo ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto para vigilar la correcta ejecución de la *“medida cautelar o pena de prohibición de aproximarse a la víctima, no supone un incumplimiento de éstas, estaríamos ante un delito de desobediencia, cuyo bien jurídico protegido”* es la eficacia de la función pública, sin perjuicio del delito de quebrantamiento en que pueda incurrir además, si se acerca a la persona protegida, en cuyo caso *“nos encontraríamos ante un concurso de delitos del art. 77 del Código Penal Español”*.

3 APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS PENAS

3.1 Circunstancias modificativas de la Responsabilidad Penal

Respecto a la agravante de superioridad del art 22, 2ª del Código Penal Español, entendemos que no podrá apreciarse al delito de maltrato habitual al ser una circunstancia connatural al tipo, parece que está inmerso en la habitualidad de la conducta ilícita del ánimo de dominación. Con el fin de reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal Español para las víctimas de este tipo de delitos, en la reforma operada por Ley Orgánica 1/15, el Legislador introduce la agravante de género en el art 22, 4ª.

En cuanto a la agravante de reincidencia del art 22, 8ª del Código Penal Español, con carácter general puede entenderse que procederá su aplicación siempre que no se traten de conductas ilícitas incluidas en la condena del art 173, 2 y siempre que los ataques penados estén comprendidos en el mismo Título y sean de la misma naturaleza. Así, una condena del art 468, 2 no podrá ser tenida en cuenta a efectos de reincidencia con unos hechos del art 153, 1 y 3 cuando existe quebrantamiento de condena o medida cautelar al ser su ubicación en Títulos distintos del Código Penal Español a pesar, de ser de la misma naturaleza.

Sobre la circunstancia mixta de parentesco recogida en el art 23 del Código Penal Español, el art 67 del mismo cuerpo legal impide apreciarla por ser inherente al propio tipo penal en tanto en cuanto, esa relación existe entre sujeto activo y pasivo.

Por el contrario, podrá ser tenida en cuenta en los actos de violencia que puedan ser tipificados en otros preceptos que no exija entre sus elementos la relación de parentesco.

3.2 Pena de Libertad Vigilada

Como ya indicábamos, el legislador de la Ley Orgánica 1/2015 en su afán de dar una mayor protección a las víctimas de violencia de género, amplía el ámbito de la de libertad vigilada a estas víctimas. Esta medida, que fue introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de carácter obligatorio a delitos sexuales y a delitos de terrorismo, es de aplicación a inculpados peligrosos y que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior una vez extinguida la pena de prisión, lo que la convierte en un instrumento a mitad de camino entre pena y medida, rompiendo de este modo el rígido binomio establecido hasta ahora: medida de seguridad aplicable a los peligrosos inimputables frente a pena impuesta en función de la culpabilidad por el hecho, aplicable a los imputables, ahora tras la reforma del Código Penal Español, también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos ocasionales y lesiones y malos tratos habituales cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica, si bien su previsión en estos casos es de carácter facultativo (“podrá imponer”) por un tiempo de hasta 10 años (art. 105.2).

Otero González (2015) no considerara conveniente la aplicación de la libertad vigilada en este ámbito pues los delincuentes de este tipo de violencia no tienen el perfil de los delincuentes de delitos sexuales y de delitos de terrorismo. “Es cierto que los programas de reeducación y tratamiento psicológico en maltratadores como alternativa a la suspensión de la condena, tienen una duración de nueve meses, tiempo insuficiente, dadas las características de estos casos, para obtener resultados exitosos en el tratamiento. O cuando se les condena por estos delitos, la pena de prisión impuesta no puede superar los tres años, tiempo también insuficiente para que los programas de tratamiento psicológico puedan ser efectivos a efectos de la disminución de la peligrosidad del agresor.

Pero es el tiempo que corresponde conforme al principio de legalidad y proporcionalidad de las penas. Como es sabido, este tipo de violencia no se soluciona prolongando indefinidamente el alejamiento sino mejorando la terapia y, sobre todo, educando en igualdad”.

Gómez-Escolar Mazuela (2012) da una explicación a tal contradicción de la siguiente forma: que el legislador haya previsto dos consecuencias jurídicas diferentes según se trate de incumplimiento de libertad vigilada por parte de imputables o por parte de inimputables o semi imputables, de tal modo que el incumplimiento de la libertad vigilada por imputables conlleve la

aplicación de lo previsto en el art. 106.4 Código Penal Español, esto es, sólo si es reiterado el juez deducirá testimonio por delito de quebrantamiento. Por el contrario, el quebrantamiento de la libertad vigilada por parte de inimputables o semiimputables conforme al art. 100.3 Código Penal Español implicaría en todo caso que el juez o tribunal dedujera testimonio por el quebrantamiento.

3.3 Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas

Se hace necesario la protección de la víctima mediante una serie de medidas durante la tramitación del procedimiento en este tipo de delincuencia como consecuencia del alto riesgo de eventuales reiteraciones delictivas y por tratarse el sujeto activo, *personas muy cercanas a la víctima, que pertenecen o han pertenecido a su ámbito afectivo. Por razones de política criminal, para que esa protección sea eficaz ha de adoptarse desde el mismo momento de la denuncia.*

La posibilidad de no admitir a trámite la solicitud de la orden de protección, fue examinada por la Circular 3/2003 de la FGE, sobre la Orden de Protección.

La no celebración de la comparecencia supone privar a la víctima de medidas penales y civiles (art. 544 ter-7) y además, se le priva automáticamente del título que le habilita para poder acceder a otras ayudas sociales, asistenciales, psicológicas o de cualquier otra índole a que se refiere el mismo precepto en el párrafo 5º a que podría tener derecho si, celebrada la audiencia, se acreditara aquella situación de riesgo. No ofreciendo, de este modo, una adecuada respuesta a las víctimas que necesitan y requieren de esa protección integral. La víctima para poder beneficiarse de todas estas ayudas necesita acreditar que es víctima del delito, y lo que le acredita de tal condición es el Auto que se dicte con esta comparecencia. (Payá & Delgado, 2021).

En ocasiones se llega a la conclusión de la no necesidad de convocar comparecencia al entender o que no existe riesgo, bien porque la Valoración de Riesgo Policial es bajo o no apreciado, o bien porque de la lectura del atestado así lo interpreta el juez. Pero esto solo suponen indicios a valorar, por lo que fuera del supuesto anteriormente mencionado, la comparecencia debe de acordarse. Con anterioridad a la reforma el art. 87 ter 1-g de la L.O.P.J., la competencia para la instrucción de los delitos de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468 del Código Penal Español era de los Juzgados de instrucción. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio la situación ha variado, la competencia para la instrucción de quebrantamiento del art. 468 del Código Penal Español corresponde a los juzgados de violencia sobre la mujer (JVM).

3.4 Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Las medidas para evitar la reiteración delictiva del condenado durante el plazo de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se hace especial cuando nos encontramos ante delitos de violencia de género, como consecuencia de las peculiares características de estos delitos, por lo que en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena hay que minimizar el riesgo de su repetición (Payá & Delgado, 2021).

La condición de participar en programas formativos, de igualdad de trato y no discriminación supuso una importante novedad destinada a la formación y reeducación del autor de la conducta ilícita, que por medio de su participación e intervención de forma obligatoria en diferentes programas de carácter formativo se pretende su concienciación del deber de respetar a la mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación de afectividad y hacer desaparecer el peligro de repetición de estas conductas delictivas. (Delgado & Fernández, 2017; Fernández & Delgado, 2016).

Hay que recordar en este punto lo establecido en el art 57, 2 Código Penal Español, que para estos tipos de delitos obliga a castigar con una pena accesoria para cuya determinación se remite al art. 48, 2 del mismo cuerpo legal, la que se refiere a la prohibición de acercamiento a la víctima, a su domicilio u otros lugares, con lo que nos encontramos en la suspensión de la ejecución

de penas por los delitos mencionados que ya existe tal pena accesoria y además es también ineludible imponer las prohibiciones y deber citado, situación ante la que no cabe otra opción que la aplicación simultánea de la pena accesoria y las condiciones de la suspensión.

El control y seguimiento de las dos primeras condiciones corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del cumplimiento de la tercera a la Administración Penitenciaria, que tienen la obligación de informar al juez de forma periódica sobre su seguimiento. (Delgado & Teano, 2020).

Igualmente, “*el juez puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al pago de una multa (art 84, 1, 1ª). Este precepto no supone una sustitución de pena, la pena de prisión queda en suspenso*” y cobra plena vigencia en el caso que concurran las circunstancias requeridas para su revocación. Supone una compensación por parte del condenado por haber obtenido el beneficio de la suspensión de condena.

El sentido de esta limitación tiene sentido, si el condenado tiene obligaciones pecuniarias como consecuencia de las relaciones que se mencionan en el precepto, ajenas en su causa a la conducta ilícita cuya pena se le ha suspendido, no es razonable establecer una condición a la suspensión como el pago de una multa, lo que supondría un perjuicio para las personas en virtud de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común, que verían sus legítimas expectativas de cobro mermadas al tener que hacer frente el condenado a esa multa a condición de no ingresar en prisión. Quintero Olivares (2015), considera que este precepto constituye sustituciones de penas cuando afirma: “Esto será lo que queda de la antigua figura de la sustitución, por más que a la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad, se les califique de “medidas” condicionantes de la suspensión, pues eso no oculta su condición esencial de penas”. El incumplimiento del condenado de cualquiera de estas condiciones impuestas para eludir su ingreso en prisión supone la revocación de la suspensión y el efectivo cumplimiento de la pena (art 86 del Código Penal Español). (p.16).

CONCLUSIONES

Consideramos excesivo la inclusión de determinadas conductas, por ejemplo, las relacionadas en el art 153, como delitos y que antes eran consideradas faltas. Ha de considerarse las graves consecuencias jurídicas que conlleva la condena por estos tipos penales que aisladamente tienen poca gravedad. Cosa distinta es el caso de que estos hechos se produzcan de forma continua y permanente en una relación de pareja, pero en estos casos siempre cabría la condena por la habitualidad del art 173,2 del Código Penal Español.

Las uniones de hecho, inscritas o no en los registros oficiales, deben entenderse incluidas en lo que el tipo penal de los matrimonios forzados entiende por “matrimonio”. En primer lugar, porque si el bien jurídico protegido no es la institución civil del matrimonio sino la libertad de la persona para presta el consentimiento en el matrimonio, puede asimilarse la unión de hecho a la relación conyugal y otra razón para considerar esta opción la determina el propio Código Penal Español, al equiparar la relación conyugal a las relaciones de hecho en el resto de delitos de violencia contra la mujer, incluido el delito de coacciones leves del mismo Título, con la expresión “análoga relación de afectividad”.

Entendemos que el delito en que pueda incurrir un investigado o condenado haciendo ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto para vigilar la correcta ejecución de la medida cautelar o pena de prohibición de aproximarse a la víctima, no supone un incumplimiento de éstas, estaríamos ante un delito de desobediencia, cuyo bien jurídico protegido es la eficacia de la función pública, sin perjuicio del delito de quebrantamiento en que pueda incurrir además, si se acerca a la persona protegida, en cuyo caso nos encontraríamos ante un concurso de delitos del art. 77 del Código Penal Español. Consideramos un erro incluirlo en el art 468.

Entendemos que nombrar la importancia de la prevención dentro de la violencia de género y para llevar a cabo esta prevención es necesario que se ponga en marcha una serie de procesos que aseguren que la prevención de la violencia de género sea eficaz. En términos generales, tanto las recomendaciones del Observatorio contra la violencia doméstica y de género como los informes del CGPJ están en consonancia con todas las reformas operadas, que sin duda alguna van a suponer un reforzamiento en la protección de las víctimas de la violencia de género y una mejor respuesta institucional para la erradicación de estos atentados contra los derechos humanos. Estos procesos a aplicar son los siguientes: en primer lugar habrá que identificar cuáles son los principales riesgos y analizarlos, seguidamente se tendrá que actuar desarrollando medidas preventivas frente a ese suceso, llevar a la practicas esas medidas preventivas será el siguiente paso para poder comprobar sus ventajas y deficiencias, y por último examinar si esas medidas adoptadas con el objetivo de prevenir conducta de violencia de género en los adolescentes son aptas y si están vigentes. La prevención debe de administrarse de forma continuada y consciente, ayudando así tanto a su prevención como a la detección del problema.

REFERENCIAS

ACALE SÁNCHEZ, M. (2006). La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, Madrid. 1º de, Reus,. pp. 23.

ACALE SÁNCHEZ, M. (2010). Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso, Pamplona: Aranzadi, pp. 192 y ss

DE LA CUESTA AGUADO, P, M. (2015). El delito de matrimonio forzado, en QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentarios a la Reforma Penal, Cizur menor. 2015.

DELGADO MORÁN, J. J. &, & Teano, F. (2020). Gendering migration: securitization and integration media narratives in Europe. *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio*, 3(11), 93-126. <https://bit.ly/3DVkOQy>

DELGADO MORÁN, J. J. & Fernández Rodríguez, J. C., (2017). El fenómeno de la Violencia de Género en la República Dominicana. Ed. IURIS. Pp. 199-266

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. C., & Delgado Morán, J. J. (2016). La mujer en el terrorismo suicida. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 11(22), 75-89. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.210>

GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2014). Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en *Revista Penal*, 34, pp 96-97.

GINER ALEGRÍA, C. A., & Delgado Morán, J. J. (2017). Consideraciones criminológicas sobre el perfil del stalker y el acecho mediante ciberstalking. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 12(24), 19-35. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.250>

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. (2012). Las medidas de seguridad tras las últimas reformas. La libertad vigilada, Madrid: *Centro de Estudios Jurídicos*, pp 31.

MUÑOZ CONDE, F. (2003). Derecho Penal. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, pp.186.

OLAIZOLA NOGALES, I. (2010). Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria. *Estudios penales y criminológicos XXX*, 302.

OTERO GONZÁLEZ, P. (2015). La reforma de la parte general del Código Penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015. *Revista del Ministerio Fiscal* nº 0, pp79.

PAYÁ SANTOS, C, A & Delgado Morán, J. J. (2021). Violencia de género en los jóvenes. Factores de protección frente a la violencia de género. En “Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. una visión criminológica”. Pp. 69-84. Dykinson

QUINTERO OLIVAES, G. (2015). La pena y su ejecución y determinación de la reforma de 2015. Escuela de verano del Ministerio Fiscal. Pazo de Mariñán. La Coruña, octubre.pp 16