

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

Enero 2016

37

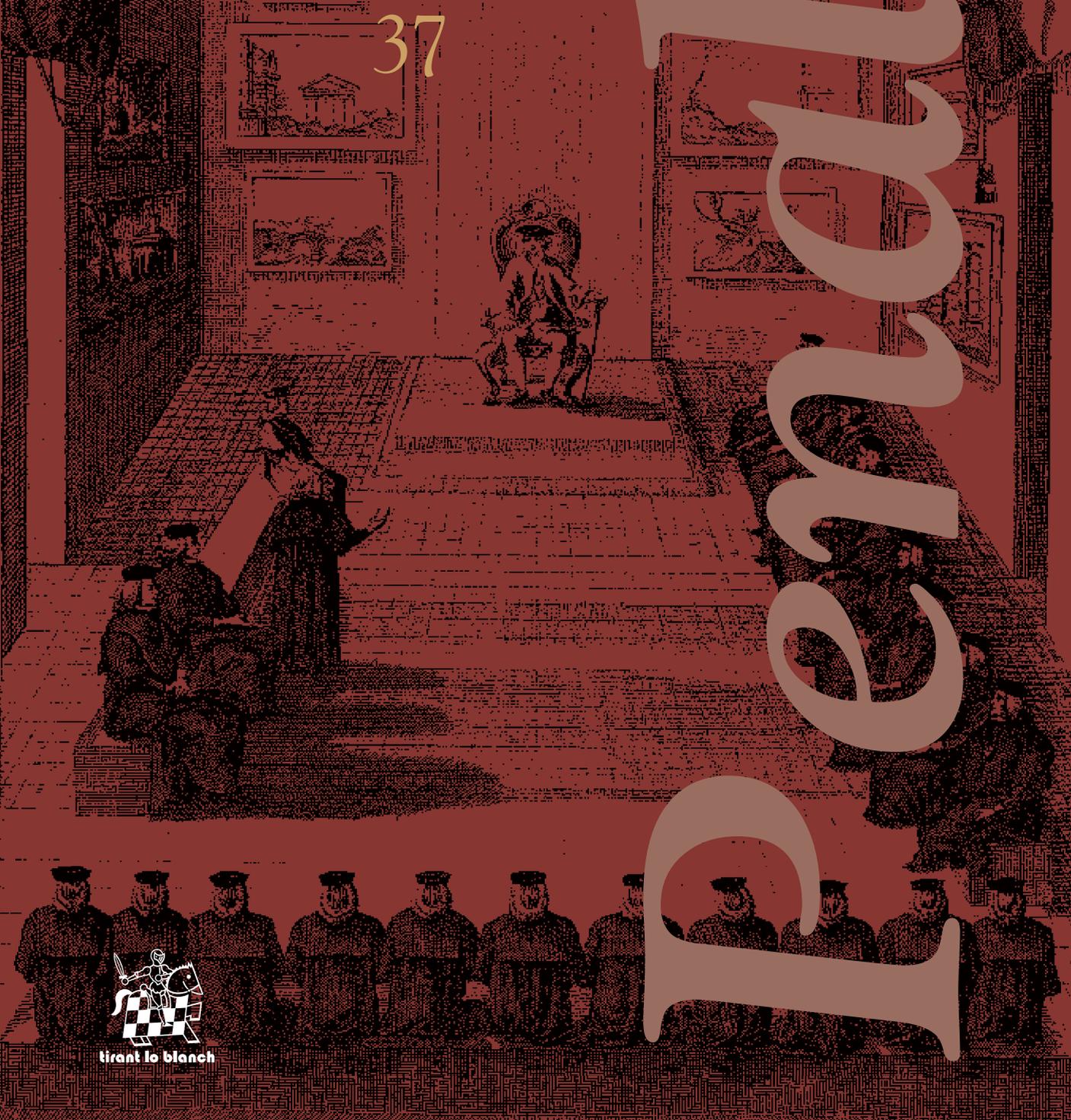
# Revista

Revista Penal

Enero 2016



# Penal



# Revista Penal

Número 37

## Sumario

---

### Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i> .....	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i> .....	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i> .....	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i> .....	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i> .....	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i> .....	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i> .....	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i> .....	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín</i> .....	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i> .....	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i> .....	215
<b>Sistemas penales comparados:</b> El delito de aborto (Abortion).....	229
<b>Notas bibliográficas:</b> por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i> .....	289
<b>In memoriam:</b> <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i> .....	310



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas

Francisco Javier Paíno Rodríguez

Revista Penal, n.º 37. - Enero 2016

### Ficha Técnica

**Autor:** Francisco Javier Paíno Rodríguez

**Adscripción institucional:** Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Modificaciones relativas a los delitos contra la libertad. 3. Modificaciones por la nueva redacción del art. 147-2 del Nuevo Código Penal. 4. El art. 13-4 del Nuevo Código Penal. 5. La regulación del delito de acoso intrafamiliar. 5.1. Bien jurídico y conducta. 5.2. Problemática concursal del delito de acoso. 5.3. Problemática concursal del delito de acoso intrafamiliar. 5.4. Penalidad. 6. La regulación del delito de matrimonio forzado. 7. El nuevo delito de injurias y vejaciones injustas. 8. La oportunidad perdida de adecuar la tipificación de los delitos de violencia intrafamiliar y de género a la realidad social. 9. Bibliografía.

**Resumen:** En el presente artículo se abordan los cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de violencia intrafamiliar y de género, tanto respecto de los tipos concretos penales que se han visto alterados como los introducidos *ex novo*, así como de preceptos de parte general que afectan de forma directa a dicha materia. De esta manera se abordará entre aspectos la reforma de los nuevos delitos leves procedentes de las antiguas faltas de amenazas, coacciones y vejaciones leves del art. 620-2 inciso final del Antiguo Código Penal, de las lesiones del nuevo art. 147-2, del nuevo delito de acoso intrafamiliar, y de aspectos prácticos en cuanto a los criterios de consideración de los delitos como leves o menos graves, para terminar con una crítica a determinados aspectos problemáticos que ya han sido puestos de relieve por la práctica jurisprudencial y que no han sido abordados por el legislador.

**Palabras clave:** acoso, matrimonio forzado, violencia intrafamiliar, coacciones, amenazas, vejaciones, lesiones, penas leves

**Abstract:** This article deals with the changes introduced by law 1/2015, 30 March, amending the Act 10/1995 of 23 November, of the criminal code, in the field of domestic violence and gender, both with respect to specific criminal types that have been altered as the former introduced *ex novo*, as well as precepts of the first book of the criminal code affecting the matter directly. Thus between aspects addressed reform of the new minor offences from the threats, coercion and mild humiliation of article 620-2 final paragraph of the old Criminal Code, of the lesions of new article 147-2 New Criminal Code of domestic harassment, and practical aspects regarding the criteria for consideration of offences as minor or less serious to finish with a critique of certain problematic aspects that have already been released of relief by judicial practice and which have not been addressed by the legislator.

**Key words:** harassment, forced marriage, domestic violence, coercion, threats, humiliation, injury, mild penalties

**Rec:** 30/06/2015 **Fav:** 5/10/2015.

### 1. Introducción

Con la entrada en vigor de la tan criticada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tras un largo periplo en el que se llegó a poner incluso en duda que la misma llegara a aprobarse, se ha producido una reforma de profundo calado que afecta no solo a la penalidad de los delitos (esencialmente la mediática introducción de la prisión permanente revisable), sino que ha supuesto la desaparición del Libro Tercero referido a la faltas (lo cual no significa que haya supuesta la desaparición de todas las conductas que se regulaban en el mismo, sino que una parte importante de ellas han sido elevadas a la categoría de delitos tal y como veremos en algunos delitos, mientras que otras han quedado para las jurisdicciones civil y administrativa) y ha introducido cambios en un amplísimo número de artículos.

En el presente artículo se va a analizar los cambios que la reforma del Código Penal ha introducido en los delitos de violencia intrafamiliar y/o de género, y como pueden afectar las modificaciones a la hora de su aplicación práctica.

### 2. Modificaciones relativas a los delitos contra la libertad

Como primer cambio hemos de mencionar que la llamémoslo “supuesta desaparición” de las faltas, ha supuesto la transformación de la antigua falta de amenazas y coacciones leves del art. 620-2 del Código Penal vigente en delitos<sup>1</sup> englobados en los artículos 171-7<sup>2</sup> en el caso de las amenazas y 172-3<sup>3</sup> en el caso de las

coacciones del Proyecto de Reforma, estableciendo algunas diferencias, eso sí, relativas tanto a la penalidad como a las consecuencias sobre el autor e incluso sobre la víctima.

La primera y a nuestro juicio gravísima consecuencia es que, a diferencia de lo que ocurría con las infracciones constitutivas de falta, una sentencia condenatoria por uno de estos delitos dejará antecedentes penales al condenado. A priori podría parecer una cuestión baladí, por cuanto el art. 80-2<sup>4</sup> del Nuevo Código Penal establece que a efectos de la suspensión de la pena no se tendrán en cuenta las condenas por delitos leves, y que por tanto es irrelevante a estos efectos. Tanto el legislador como los dogmáticos penales tendemos a compartimentar el Ordenamiento Jurídico y las consecuencias que las normas tienen fuera del propio ámbito que regulan de manera que tendemos a ignorar como influye una norma por ejemplo penal, en el Derecho Administrativo, Civil, Mercantil o Laboral, y sin embargo creemos que no podemos olvidar que las consecuencias de tener antecedentes penales se extienden más allá de la suspensión o sustitución de la pena y del propio ámbito penal, esencialmente el administrativo. Los antecedentes penales tienen una especial incidencia en el ámbito de los extranjeros, sobre todo de los no comunitarios, cuyos antecedentes por delitos leves puede conllevar que se le impida acceder a la nacionalidad o residencia, o a la no renovación de los papeles de ésta última. Y en todo caso, a nivel general los antecedentes penales pueden suponer que se impida u obstaculice el acceso a determinados empleos, a cargos públicos o al funcionariado, que requieran no tener antecedentes penales.

1 A diferencia de lo manifestado por García Valdés, Carlos, Mestre Delgado, Esteban y Figueroa Navarro, Carmen en “Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”, Edisofer S.L. 2ª Edición, Madrid 2015, p. 55, solo son delitos leves los de violencia intrafamiliar, pero no los de género, que son delitos menos graves, sin perjuicio que por reducciones de condena en base a conformidades con reducción del tercio puedan acabar siendo leves.

2 Art. 171-7; “Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de éste artículo.”

3 Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de éste artículo.”

4 “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves,...”

La segunda consecuencia que se derivaba del anteproyecto de reforma fue corregida en el Proyecto de Reforma y en la redacción definitiva de los tipos penales, y estribaba en que la transformación de las faltas en delitos no se había limitado a trasladar, por decirlo de alguna manera, el texto del art. 620-2 Código Penal a sus nuevas ubicaciones, sino que al hacerlo había desaparecido el inciso final relativo a la violencia intrafamiliar, por lo que se había perdido la diferenciación de cuando la conducta se producía en el ámbito familiar del resto de amenazas y coacciones leves, con lo que perdía el carácter de derecho simbólico, que a mi juicio, era uno de los pocos aciertos que tuvo la reforma de introducida por la LO 1/2004 de 29 de junio, en cuanto a la regulación de la violencia intrafamiliar y de género.

El anteproyecto de reforma englobaba sin distinción alguna estas conductas dentro del resto de coacciones y amenazas leves en las que no se daba la relación del art. 173-2 Código Penal, lo que por un lado plantearía las dudas de si cabrían apreciarse las agravantes genéricas del art. 22-4 y del art. 23, ambas del mismo texto legal, y por otro, volvería a suscitarse el fantasma de la inconstitucionalidad de los preceptos de amenazas y coacciones contra la mujer por parte del marido, toda vez que se hacía desaparecer precisamente el argumento del que se valió el Tribunal Constitucional para avalar la constitucionalidad de los mismos, y que no era otro sino que el diferente tratamiento punitivo estaba avalado por una situación de desigualdad histórica de la mujer en su relación con el hombre, lo que justificaba un diferente tratamiento punitivo. La desaparición de las faltas de amenazas en el ámbito familiar conllevaría que no solo ya no existiría un diferente tratamiento punitivo, sino que ya no existiría un tipo penal específico de amenazas y coacciones leves intrafamiliares. La diferencia ya no estaría a nivel punitivo, sino en la consideración de que solo una de las conductas merecía ser específicamente tipificada como delito especial por razón de los sujetos, y no las demás. El legislador finalmente ha optado por regular de forma específica las conductas del art. 620-2 inciso final del antiguo Código Penal para la violencia intrafamiliar, sin que podamos

felicitarlos por ello, puesto que ha perdido la oportunidad de equiparar las conductas ya sean cometidas por el hombre contra la esposa o pareja sentimental, ya sea cometida por cualquiera de las otras personas contempladas en el art. 173-2 del Código Penal.

Como tercera consecuencia podemos mencionar que se ha incluido entre las posibles penas a imponer la pena de multa. Dicha pena ya se había considerado inadecuada para delitos intrafamiliares en que al final el perjudicado es no solo el autor, o en muchos casos ni siquiera el autor, sino el núcleo familiar en su conjunto y la propia víctima que ven menguados los ingresos familiares y en consecuencia, los suyos propios. A pesar de las limitaciones establecidas en el art. 84-2<sup>5</sup> del Nuevo Código Penal de que no cabe la imposición de la multa cuando haya relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia, filiación o descendencia común, habrá que estarse a como se interpreta el término “relaciones económicas”. El término relación gramaticalmente supone según la RAE “trato o conexión”, y el término económico supone una referencia a la economía, la cual se define por la RAE como “conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo”. Con ello, y según la redacción del texto no cabe imponer la multa cuando ya no hay relación conyugal pero si la obligación de pagar pensiones, da igual quién a quién, pero si se podrá imponer cuando exista relación de afectividad y convivencia pero por ejemplo haya separación de bienes o la víctima dependa para su subsistencia del sujeto activo y este se limite a proporcionar subsistencia pero no haya una relación económica, con lo que finalmente si podría repercutir en la víctima. Todo ello sin perjuicio de que siempre cabe la posibilidad de que la pena de multa puede repercutir en el resto del núcleo familiar, como por ejemplo, los hijos o personas dependientes que no son las víctimas directas.

También hay que lamentar en cuanto a la pena que se mantenga la imposición de que la pena de localización permanente deba cumplirse en domicilio separado y alejado del de la víctima, toda vez que estamos hablando de hechos de naturaleza leve, que no tiene que conllevar necesariamente por parte de víctima y victi-

5 “Si se hubiera tratado de un delito 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, 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 personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.”

mario la voluntad de ruptura de la relación familiar, y que puede además dejar en situación de desprotección a la víctima (cuando por ejemplo esta es un menor o un anciano dependiente del autor de la conducta, o cuando incluso es ésta la que tenga que abandonar el domicilio familiar). Asimismo, el cumplimiento en domicilio alejado de la víctima puede incidir negativamente en la economía familiar común, pues puede conllevar el pago de hotel y de dietas que al final son sufragadas desde la economía familiar, con lo que nuevamente se está penando a la víctima conjuntamente con el victimario.

La cuarta consecuencia proviene de la reforma del art. 57 del Nuevo Código Penal, cuya redacción ha sufrido modificaciones durante la tramitación parlamentaria. En virtud del art. 57-2 del Proyecto de Reforma hubiera procedido, cuando la sentencia fuese condenatoria, la imposición obligatoria de la prohibición de aproximación por periodo máximo de un año, lo que no sucedía cuando las conductas se tipificaban como faltas, y que nuevamente conllevaría graves consecuencias para las víctimas cuando la ruptura no fuese deseada o cuando hubiera una situación de dependencia, y nuevamente hubiera incidido de forma negativa en la economía familiar cuando la ruptura no fuese deseada y la familia se viera obligada a mantener dos domicilios durante el periodo de vigencia de la pena.

La redacción definitiva traslada el apartado 2 al apartado 3º del art. 57 del Nuevo Código Penal dicha pena reduciéndola a un periodo inferior a seis meses y estableciéndola de forma optativa, toda vez que aquí el legislador ha sustituido el término “se acordará” por “podrán imponerse”. Sin embargo, la imposición de dicha medida no queda al arbitrio de la víctima, sino del Juzgador, toda vez el legislador no ha establecido no ya la necesidad de que la misma sea solicitada por la víctima, sino siquiera de que la misma sea oída para su imposición. Nuevamente nos encontramos con un incremento de la victimización terciaria de la víctima, que tras haber sufrido el acto delictivo, de haber pasado por el proceso judicial y haber sido instrumentalizada como testigo, es apartada en la toma de decisión de medidas que por un lado no vienen justificadas por la gravedad del hecho, puesto que nos encontramos ante infracciones leves, y que por otro lado, pueden afectar gravemente a su vida en los ámbitos más personales e

íntimos, como son en sus relaciones familiares y afectivas, amén de las económicas a las que anteriormente nos hemos referido. Por ello, y tratándose de infracciones leves, hubiera sido preferible que el legislador hubiera exigido la necesidad de que la propia víctima interese o consienta en la imposición de la medida, con la excepción de menores e incapaces. En todo caso, habrá que esperar la necesaria jurisprudencia a efectos de interpretación de si la pena debe ser pedida en todo caso expresamente por quien ejerza la acusación, o si puede ser impuesta en cualquier caso por el Juzgador de motu proprio y a su libre arbitrio, al encontrarnos ante una pena accesoria, sin que ello suponga una vulneración del principio acusatorio, siendo nuestra opinión que al tratarse de una pena tan restrictiva de derechos no ya del victimario, sino de la propia víctima, tan intrusiva en aspectos fundamentales de la misma, y tan desproporcionada ante la levedad de la infracción, que requerirá que la misma sea solicitada por la acusación, amén de una necesaria correlación entre la imposición de la misma y el pronóstico de riesgo objetivo hacia la víctima derivada de la conducta del autor, que aunque sea leve, permita aventurar fundadamente un incremento de la peligrosidad.

Otra consecuencia que se producía con el anteproyecto de reforma parece haberse corregido, y estribaba en que la desaparición de las amenazas y coacciones leves intrafamiliares había supuesto la desaparición de la no exigencia de denuncia previa, por lo que al quedar integradas en las amenazas leves normales se exigía como condición objetiva de procesabilidad la denuncia del agraviado o su representante legal, lo que nos parece especialmente gravoso en el caso de los menores de edad o personas en una especial situación de riesgo como pueden ser enfermos o ancianos cuando no puedan considerarse como especialmente vulnerables. Esta condición puede tener especial importancia en aquellos supuestos de padres que amenazan a sus hijos menores, dada la especial dependencia emocional de éstos hacia los progenitores, y que puede conllevar que no denuncien, y obviamente, no van a interponer denuncia los propios autores, con lo cual quedarían en situación de desamparo. Finalmente, la redacción definitiva de la reforma ha hecho desaparecer tal condición objetiva, que si bien podría tener sentido a nivel general para las infracciones penales leves atendiendo al principio de

---

6 “También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves.”

intervención mínima y el carácter de última ratio del Derecho Penal, no lo tenía para los más desamparados y vulnerables como eran menores e incapaces.

Todo lo expuesto anteriormente puede conllevar como consecuencias no deseadas o contrarias a la finalidad del legislador que las propias víctimas dejen de denunciar estos hechos y/o se nieguen a declarar sobre los mismos teniendo en cuenta no solo la instrumentalización que sufren durante el proceso judicial sino el incremento de la victimización al ser apartadas y excluidas de la toma de decisiones que la afectan a niveles familiares, afectivos y económicos, la poca adecuación de la legislación a las necesidades reales de las víctimas y las gravísimas consecuencias que a veces éstas tienen que soportar<sup>7</sup>, con lo cual esta legislación finalmente ayuda a la perpetuación de estos hechos leves que pueden, con el tiempo derivar en conductas más graves según se deriva del funcionamiento de la rueda y los ciclos de la violencia.

Asimismo, el no requisito de denuncia previa ha supuesto que no se vean finalmente afectadas por la laguna de impunidad que ha supuesto la actual redacción de la disposición transitoria 4ª apartado 2º del Código Penal (ya que aquellas faltas que al pasar a delito leves requieren para su prosecución la condición objetiva de procesabilidad de denuncia previa, en virtud de dicha disposición transitoria, y a pesar de que las conductas recogidas estaban tipificadas y penadas tanto en el Código Penal anterior como en el resultante tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, solo cabe su enjuiciamiento a meros efectos de imposición de una responsabilidad civil proveniente de un ilícito penal que no cabe punir más

allá de los términos contemplados en el art. 123 y 124 referido a las costas).

Finalmente, se han introducido con la reforma modificaciones en la penalidad, al elevarse por un lado las penas tanto en el límite inferior como el superior (las penas pasan de 4 a 8 días de localización permanente para la falta a la pena de 5 a 30 días en el delito leve, mientras que los trabajos en beneficio de la comunidad pasan de 5 a 10 días en la falta a la pena de 10 a 30 días en el delito leve) y por otro lado introduce la posibilidad de pena de multa siempre sujeta a los requisitos del art. 84-2 Nuevo Código Penal, con una duración de 1 a 4 meses (superior a la extensión de cualquier falta y en todo caso, bastante superior a la prevista para la falta de amenazas o coacciones fuera del ámbito familiar que preveía una extensión de 10 a 20 días).

Se mantiene en todo caso su carácter de penas leves<sup>9</sup>, toda vez que aunque pueda imponerse una pena de multa de hasta cuatro meses, y que el art. 33-3 j del Nuevo Código Penal establece que son penas menos graves las penas de multa de más de tres meses, no podemos olvidar que el art. 13-4 del Código Penal establece expresamente que cuando una pena pueda tener naturaleza menos grave o leve se considerará en todo caso leve.

### 3. Modificaciones por la nueva redacción del art. 147-2 del Nuevo Código Penal

La desaparición del Libro Tercero relativo a las faltas y en consecuencia de la falta de lesiones que era trasladada al art. 147-2 junto con la redacción del art. 147-1, ambos del Proyecto de Reforma, que suponía la supresión de la separación entre lesiones que requieren

7 Para una información más amplia, véase Torres Rosell, Nuria en "La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género" en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L. Madrid, 2009, p. 475 y ss.

8 "La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

9 En contra, Fernández Hernández, A y Olloquiegui Sucunza, I. en "Faltas de amenazas y Coacciones" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp 108 y 111, los cuales manifestaban al referirse al Proyecto de Reforma que habían pasado a ser delitos de amenazas y coacciones con pena menos grave. Sin embargo, dicha afirmación no podía mantenerse ni respecto del Proyecto de Reforma ni en la redacción definitiva, por cuanto si analizamos la pena prevista (multa de uno a tres meses en el Proyecto, y de uno a cuatro en el efectivamente aprobado) y en virtud tanto del art. 33-4 del Código Penal en relación a la redacción del Proyecto que establece que son penas leves entre otras la multa de hasta tres meses, así como del art. 13-4 Código Penal en relación al texto definitivamente aprobado que hemos mencionado establece que cuando una pena puede incluirse entre las menos graves y las leves se considerará leve, y siendo un dato objetivo carente de cualquier posibilidad de interpretación a estos efectos, obviamente es una pena leve.

tratamiento médico o quirúrgico o no al eliminar del texto precisamente la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, había llevado a que por parte de algún autor<sup>10</sup> se manifestara que se iba a permitir que muchas conductas que actualmente se integran en el art. 148-4 o 5 CP se integraran en el art. 153 del mismo cuerpo legal.

Efectivamente la redacción del apartado 2 no hacía especial referencia a la necesidad del tratamiento médico o quirúrgico, sino a la menor gravedad de la conducta por el medio empleado o por el resultado producido. Entiendo que efectivamente, la necesidad o no de tratamiento se convertía así en un criterio interpretador del resultado producido teniendo en cuenta que cuando no requirieran dicho tratamiento se integrarían en este apartado dos sin perjuicio de que cuando lo requirieran también pudieran integrarse tal y como hasta ahora viene sucediendo, pero ya dejaba de ser un criterio de aplicación imperativo. Pero no comparto que por ese motivo fuera a haber un incremento de conductas provenientes del art. 148-4 o 5, por una sencilla razón. El art. 148-4 y 5 no habían sido modificados, y seguían haciendo referencia a las lesiones del art. 147-1 C.P. y no al apartado 2, por lo que jamás las lesiones del art. 147-2 C.P. aunque requirieran tratamiento médico habrían tenido cabida en el art. 153 C.P.

Lo que existía en nuestro Código Penal vigente era una laguna, de manera que en el ámbito de la violencia intrafamiliar las lesiones que no requieren tratamiento se penaban en virtud del art. 153 CP, y las lesiones que requieren tratamiento médico encuadrables en el art. 147-1 C.P. producidas sobre esposa, pareja o expareja o persona especialmente vulnerable, se penaban por el art. 148-4 o 5 C.P. Lo que no estaba previsto es la tipificación de las lesiones contra esposa o persona especialmente vulnerable de forma específica que requerían tratamiento pero que se encuadraban dentro de las de menor gravedad del art. 147-2 C.P., exactamente igual que las lesiones con tratamiento del resto de integrantes del núcleo familiar. Estas son las que podrían con el Proyecto de Reforma finalmente reconducirse al art. 153 C.P. con la equiparación de las lesiones con tratamiento de menor gravedad a las lesiones sin tratamiento y al maltrato.

Sin embargo, el texto definitivo aprobado por el legislador ha vuelto a introducir en el apartado 1 del art. 147 la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, lo que vacía de contenido la discusión, teniendo en cuenta que además el apartado 2 deja de hacer referencia a las lesiones con tratamiento, integrándose únicamente por las lesiones proveniente de la antigua falta del art 617-1 del Antiguo Código Penal (lesiones sin tratamiento médico o quirúrgico). Ello por cuanto el apartado 1 del art. 147 del Nuevo Código Penal ha ampliado el marco punitivo rebajando la pena hasta los tres meses de prisión y permitiendo la imposición de multa, es decir, ha fusionado las penalidades del antiguo tipo básico de lesiones y del tipo privilegiado, dando mayor arbitrio al Juzgador. Y es ahora precisamente cuando las lesiones del art. 148-4 y 5 del Nuevo Código Penal pueden, en un giro perverso y no previsto por el legislador con una torpeza escandalosa, acabar siendo penados con una pena inferior a la prevista en el art. 153 del mismo cuerpo legal. En primer lugar, porque el mencionado art. 148 establece que “podrán ser castigadas”, lo que indica una posibilidad pero no una imperatividad, y por tanto cabe la posibilidad que el Juzgador imponga una pena de tres meses de prisión o incluso de multa por un delito de lesiones con tratamiento médico o quirúrgico contra la esposa o pareja (o ex) mientras que la pena mínima para el delito de lesiones sin dicho tratamiento contra los mismos sujetos pasivos es de seis meses de prisión sin posibilidad de imposición de multa. Y en segundo lugar, y como ya ocurría anteriormente, el legislador no ha introducido en el art. 148-4 del Nuevo Código Penal las penas accesorias de armas o de inhabilitación de patria potestad que sin embargo si se contemplan en la conducta con resultado menos lesivo del art. 153 del mismo cuerpo legal. Por ello, el resultado de esta chapuza legislativa es que puede imponerse menos pena, y en todo caso queda menos protegida la víctima, cuando se trate de un delito de lesiones con tratamiento médico o quirúrgico que cuando se trate de un delito de lesiones sin dicho tratamiento.

Por otro lado, no comparto tampoco la opinión de algunos autores<sup>11</sup> en cuanto a que la inclusión del apar-

10 Galdeano Santa María, A. en “Maltrato. Art. 153” en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, p. 539

11 Acale Sánchez, M. y Gómez López, R. en “Maltrato. Art. 153” en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, p. 535 plantean que la inclusión expresa de una excepción a este apartado en cuanto a los delitos de violencia intrafamiliar “determina que las lesiones leves y los maltratos castigados en el art. 153 han de haber sido denunciados por la víctima”.

tado 4 del art. 147<sup>12</sup> del Nuevo Código Penal y que ya se contemplaba en el Proyecto de Reforma de requerimiento de denuncia previa como condición objetiva de procesabilidad para las lesiones leves y el maltrato contemplados en el art. 147-2 y 3 Nuevo Código Penal respectivamente plantea problemas de interpretación a la hora de determinar si la misma también es de aplicación en cuanto al art. 153 del mismo Código. La condición objetiva es la que ha de ser expresamente reseñada en el delito tipificado, ya que si no llegaríamos al absurdo que al no venir expresamente excluida en delitos como el homicidio o el terrorismo, los mismos requieren denuncia de los perjudicados.

A mi juicio, que el art. 153 no haga referencia a ninguna excepción no tiene nada que ver a una omisión involuntaria, como reseñan otros autores<sup>13</sup> sino a que no existe ninguna condición objetiva en dicho artículo, y por tanto no es necesaria una excepción a la misma. Es cierto que el art. 153 Nuevo Código Penal hace referencia al art. 147 del mismo texto, pero solo al apartado 2, y nunca al apartado 4 de dicho artículo que es el que contempla esa condición. Por tanto entiendo que, en primer lugar no existe ninguna condición objetiva de denuncia previa, y en segundo lugar, que ni siquiera está sujeto a ningún problema de interpretación. En todo caso, y a mayor abundamiento, atendiendo a meros criterios de interpretación histórica, lógico-sistemática y teleológica, los eventuales problemas de interpretación se resolverían a favor de que no existe dicha condición.

#### 4. El art. 13-4 del Nuevo Código Penal

El 13-4 del Nuevo Código Penal establece, tal como ya se establecía en el Proyecto de Reforma, que cuando la pena pueda considerarse al mismo tiempo como leve o menos grave, la misma se considerará en todo caso como leve:

No acertamos a adivinar las razones del legislador para introducir ésta, cuanto menos, peculiar interpretación a la hora de la consideración de la gravedad de una pena, ya que el mismo artículo prevé que cuando una pena pueda ser considerada como grave o menos grave, se considerará en todo caso, como grave. De esta manera el legislador oscila incomprensiblemente de interpretar ante un mismo supuesto que una pena pueda

ser considerada con dos gravedades distintas, en unos supuestos como la más grave y por tanto más perjudicial para el penado, y en otras, como la más beneficiosa y por tanto menos grave. Puedo interpretar que la mente del legislador está en todas esas antiguas faltas que no han desaparecido realmente al haber pasado a ser delito menos grave y cuya penalidad además ha sido incrementada. Pero el legislador está obviando y sigue sin darse cuenta de que ello va a afectar a los delitos cuyas penas hasta ahora no han tenido problemas para considerarse como menos graves.

A la luz del art. 13-4 del Nuevo Código Penal, por poner un ejemplo las penas de los arts. 148-4, 153, 171-4 o 172-2, todos ellos del mismo cuerpo legal, cuando se llegue a una conformidad en Juicio Rápido que no podemos olvidar que conlleva la reducción del tercio de dicha pena, nos encontraremos con que algunas de las penas pasarán a ser leves, y por tanto la consideración final de la pena impuesta por el delito es que el mismo será también leve.

En aplicación de dicho art. 13-4 encontraremos grandes consecuencias. En primer lugar, ello implica que varían los plazos de cómputo para la cancelación de antecedentes penales, que pasan de 2 años a 6 meses (art. 136 Nuevo Código Penal), y sobre todo, para la prescripción de las penas, que pasan de los cinco años al año (art. 133 Nuevo Código Penal). Antecedentes penales por golpear a la esposa causando lesiones que requieren tratamiento médico podrían quedar cancelados a los seis meses, dudando seriamente de que esa fuera la finalidad buscada por el legislador. Se plantea entonces la duda de si los mismos pueden ser tenidos en cuenta a efectos de la integración del tipo de violencia habitual del art. 173-2 Nuevo Código Penal, una vez que el antecedente penal esté cancelado. Entendemos que no hay problema toda vez que la integración en dicho tipo penal está sujeta a los propios criterios que establece el artículo mencionado, en la que no establece esta salvedad. La integración del tipo de violencia habitual está sujeta a criterios de proximidad temporal y del número de actos, y teniendo en cuenta que por su propia esencia nos encontramos ante un delito permanente que se sigue produciendo en el tiempo, será el plazo de prescripción del 173-2 el que deba regir.

12 "Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

13 Galdeano Santa María, A. en "Maltrato. Art. 153" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, valencia 2013, p. 540 y ss.

En segundo lugar, también conlleva que no cabe su apreciación a efectos de reincidencia en virtud del art. 22-8<sup>14</sup> del Nuevo Código Penal, por lo que el condenado en estos supuestos por delitos de violencia intrafamiliar será considerado como delincuente primario, incluso ante la nueva comisión de actos de violencia intrafamiliar o de género.

Finalmente, este tratamiento del reo como delincuente “primario” tiene también su reflejo de cara a la suspensión de la pena, puesto que en virtud del art. 80-2-1<sup>o</sup> del Nuevo Código Penal la pena por delitos leves no se tendrá en cuenta a efectos de la suspensión de la pena.

### 5. La regulación del delito de acoso intrafamiliar

Una de las dos grandes novedades a efectos de la violencia intrafamiliar es la tipificación “ex novo” del delito de acoso en general, y en su regulación del art. 172 ter apartado 2, 3 y 4<sup>15</sup> Nuevo Código Penal como acoso en el ámbito familiar, habiendo sido modificado el texto a lo largo de su tramitación parlamentaria desde el Anteproyecto hasta su redacción definitiva.

El autor que suscribe ya se había manifestado a favor de la tipificación de este delito, ya que a día de hoy existe un vacío normativo respecto de determinadas conductas de hostigamiento hacia la víctima que se venían resolviendo, mal y de manera absolutamente forzada, mediante la apreciación de una falta o delito continuado de coacciones. Y digo mal, porque la mayor parte de estas conductas, como son seguir a una persona, mirarla en su trabajo, mandarla cartas, mensajes o llamadas, en sí mismas consideradas no son constituti-

vas de ningún ilícito penal, con lo que la consideración que se ha venido haciendo de que la suma de todas ellas supone un delito continuado atenta contra lo dispuesto en el art. 74-1 C.P. que exige que cada una de las acciones infrinja un precepto penal. Asimismo también se infringía o se forzaba el propio tipo de coacciones por cuanto éste exige violencia, la cual no es ejercida en la gran mayoría de los actos de hostigamiento. Por ello, hay que celebrar que por fin el legislador haya decidido cubrir ese vacío normativo, aunque no haya celebrado tanto el texto del mismo y la forma en que se ha tipificado.

#### 5.1. Bien jurídico y conducta

En primer lugar y a nivel general de la figura de acoso no está bien determinado cual es el bien jurídico, que parece oscilar según la Exposición de Motivos entre la libertad<sup>16</sup> y la seguridad jurídica por un lado y el derecho a la tranquilidad y el sosiego por otro<sup>17</sup>. Si nos atenemos a la conducta parece que el bien jurídico protegido estriba en la seguridad, en el derecho a sentirnos seguros y tranquilos, en el derecho al sosiego. Pero si nos atenemos a su ubicación dentro del Título VI relativo a los Delitos contra la Libertad y a la que creo que es una desafortunada expresión, “que altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”, parece que el bien jurídico protegido es la libertad, puesto que el hostigamiento o acoso te tiene que impedir desarrollar tu vida de una forma normalizada, forzándote a alterarla y por tanto a elegir libremente tu quehacer diario que se ve condicionado por la conducta hostigante, aunque ese

14 “A los efectos de este número no se computaran los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves”.

15 Art. 172 ter; “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1<sup>o</sup> La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2<sup>o</sup> Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3<sup>o</sup> 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. 4<sup>o</sup> Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

16 Barea Payueta, Consuelo en “El maltratador como exmarido y como padre” Ediciones Consuelo Barea, Barcelona 2012, p. 59 a 97, quien acepta que en ocasiones también se verá afectada la integridad moral.

17 Otros autores señalan un bien jurídico plural, como Núñez Fernández, Ana Belén en “Acoso a las personas mayores”, en V.V.A.A. *Tratamiento integral del Acoso*, Dirs. Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María Dolores, Coords. Caballero Pérez, María José y Tomás Jiménez, Natalia, Thomson Reuters Aranzadi 2015, p. 994, quien manifiesta que respecto del acoso “se viene afirmando su carácter pluriobjeto en la medida que afecta a diversos derechos fundamentales de la persona, como la integridad física y moral, el honor, la intimidad, la propia imagen y la igualdad y no discriminación.”

quebranto de la libertad venga producido precisamente por el previo quebranto del sentimiento de seguridad.

Y digo que me parece desafortunada la expresión “que altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana” porque ya se establece por el legislador de qué manera se tiene que ver alterada el desarrollo de la vida cotidiana mediante un catálogo de cuatro conductas de manera que parece querer tasar cuáles pueden integrar el tipo penal, habiendo desaparecido en la redacción definitiva el recurso a la analogía “in malam partem” que se recogía en un apartado 5º (cualquier conducta análoga a las anteriores) ante la imposibilidad, obviamente, de recoger todas las formas en que puede hostigarse a una persona. De este modo el legislador parece haber querido acotar la conducta al modo en que lo realiza en el acoso sexual, pero al mismo tiempo muestra señales de la imposibilidad de limitarlo a una sola, como ocurre en el acoso laboral. Con lo cual consideramos que hubiera sido mejor no tratar de recoger y acotar dichas conductas y haberse centrado a efectos de tipificación en la finalidad del hostigamiento. Y ello porque el término “acosar” ya engloba en sí mismo todas las conductas enumeradas por el legislador, por lo que dicha enumeración se vuelve innecesaria, y además plantea el equívoco de si estas son o no las únicas conductas de acoso que caben. Que el legislador establezca un catálogo de conductas podría interpretarse como una limitación a la misma, pero no podemos obviar la tramitación parlamentaria, y como el legislador en su primitiva redacción establecía una analogía “in malam partem” respecto a las conductas anteriores. Ello contradice que el legislador pretendiera una limitación, y parece indicar lo contrario, que el legislador pretendía dar una interpretación lo más amplia posible del término acosar y que las conductas expresamente reseñadas no eran sino hacer hincapié en cuales, en todo caso, deben quedar incluidas en el acoso. En todo caso, la supresión de apartado 5º relativo a la analogía (lógico por otro lado puesto que se trataba de una analogía contraria a Derecho) sin la correlativa supresión del

catálogo de conductas deja la puerta abierta a múltiples interpretaciones que deberán ser perfiladas por la Jurisprudencia.

A nuestro modo de entender la definitiva redacción del tipo penal plantea la imposibilidad de englobar como acoso cualquier otra forma del mismo que no se contemple en el propio artículo<sup>18</sup>, por cuanto sería una creación ex novo por parte del Juzgador que si el legislador tuvo en mente realizar, optó tras el debate parlamentario, por no hacer. De esta manera, consideramos que quedaría fuera del acoso conductas tales como permanecer de forma insistente ante la puerta de la víctima<sup>19</sup> cuando no se trate de establecer contacto con la misma o no se intente vigilar, sin perjuicio de que dicha conducta pueda resultar aterradora para ésta.

Por otro lado, hay que interpretar que se entiende por “alteración”. Si por alteración basta con ese quebranto del derecho a la seguridad y tranquilidad, es innecesario que lo recogiera el tipo porque es inherente ese quebranto a la propia conducta de acoso.

Pero si por alteración entendemos que es necesario que se manifieste de forma objetiva en el comportamiento o conducta de la víctima y que se vea forzada a cambiar la misma por el acoso, nuestra opinión es que el tipo penal va a dejar fuera muchas conductas de acoso en que la víctima no puede alterar su conducta porque se ve imposibilitada a ello por circunstancias ajenas, o sencillamente, porque prefiere hacer frente a esa situación de acoso con un reafirmamiento de su conducta para no mostrar ante el sujeto activo que tiene miedo y que el acoso surte efecto. Si la víctima sufre acoso porque su expareja la sigue de casa al trabajo y de trabajo a casa, y también a llevar y a buscar al hijo menor de cinco años al colegio, y se ve imposibilitada de alterar su conducta porque obviamente tiene que trabajar para poder subsistir, y el niño tiene que ir al colegio, ¿debemos entender que ya no se produce el tipo porque no hay una alteración de la conducta, aunque la víctima esté aterrada? Por ello nuestra interpretación se encauza en el sentido que la altera-

18 Consideran también que nos encontramos ante una lista cerrada (y exhaustiva) Alcalá Pérez-Flores, Rafael; Jaén Vallejo, Manuel; Martínez-Arrieta Márquez-Prado, Cristina y Perrino Pérez, Ángel en “La reforma del Código Penal. Parte especial I”, ELDERECHO.COM, Lefebvre El Derecho, disponible en internet el 1 de julio de 2015. Por el contrario, considera que la disposición legal enumera las conductas de forma abierta Matallín Evangelio, Ángela en “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en V.V.A.A. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. González Cussac, Coords. Matallín Evangelio, Ángela y Górriz Royo, Elena, Tirant lo Blanch 2015, p. 580 y ss.

19 Para Villacampa Estiarte, Carolina en “El delito de stalking” en V.V.A.A. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Dir. Quintero Olivares, Gonzalo, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 386 y ss., la interpretación de la conducta en la jurisprudencia alemana respecto de la similar tipificación alemana estriba en la permanencia física junto a la víctima o visión óptica, sin necesidad de que haya contacto o conducta amenazante.

ción debe interpretarse como un quebranto del derecho a la seguridad y la tranquilidad, sin que tenga que tener plasmación objetiva en la conducta de la víctima, sin perjuicio de que ésta puede constituirse luego en prueba que permita la acreditación del delito.

También habría que plantearse en su caso si la alteración de la conducta es el resultado típico —interpretación que consideramos más correcta<sup>20</sup>— o es una condición objetiva de penalidad, a efectos de si cuando se produce la conducta pero no la alteración dicha conducta queda impune, o estamos ante una tentativa. Desde mi punto de vista, dicha expresión es un error del legislador, que debería haber desaparecido del texto definitivo, al considerar que basta para que nos encontremos ante una situación de acoso con la conducta hostigante, produzca o no el resultado deseado por el autor y en todo caso, indiferentemente a que se vea alterada la conducta, lo que en todo caso debería ser como ya ocurre en las amenazas cuando se cumple la condición, un subtipo agravado.

Igualmente nos parece especialmente desafortunada la expresión “sin estar legítimamente autorizado”, ya que ignoramos cual fue la finalidad del legislador al introducir la misma, y se abren varias hipótesis. Una primera y menos probable iría referida a la ilicitud concreta de la conducta con la que se pretenda ejercer el acoso. Ello vaciaría de contenido y sentido el nuevo tipo creado, por cuanto el acoso como norma se ejerce por la reiteración de conductas que en sí mismas no son constitutivas de ningún ilícito, ni siquiera leve (pensemos en conductas como envío de e-mails o llamadas telefónicas). Pero es que además, cuando la conducta fuera ilegal, podrían plantearse problemas concursales (por ejemplo, entre acoso y delito continuado de coacciones).

Si el legislador quisiera hacer referencia a la concurrencia o no de causas de justificación, ello no es sino una remisión innecesaria por cuanto no existe obstáculo alguno ni mandato legal por el que no puedan aplicarse las causas de justificación en relación al delito de acoso.

Si la referencia fuera a la voluntad de la víctima, consideramos que hubiera sido preferible la expresión “sin

o en contra de la voluntad de...”, ya que la formulación actual establece una formalidad legal y no personal del sujeto activo, siendo de difícil imaginación cuando se está legítimamente autorizado para enviar 200 mensajes al día a una persona durante un periodo prolongado de tiempo si no es por la voluntad positiva de la misma.

Una última interpretación de la finalidad del legislador a este respecto sería dotar de protección a los cuerpos y fuerzas seguridad del Estado o a Jueces, Tribunales y funcionarios en el desempeño de sus funciones, pero ello es absolutamente innecesario, por cuanto la actuación de los mismos ya está reglamentada y es dentro de los márgenes de actuación de su actividad donde podrían realizarse conductas que fuera de dicho ámbito de reglamentación podrían suponer conductas de acoso (por ejemplo, vigilancia de un sospechoso) igualmente que no nos planteamos que una intervención telefónica efectuada por la policía previa autorización motivada por el órgano judicial pueda constituir un delito de descubrimiento y/o revelación de secretos.

La expresión “sin estar legítimamente autorizado” ya nos consta en otro artículo que no ha sido modificado, y que no es sino el art. 172-1 del Antiguo Código Penal que tipifica las coacciones. La doctrina mayoritaria entiende que nos encontramos ante una remisión a las causas de justificación, remisión que como ya hemos mencionado se considera innecesaria, mientras que otra parte de la doctrina la considera como elemento típico<sup>21</sup>. La consideración como elemento típico o como remisión a la causa de justificación tiene importantes consecuencias a efectos de error, con una jurisprudencia dividida que no permite establecer una posición mayoritaria en cuanto a su consideración por parte de los Tribunales. Ello nos permite augurar una problemática similar respecto al delito de acoso y una aplicación por tanto desigual por parte de la jurisprudencia, que va a suponer un incremento de la inseguridad jurídica.

En virtud de todo lo expresado, consideramos que la expresión “sin estar legítimamente autorizado” debería desaparecer del tipo penal, o en todo caso ser sustituida por otra que haga referencia a la ausencia de consentimiento de la víctima, tal y como ya se hace en otros

20 En el mismo sentido Matallín Evangelio, Ángela en “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en V.V.A.A. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. González Cussac, Coords. Matallín Evangelio, Ángela y Górriz Royo, Elena, Tirant lo Blanch 2015, p. 579 y ss.

21 Entre los autores que lo recogen como causa de justificación estarían Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch Valencia 2010, p. 15. Como elemento de tipo lo recoge Álvarez García, Francisco y otros en V.V.A.A. “Derecho Penal Español Parte Especial (I)”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, p. 311. Blanco Cordero, Isidoro en V.V.A.A. “Comentarios al Código Penal” Dir. Gómez Tomillo, Manuel, Lex Nova 2ª Edición, Valladolid 2011, p. 667, se refiere a mismo como elemento negativo del tipo.

delitos como el de descubrimiento de secretos del art. 197-1 del Código Penal.

### 5.2. Problemática concursal del delito de acoso

Dada la redacción del acoso, hay que hacer referencia a los problemas concursales que pueden devenir, para lo cual habrá que estar por un lado, a la problemática concursal del acoso en general, para luego centrarnos en la del acoso intrafamiliar, pero mencionando, respecto de ambos que al suponer el acoso por su propia naturaleza la reiteración de conductas que se perpetúan en el tiempo, no cabe la continuidad delictiva.

La problemática concursal<sup>22</sup> entendemos que puede venir originada sobre todo por la redacción del apartado 3 del art. 172 ter del nuevo Código Penal<sup>23</sup>. Ya hemos reseñado a lo largo de este artículo que la conducta típica de acoso se realiza mediante actos que aisladamente considerados no son constitutivos de ilícito penal alguno, y por tanto no cabe la punición de los mismos de forma separada e independiente al delito de acoso. Entonces, ¿por qué el legislador introduce la posibilidad de integrar dentro del tipo de acoso conductas que ya por sí mismas son constitutivas de delito? Y por otro lado ¿cuáles son dichas conductas? La respuesta a esta segunda pregunta reside, como así lo recoge la conducta 4º del art. 172 ter 1 Nuevo Código Penal, en las infracciones contra la libertad (coacciones y amenazas) y contra el patrimonio. La respuesta a la primera cuestión se nos plantea más difícil de solventar, más allá del afán en evitar lagunas punitivas.

Hay que considerar que el Código Penal ya prevé la comisión de infracciones contra el patrimonio y contra la libertad como delitos continuados, por lo que comienza a planear el fantasma de una doble punición que infrinja el principio de *ne bis in idem*. El problema no surge tanto de los delitos patrimoniales como de los delitos contra la libertad, por cuanto los primeros protegen bienes jurídicos diferentes a los protegidos por el acoso, por lo que no habría problema en considerar que aquel que procede a hurtar de forma habitual dinero de la víctima como modo de hostigamiento ha cometido tanto un delito continuado de hurto, como un delito de

acoso, en relación de concurso ideal que en virtud del apartado 3 mencionado se tramitaría como concurso real.

Pero ello no puede predicarse respecto a los delitos contra la libertad (amenazas y/o coacciones), puesto que aquí si nos encontramos ante bienes jurídicos de idéntica naturaleza, lo que supone en la práctica que una misma conducta se sancionaría doblemente por lesionar el mismo bien jurídico. El problema deviene porque el legislador no termina de aclarar en qué consiste el concepto de acoso, como ya hemos visto someramente al hablar de la conducta, lo que impide determinar una distinción clara entre éste y los restantes delitos contra la libertad, y permitiendo de facto la inclusión de éstos en el primero obviando la posibilidad de la continuidad delictiva de los mismos.

Ello obliga a contestar dos cuestiones. Por un lado, hay que determinar si el tipo de acoso puede estar integrado única y exclusivamente por actos que ya son constitutivos a su vez de otros ilícitos penales contra la libertad (por ejemplo, de coacciones). Por otro lado, y en relación a lo recién mencionado, si los hechos en tal caso pueden constituir al mismo tiempo un delito continuado contra la libertad (amenazas o coacciones) y al mismo tiempo un delito de acoso, o si en caso contrario nos encontramos ante un concurso de normas.

El legislador parece partir de la posibilidad de integrar actos constitutivos de otro ilícito penal dentro del tipo de acoso. Consideramos que ello es un error, especialmente cuando el otro ilícito penal es además contra la libertad, de manera que solo deberían integrarse dentro del tipo penal las conductas tendentes al hostigamiento o humillación que aisladamente no suponen la constitución de ningún delito, sino únicamente a través de la continua reiteración o acumulación de tales conductas con el fin de hostigamiento<sup>24</sup>. Ello es lo que caracteriza el acoso.

No tiene sentido, cuando la conducta reiterada de coacciones o amenazas ya está resuelta por el delito continuado, integrarlo además en el delito de acoso. Y encontramos que tampoco tiene sentido la integración de una única coacción o amenaza junto a otras conduc-

22 , Muñoz Conde, Francisco en "Derecho Penal Parte Especial", Tirant lo Blanch 20ª edición, Valencia 2015, p. 147, considera que aunque el apartado 3 ya permite el concurso con otros delitos, "cuando las conductas de acoso están en relación directa con la ejecución de otros delitos, constituyendo un acto ejecutivo de los mismos (...) o dan lugar a otras modalidades de acoso tipificadas autónomamente (...) el delito previsto en este art. 172 ter pierde su autonomía".

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

24 En contra Palma Herrera, José Manuel en "La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo" en V.V.A.A. *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dir. Morillas Cuevas, Lorenzo, Dykinson S.L., Madrid 2015, p. 406.

tas no delictivas *per se* ya que en poco o nada contribuye a configurar el tipo de acoso a costa de vulnerar el principio de legalidad por utilizar una misma conducta para sancionar doblemente cuando el fundamento de la sanción es el mismo. Es por dicha razón que entendemos que no procede permitir la integración de tales ilícitos en el delito de acoso, de manera que cuando coincidan conductas que doblemente podrían integrarse en los diferentes delitos contra la libertad, deberían pensarse por separado por un lado los actos constitutivos del acoso, y por otro los constitutivos de amenazas y/o coacciones, sin subsumir los segundos en el tipo del primero. Para ello sería conveniente modificar la redacción del texto aprobado por el legislador, ya que en caso de mantenerse la actual redacción del tipo penal podría acabar produciéndose una sangría jurisprudencial oscilante y contradictoria<sup>25</sup>. Y también hay que tener en cuenta que el delito de acoso requiere denuncia previa como condición objetiva de procesabilidad, pero no así los delitos de amenazas y coacciones. ¿Variaría la consideración en función de si existe dicha denuncia previa? ¿Si no existe dicha denuncia tendríamos que pensar por un delito continuado de coacciones o amenazas —que no la requieren—, y en su caso de violencia habitual? y si hay denuncia ¿penaríamos entonces por el delito acoso y ya no por éstos, o en su caso por ambos?

La relación concursal del acoso con los respectivos tipos de acoso sexual, acoso laboral y acoso inmobiliario será la de subsidiaridad, por lo que las conductas deberán integrarse en los tipos de los segundos en función del principio de especialidad, y exclusivamente cuando la conducta no pueda subsumirse en los mismos por faltar alguno de los requisitos del tipo, se aplicará subsidiariamente el acoso general del art. 172 ter del Nuevo Código Penal.

Respecto a la relación concursal con el delito de descubrimiento y revelación de secretos, toda vez que el primero no forma parte de las conductas que pueden integrar el tipo de acoso, por lo que la relación será de concurso real o ideal medial en función de la casuística concreta, sin que se infrinja el principio de *ne bis in idem*.

### 5.3. Problemática concursal del acoso intrafamiliar

Centrándonos ya en el delito de acoso intrafamiliar, éste va a presentar los mismos problemas concursales

que el acoso en general, y por tanto nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior. Pero si hay una especialidad que hay que mencionar, y que no concurre en el acoso en general, y es la existencia del art. 173-2 Nuevo Código penal relativo a la violencia habitual en el ámbito intrafamiliar. A este respecto, no podemos olvidar que el susodicho delito de violencia habitual se integra, esta vez sí, por hechos que ya son de forma individual constitutivos de ilícito penal, siendo la reiteración de éstas a lo largo del tiempo las que conforman el tipo de violencia. El problema surge con la entrada en vigor del Nuevo Código penal, ya que una misma conducta podría llegar a tenerse en cuenta para su integración en tres tipos penales distintos (por ejemplo, coacciones, acoso intrafamiliar y violencia habitual).

Lo primero que habrá que determinar es si la relación concursal entre el delito de acoso y el delito de violencia habitual es de concurso de normas en la que únicamente hay que determinar cuál de los dos tipos penales es de aplicación de manera excluyente al otro, o si por el contrario la relación es de concurso ideal —sin perjuicio de su ulterior consideración como concurso real dado lo expuesto en ambos delitos— y por ello la conducta se integraría tanto dentro del tipo del delito de acoso en el ámbito familiar como dentro del tipo de violencia habitual.

Por otro lado hay que recordar que tanto el delito de acoso como el de violencia habitual ya prevén la punición por separado de los respectivos delitos que lo integran, por lo que y en cuanto a los delitos de coacciones y amenazas, nos lleva a plantearnos varias cuestiones:

Lo primero que habría que determinar —para el supuesto de que se admita dicha posibilidad que nosotros negamos— es si ante la exclusiva concurrencia de conductas susceptibles de subsumirse en los respectivos delitos de acoso, amenazas y/o coacciones, nos encontramos; ante un delito de acoso que exige además que hemos de penalizar individualizadamente cada amenaza o coacción, si nos encontramos exclusivamente ante un delito continuado de éstos, o si finalmente nos encontramos con que los delitos de amenazas y/o coacciones integran tanto sus respectivos delitos continuados como el delito de acoso.

Para responder a esta pregunta habría que diferenciar entre si el delito de acoso está integrado solo por

25 Como manifiesta Villacampa Estiarte, Carolina en "El delito de stalking" en V.V.A.A. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Dir. Quintero Olivares, Gonzalo, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 396, la redacción del artículo sobre acoso "deja expedita la vía del concurso de delitos de manera indiscriminada".

delitos de coacciones y amenazas —en el caso de que pueda interpretarse la integración del tipo de acoso solo mediante tales conductas—, o si se ha integrado también por otras conductas ajenas a las coacciones o las amenazas. En el segundo supuesto cabría la posibilidad de considerar que a fin de cuentas las coacciones o amenazas, como delito individual o como delito continuado, son solo una parte integrante de un espectro de conductas más amplio y quedaría amparada por la regla concursal del art. 172 ter apartado 3 del nuevo texto. Mientras que para la primera opción entendemos que no cabría dicha posibilidad ya que dicho apartado habla de “los delitos” y no por tanto de un único delito, aunque este sea continuado.

Por otro lado hemos de determinar cuando ya se ha penado primeramente por un delito de acoso, si posteriormente y ante nuevos hechos, puedo integrar ese delito de acoso dentro de la violencia habitual, y además, integrar en su caso los diferentes delitos de coacciones y amenazas que lo integran. Para ello hay que plantearse si puede subsumirse una misma conducta en los delitos de coacciones y amenazas, de acoso y de violencia habitual al mismo tiempo sin infringir el principio de “ne bis in idem”. Y hay que plantearse si cabe dicha posibilidad en todo caso cuando posteriormente a la conducta constitutiva de coacciones/amenazas y acoso sobre los que ya ha recaído sentencia condenatoria, se producen una nueva serie de actos, integrando todos ellos el tipo de violencia habitual.

Por todo ello la problemática concursal que se presenta entre los tres vértices del triángulo delictivo abre la puerta a múltiples y diferenciadas soluciones antagónicas, que nuevamente abocan a una aplicación jurisprudencial desigual y contradictoria. Desde nuestra posición, primero hemos de reiterarnos en la opinión de que no cabe la integración de las coacciones y las amenazas dentro del delito de acoso y por ende, del delito de acoso intrafamiliar al proteger dichas conductas el mismo bien jurídico, debiendo quedar relegada la norma concursal del apartado 3 a otros delitos que protejan bienes jurídicos diferentes.

En segundo lugar, cuando de la casuística concurren conductas que en su globalidad pudieran quedar subsumidos íntegramente tanto dentro del delito de acoso como del de violencia habitual, entendemos que el segundo es el que deberá ser de aplicación preferente, por cuanto el tipo penal exige el empleo de violencia física o psíquica, elemento típico que no se exige por el contrario en el tipo de acoso. Todo ello sin perjuicio de que puedan integrarse las conductas que conforman el delito de acoso intrafamiliar como algunos de los delitos

que pueden conformar la habitualidad del art. 173-2 del Código Penal, en su confluencia con otras conductas, y en relación de concurso real por lo dispuesto en el mencionado precepto.

#### 5.4. Penalidad

Al hablar de la penalidad, lo primero que nos llama la atención es que no existe incremento punitivo en el límite máximo de la pena privativa de libertad entre el tipo de acoso en general y los tipos cualificados de acoso intrafamiliar y acoso contra personas especialmente vulnerables (dos años de prisión en todos los casos), de manera que solo se incrementa el límite mínimo (que pasa de tres meses del general a los seis meses del de personas especialmente vulnerables y un año de prisión en el intrafamiliar). Desaparece en el intrafamiliar como pena alternativa la pena de multa, que se sustituye por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en coherencia con los restantes delitos de violencia intrafamiliar y el efecto negativo que las penas pecuniarias suelen conllevar para la economía familiar, incluida las víctimas. No se prevén respecto de las personas especialmente vulnerables penas alternativas. Por tanto, la mayor lesividad de la conducta solo se aprecia en el límite mínimo de la pena de prisión, y respecto de las personas especialmente vulnerables —no todas, como veremos—, en la ausencia de pena alternativa. Quedando además todas las penas por debajo del límite de suspensión.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a otro error de bulto del legislador, que no es otra que la posibilidad de que acosar a un familiar especialmente favorable salga más barato que acosar a una persona especialmente vulnerable que no sea familiar. Y ello porque si bien es cierto que el límite inferior de la pena privativa de libertad es superior en el acoso intrafamiliar (un año) que el de especial vulnerabilidad (seis meses), el límite máximo es el mismo, por lo que el máximo de pena de prisión en ambos casos nunca superará los dos años de prisión, quedando dentro del marco de la suspensión. El agravio comparativo proviene esencialmente de que para el acoso intrafamiliar está prevista la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, que no se prevé para el tipo básico de acoso. Cuando el acoso se ocasione a persona especialmente vulnerable contra algún miembro del núcleo familiar (en la concepción del art. 173-2 Nuevo Código Penal), la conducta deberá integrarse dentro del tipo del apartado 2 del art. 172 ter Nuevo Código penal, y no del apartado 1, por razón de especialidad atendiendo a la

relación entre sujeto activo y sujeto pasivo. Y por ello no solo le será de aplicación la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, sino que no le será de aplicación el subtipo agravado de que la conducta se ejerza sobre persona especialmente vulnerable al no estar prevista para el acoso intrafamiliar.

Lo tercero que llama la atención se refiere a la incongruencia existente respecto a la penalidad entre el delito de acoso hacia personas especialmente vulnerables, que no permite ninguna pena alternativa, y la pena del delito de acoso intrafamiliar que si la permite. Ello es debido a la laguna existente por cuanto el legislador no ha previsto la posibilidad de que el victimario cometa la conducta contra una que sea al mismo tiempo persona especialmente vulnerable y que se encuentre entre las recogidas en el tipo del art. 173-2 Nuevo Código Penal. El subtipo agravado por la especial vulnerabilidad se recoge en el último párrafo del apartado primero del art. 172-ter del Nuevo Código Penal y va referida a la conducta del tipo básico contenido en ese apartado. Es en el apartado segundo en el que se recoge el acoso intrafamiliar, por lo que la cualificación de persona especialmente vulnerable recogida en el apartado anterior no le afecta. Si nos atenemos al principio de especialidad será de aplicación este subtipo frente al primero, por lo que la ilógica e incomprensible consecuencia será que acosar a un miembro familiar especialmente vulnerable presentará beneficios frente al acoso de persona especialmente vulnerable sin esa relación intrafamiliar<sup>26</sup>, ya que no solo el límite inferior de la pena es menor, sino que además tiene la posibilidad de que se le imponga la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>27</sup>. Esto rompe con lo dispuesto en los restantes delitos de violencia en el ámbito familiar que recogen agravantes comunes a todos los delitos —hechos ocurridos en el domicilio de común o de la víctima, utilizando armas, quebrantando pena o medida de alejamiento o en presencia de menores—, o en lo que aquí nos importa, subtipos agravados cuando la víctima intrafamiliar es especialmente vulnerable —tanto en los delitos de lesiones con o sin tratamiento médico, como en los delitos de maltrato, amenazas leves y coacciones leves—. A la vista de que no se han producido

cambios significativos en el Nuevo Código Penal en relación a los delitos de violencia intrafamiliar más allá de la necesaria adecuación a la transformación de las faltas en delitos leves podemos aseverar que no se ha producido un cambio de tendencia en el legislador, y por tanto hemos de mantener que la redacción del acoso intrafamiliar a este respecto no es sino otra chapuza legislativa.

Con el Nuevo Código Penal, se disipa la duda de cuando procede la imposición obligatoria las especiales condiciones de suspensión de los arts. 83 y 84, equiparando en el segundo supuesto la redacción del texto al de la pena de prohibición de aproximación a la víctima del art. 57-2 del mismo cuerpo legal, y ello por cuanto los primeros anteriormente iban referidos a la violencia de género, mientras que el segundo hacía especial referencia a la relación intrafamiliar del art. 173-2 Código Penal. Para el art. 84-2 Nuevo Código penal, al haberse copiado literalmente la redacción del 173-2 del mismo Código, este será el referente más cercano a efectos de ver por dónde irá la jurisprudencia. En este sentido y referido a la aplicación del art. 57-2 la pena accesoria se está aplicando tanto cuando la víctima es mujer agredida por el hombre pareja<sup>28</sup>, como cuando no<sup>29</sup>, sin especial atención de si la violencia es o no de género. En cuanto al art. 83-2 Nuevo Código Penal, también se disipa la duda, toda vez que ya evita la referencia genérica de violencia de género, explicitando que el delito tiene que ser cometido contra mujer que sea cónyuge o relación análoga, o lo haya sido. Pero con la nueva redacción la duda surge ahora por un lado en cuanto a si será de aplicación respecto de otros delitos diferentes a los de violencia intrafamiliar (por ejemplo, delitos contra la propiedad, daños, falsedades), y por otro lado de si será de aplicación automática atendiendo a criterios meramente objetivas, o si, puesto que es un requisito solo establecido para la el hombre cuando la víctima es o ha sido su esposa/pareja, será de aplicación la jurisprudencia minoritaria que exige que el delito sea de género, en cuanto que haya quedado acreditada una situación de desigualdad, dominación, etc... en relación a la sentencia núm. 59/2008 de 14 de mayo y las que le siguieron. A vuestro entender, el requisito debería ser

26 Vuelve a repetirse la situación que ya existía y que no ha sido remediada por el nuevo Código Penal, en que el acoso sexual en el ámbito laboral sale bastante más barato penológicamente hablando que el mero acoso laboral

27 De esta opinión es Villacampa Estiarte, Carolina en "El delito de stalking" en V.V.A.A. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Dir. Quintero Olivares, Gonzalo, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 392.

28 Sentencia 27/2011 de 28 de enero, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife

29 Sentencia 1274/2011 de 29 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que aplica dicha pena de aproximación en una relación paterno-filial entre víctima y victimario.

de aplicación para los delitos de violencia intrafamiliar, por una interpretación teleológica del artículo, y en coherencia con lo mantenido respecto a los delitos de violencia de género, para su aplicación debería constar en la sentencia la situación de desigualdad entre penado y víctima.

Finalmente consideramos conveniente realizar una comparación de la penalidad entre los delitos de acoso —tres meses a dos años de prisión—, con la prevista para la violencia habitual —seis meses a tres años de prisión—, y las coacciones —seis meses a tres años, pudiendo llegar el límite superior a tres años y nueve meses en caso de delito continuado—.

A la vista de la penalidad de los delitos si observamos una proporcionalidad en la mayor gravedad del delito de violencia habitual frente al acoso, dada la necesaria concurrencia de violencia física o psíquica del primero que no concurre en el segundo. Pero si llama poderosamente la atención la notable menor penalidad del acoso frente al delito de coacciones. Y nos parece sorprendente cuanto menos a la luz por un lado de la gravedad que el legislador reseña respecto del primero en la Exposición de Motivos, y por otro lado si tenemos en cuenta que el acoso supone una conducta reiterada frente al acto ocasional del delito de coacciones. De esta manera nos resulta inimaginable cuales han sido las motivaciones últimas del legislador o en su caso los criterios de política criminal utilizados a la hora de establecer la pena de manera que el acto ocasional tenga una penalidad de hasta un año más que la conducta hostigante reiterada. Finalmente lo que hace el legisla-

dor es permitir que el delito de acoso pueda constituirse como un delito privilegiado respecto del delito de coacciones. Resulta cuanto menos curioso que el acoso penado con la antigua legislación de forma residual y ante la laguna existente mediante un delito continuado de coacciones actualmente, y una vez tipificado como delito de acoso, tenga señalada una pena menor. Ello permitirá a su vez la posibilidad de plantearse si prosperarán o no posibles revisiones de pena para aquellos que habiendo sido penados con penas superiores a dos años por hechos que pudieran actualmente integrarse dentro del tipo de acoso, y a los que correspondería por tanto una penalidad inferior.

## 6. La regulación del delito de matrimonio forzado

Se crea ex novo el art. 172 bis 1<sup>30</sup> del Nuevo Código Penal cuya conducta consiste en compeler a otra persona con violencia o intimidación a contraer matrimonio.

En el fondo el tipo penal lo único que hace es tipificar una forma muy concreta de coacciones<sup>31</sup> o en su caso de amenazas, y de hecho la pena a imponer es prácticamente la misma, ya que apenas varía en relación a la pena de prisión que pasa de los seis meses y tres años de las coacciones a los seis meses a tres años y seis meses del matrimonio forzado, no variando en cuanto a la pena de multa. Entendemos que la justificación de la expresa tipificación de lo que ya en sí mismo era un delito obedece sobre todo a razones de un Derecho Penal simbólico<sup>32</sup> que ofrezca la imagen de la lucha contra

30 “El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.”

31 Salvo, como ya menciona Palma Herrera, José Manuel en “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo” en V.V.A.A. *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dir. Morillas Cuevas, Lorenzo, Dykinson S.L., Madrid 2015, p. 397 y ss., la inclusión del engaño para forzar a abandonar el territorio nacional, para lo cual habría bastado una mera reforma del tipo de coacciones.

32 Para Alcalá Pérez-Flores, Rafael; Jaén Vallejo, Manuel; Martínez-Arrieta Márquez-Prado, Cristina y Perrino Pérez, Ángel en “La reforma del Código Penal. Parte especial I”, ELDERECHO.COM, Lefebvre El Derecho, disponible en internet el 1 de julio de 2015, la justificación de la tipificación se corresponde con la necesaria respuesta que el Código penal tiene que dar ante una forma de esclavitud, ya reconocida en la propia Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 y el art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, reconociendo, eso sí, que es una forma de coacción. En el mismo sentido se pronuncia Vázquez Iruzubieta, Carlos en el preámbulo de “Código penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo”, Atelier libros Jurídicos, Barcelona, 2015, p. 42, aunque sin embargo, posteriormente manifiesta que “no se explica la razón por la que el legislador crea nuevos tipos de injusto para darle autonomía cuando bastaba con añadir a las agravaciones este hecho especial”... en la p. 318 de la misma obra. Sin embargo Guinarte Cabada, Gumersindo en “El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del CP)”, en V.V.A.A. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. González Cussac, Coords. Matallín Evangelio, Ángela y Górriz Royo, Elena, Tirant lo Blanch 2015, p. 562 y 563, considera a la introducción del tipo “inútil y perturbadora”, considerando que podría interpretarse, siguiendo el Informe del CGPJ al Anteproyecto como un tipo privilegiado de los delitos de trata. Para Palma Herrera, José Manuel en “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo” en V.V.A.A. *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dir. Morillas Cuevas, Lorenzo, Dykinson S.L., Madrid 2015, p. 398, “salvando el matiz apuntado respecto al engaño, estamos, una vez más, ante un ejercicio pedagógico para el que se utiliza al Código Penal lanzando a determinados sectores de la sociedad el mensaje preciso e inequívoco de que ese tipo de comportamientos no es admisible

la explotación —según la Exposición de Motivos— de la mujer en las diferentes formas en que la misma es sometida<sup>33</sup>. Nosotros sin embargo entendemos que el tipo penal es de aplicación con independencia del sexo del sujeto pasivo toda vez que el tipo no especifica que éste tenga que ser mujer, y por tanto, también podría ser un hombre<sup>34</sup>. Imaginemos dos adolescentes, hombre y mujer, que son obligados por sus respectivos padres a contraer matrimonio por cuestiones de política familiar y de unión de las dos familias.

Como problemática concreta que puede resultar del presente tipo penal podemos mencionar la siguiente:

En primer lugar, no se especifica, a diferencia de otros delitos como el de robo con violencia o las agresiones sexuales por ejemplo, la relación concursal con los delitos que pudieran concurrir en función del resultado lesivo de la violencia utilizada para compeler a contraer matrimonio, o en su caso, por la consumación del matrimonio. Entiendo que la relación con la primera, aunque no se especifique, es la de concurso real, integrando el tipo lo que supone el maltrato, la amenaza o la coacción<sup>35</sup>, pero no el resultado lesivo del mismo, y ello atendiendo a una interpretación teleológica y lógico sistemática en relación con preceptos similares como los ya mencionados delitos contra la propiedad, contra la libertad sexual o contra el orden público.

Mayores problemas parece que va a plantear la relación concursal respecto a los delitos contra la libertad sexual, ya que aquí la relación, dependiendo de las concretas circunstancias puede ser tanto de concurso real como de concurso medial, en este último supuesto cuando la contracción de matrimonio es la única vía para el sujeto activo del delito contra la libertad o indemnidad sexual de forzar el mantenimiento del concreto acto sexual.

En segundo lugar entendemos que se van a plantear serios problemas en su relación concursal con la trata de personas<sup>36</sup>, donde puede quedar interpretado como un tipo privilegiado del mismo atendiendo a que regula una conducta mucho más específica<sup>37</sup> y que por tanto, si entendemos que nos encontramos ante un concurso de normas, se aplicaría el de matrimonio forzado. Con la redacción antigua del art. 177bis del Antigo Código Penal entendemos en todo caso que la relación concursal si se interpretara que cabría entender el matrimonio forzado como forma de servidumbre, esclavitud o explotación sexual, sería la de concurso ideal, siempre y cuando fuera el mismo sujeto el que transportara o realizara cualquiera de las conductas del delito de trata y el que además compele a la contracción del matrimonio. Con la nueva redacción de dicho artículo, que incluye expresamente la trata con fines de celebración de ma-

---

en España.” Por su parte, Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch 20ª edición, Valencia 2015, p. 145, considera que aunque ya podían castigarse como coacciones o amenazas, “algunas particularidades de las mismas y sobre todo la relativa frecuencia con la que se cometen actualmente han llevado a la creación de nuevas tipificadas específicas”.

33 Igareda González, Noelia en “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género”, Oñati Socio-Legal serie vol. 5, nº 2, 2015, p. 613 a 624, identifica el matrimonio forzado como una forma de violencia de género contra las mujeres, ya que aunque admite la posibilidad de que los hombres también sean forzados a contraer matrimonio, considera que lo es en mucha menor cantidad que las mujeres, y que además las consecuencias de negarse a la contracción son iguales para ambos. Consideramos que la autora parte de dos errores básicos, y es considerar que la violencia de género se puede ejercer solo sobre las mujeres, y además, que todo matrimonio forzado es una expresión de violencia de género. En cuanto a lo primero, no podemos sino mostrar nuestra disconformidad por cuanto también puede ejercerse violencia de género sobre un hombre, y sin ir más lejos y dentro del matrimonio forzado, obligar al hombre a casarse para ocultar una posible homosexualidad o a un transexual para ocultar su transexualidad serían muestras de violencia de género. En cuanto a lo segundo, la propia autora explica como en muchos casos los matrimonios son formas de unión entre familias, y obedece a diferentes intereses como de status social, económicos, comerciales, etc... Obligar a un chico y una chica a contraer matrimonio para unificar en ellos y su descendencia por ejemplo un negocio familiar no puede considerarse violencia de género aunque se trate de un matrimonio forzado, ya que no es reflejo de una discriminación por la pertenencia al concreto género de las víctimas. Consideramos que, como en toda la violencia, debe estarse a la casuística concreta, y analizar si concurre en cada supuesto una situación de sometimiento, humillación, discriminación o dominación por razón de la víctima a un concreto sexo (hombre, mujer o tercer sexo).

34 En el mismo sentido Guinarte Cabada, Gumersindo en “El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del CP)”, en V.V.A.A. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. González Cussac, Coords. Matallín Evangelio, Ángela y Górriz Royo, Elena, Tirant lo Blanch 2015, p. 566.

35 En contra De la Cuesta Aguada, Paz M. en “El delito de matrimonio forzado” en V.V.A.A. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Dir. Quintero Olivares, Gonzalo, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 371 y 372, en cuanto a la coacción o amenaza previa al momento de la celebración del matrimonio.

36 Art. 177bis 1-a y b tanto del C.P. vigente como del Proyecto de Reforma.

37 En el mismo sentido, Maqueda Abreu, María Luisa en “El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP” en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 561.

trimonios forzados, consideramos que estamos ante un concurso de normas<sup>38</sup>, en la que habrá de estarse a la casuística concreta a efectos de determinar su integración en tipo penal de trata de personas o de matrimonio forzado. Aunque habrá que estarse al asentamiento de la jurisprudencia que vaya desarrollándose sobre el tema, entendemos que el apartado 9<sup>39</sup> del art. 177bis Nuevo Código Penal no afecta al delito de matrimonio forzado, por cuanto estamos hablando de conductas de la misma naturaleza y que por tanto, infringirían el principio de *ne bis in idem*. El reproche penal de la conducta de compeler a la contracción del matrimonio entendemos que debe quedar absorbido por el delito de trata de personas con fines de matrimonio forzado con la inclusión de tal fin en el mencionado art. 177bis, mientras que la conducta de forzar a otro a abandonar el territorio español o no regresar al mismo con la finalidad de compeler al matrimonio forzado quedaría integrada dentro de la conducta de la trata de blancas. Lo que no ocurriría con la expresa referencia al art. 318-bis del nuevo Código penal.

En tercer lugar, y a diferencia de los restantes delitos de violencia en el ámbito familiar, la violencia o la intimidación puede o no producirse por alguno de los sujetos que aparecen recogidos en el art. 173-2 del Nuevo Código Penal, y si bien lo más habitual sería que el sujeto o sujetos activos sean los miembros de la familia de la víctima, pueden ser terceras personas o incluso los integrantes del núcleo familiar al que se pretenda vincular conyugalmente a ésta, por ejemplo, con la compra de niñas a los que luego se les obliga a casarse con el comprador o con tercera persona<sup>40</sup>. Puesto que la violencia o intimidación es previa a la contracción del vínculo matrimonial, creo que no se deben plantear dudas que el resultado lesivo por la violencia que ejerce el sujeto activo que pasa a ser cónyuge no integraría ningún tipo de violencia intrafamiliar puesto que es previa a la existencia del vínculo, salvo que ya hubiera una relación de noviazgo.

No se contempla además ninguna cualificación en cuanto a si el sujeto activo mantiene relación del art. 173-2 Nuevo Código Penal con la víctima, por lo que sí podría aplicarse la agravante genérica de parentesco

del art. 23 del mismo Código, y puesto que tampoco se hace referencia expresa al género de la víctima, también puede aplicarse la agravante genérica de discriminación de género, raza, etc. del art. 22-4 si concurriera.

Para nosotros, los mayores problemas interpretativos vendrán en cuanto a la violencia que se ejerza una vez se haya formalizado el contrato matrimonial forzado en el seno intrafamiliar, ya que teniendo en cuenta que no habría auténtico consentimiento matrimonial y que en consecuencia el matrimonio sería nulo, plantearía dudas acerca de si la violencia ejercida durante el periodo en que se fuerce el mantenimiento de dicho matrimonio, es o no violencia intrafamiliar, cuando además no hubiera una previa relación de pareja entre la víctima y el cónyuge.

Para ello habrá que interpretar si es suficiente para integrar la relación del art. 173-2 Nuevo Código Penal que objetivamente haya existido una relación conyugal aunque sea forzada y la misma no proyecte sus efectos en el ámbito civil, o si es preceptivo por el contrario que para integrar dicho artículo el matrimonio despliegue todos sus efectos en dicho ámbito. Entendemos que el tema no es fácil de resolver, e incluso hay que tener en cuenta que la violencia la puede ejercer la víctima del matrimonio forzado tanto contra el cónyuge como contra otras personas del 173-2, pensemos por ejemplo, contra la madre enferma del cónyuge de la víctima del matrimonio forzado, que no intervino nunca en el delito que estableció el vínculo familiar. ¿En este supuesto nos encontramos ante un delito de violencia intrafamiliar o ante un mero delito contra la integridad física?

Nuestra interpretación es que no cabe una respuesta única y que habrá que estarse a la casuística concreta, y que el elemento clave de la interpretación no debe estribar en la legalidad civil del matrimonio (aunque a priori sería quizás el criterio que otorgara una mayor seguridad jurídica de cara a futuras interpretaciones), sino en la aceptación o no del sujeto del vínculo del matrimonio forzado. Por tanto, cuando el sujeto activo del acto violento es también autor o participe del delito de matrimonio forzado actúa con la aceptación de la existencia del vínculo matrimonial, y por tanto, acepta que el acto violento se produce en el seno familiar. Por

38 En el mismo sentido, Palma Herrera, José Manuel en "La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo" en V.V.A.A. *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dir. Morillas Cuevas, Lorenzo, Dykinson S.L., Madrid 2015, p. 400 y 401.

39 "9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación"

40 Como ejemplo de estos dos últimos supuestos, el secuestro de 276 niñas en Nigeria el 14 de abril por el grupo terrorista Boko Haram, muchas de las cuales fueron forzadas a contraer matrimonio tanto por el propio grupo terrorista como por los compradores.

el contrario, cuando el acto violento lo realiza la víctima del matrimonio o persona ajena a la realización del matrimonio forzado, no existe la aceptación de ese vínculo, y la conducta no debería integrarse en los tipos penales de violencia intrafamiliar.

Somos plenamente conscientes que esta interpretación es altamente criticable primero porque aumenta la inseguridad jurídica, y segundo, porque hace recaer en el propio sujeto activo de la violencia la consideración de la existencia de uno de los elementos del tipo cual es la relación entre víctima y victimario. Pero por un lado consideramos que es la interpretación que más se adapta a criterios de justicia material, y segundo, es que en el fondo la subjetividad no es tal subjetividad, puesto que va a venir determinada por un dato objetivo, y es la participación del sujeto activo de la violencia en el delito de matrimonio forzado.

### 7. El nuevo delito de injurias y vejaciones injustas

Las injurias y vejaciones pasan a ser delito leve tipificado en el art. 173-4<sup>41</sup> del Nuevo Código Penal, que en un primer momento en el Anteproyecto de Reforma planteaba la desaparición de la pena de localización permanente imponiéndose solo la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad —lo que nuevamente podía suponer que la consecuencia del ilícito recayera sobre la víctima además de sobre el penado, o incluso solo sobre la víctima por lo ya expuesto anteriormente—. En el último proyecto se ha corregido y se han incluido como pena la localización permanente y limitando además el uso de la multa pero en todo caso, con los mismos problemas relativos a ambas penas expuestos al hablar de las amenazas y las coacciones, a las que nos remitimos.

Mencionar que aquí si es preceptiva la denuncia del agraviado o su representante legal como condición objetiva de procesabilidad para el caso de la injurias, y no así para las vejaciones. Siendo de lamentar, eso sí, que no se incluyera en el supuesto de menores o incapaces la posibilidad de denuncia del Ministerio Fiscal, especialmente para aquellos supuestos en que sin llegar constituir un

delito de violencia habitual, si se produzcan injurias que excedan el digámoslo “uso habitual” de las mismas en una relación de familia y fuera conveniente ponerle fin en una fase inicial, y no esperar a que la conducta pueda derivar en supuestos más graves, o se produzcan consecuencias realmente gravosas para la víctima<sup>42</sup>.

En todo caso, la condición objetiva de procesabilidad introducida por el legislador para las injurias supone su sujeción a lo dispuesto en la disposición adicional transitoria 4ª apartado 2, es decir, todas aquellas conductas susceptibles de tipificarse como injurias en el ámbito familiar y cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo, quedarán impunes a excepción del pronunciamiento sobre costas y responsabilidad civil. No podemos sino achacar al legislador un error de bulto en la redacción de la disposición transitoria, ya que nos resulta del todo incomprensible por qué una conducta que ya se encontraba tipificada penalmente (antiguo art. 620-2 inciso final) y que actualmente sigue estando tipificada, y de hecho más gravosamente, queda impune cuando se comete antes del 1 de julio de 2015 —fecha de entrada en vigor de la L.O. 1/2015—, pero no es juzgada sino después de dicha fecha. No afectará por otro lado a aquellas faltas que ya han sido enjuiciadas, pero están pendientes de ejecución, ya que el tenor de la disposición transitoria hace referencia a la “tramitación” y al “fallo”, lo que implica que cuando la vista ha sido celebrada con anterioridad al 1 de julio de 2015, el mismo debe ejecutarse como cualquier otra sentencia, teniendo en cuenta que la conducta sobre la que recae el fallo condenatorio sigue estando penada. Y si bien parece que es una cuestión baladí, ya que el plazo de prescripción de las faltas es de 6 meses, y que por tanto el plazo máximo de interposición de denuncia habrá expirado a priori el 1 de enero de 2016, ello no es del todo cierto, por cuanto al conexas con otros delitos cuyo plazo de prescripción sea mayor (generalmente 5 años en virtud del art. 131-1<sup>43</sup> del Código Penal) conllevará que necesariamente y durante varios años sigan enjuiciándose los mismos ante los Juzgados de lo Penal.

41 “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

42 Pensemos por el ejemplo, en la madre que cuando pierde los nervios con la hija menor, la llama “gorda, fea, etc...”. A largo plazo, ello puede provocar graves problemas de autoestima. Antes de llegar a poder calificarlo como lesiones, podría ser conveniente atajarlo cuando estamos en una fase inicial de meras injurias.

También hemos de traer a colación lo ya mencionado en cuanto a las graves consecuencias de la transformación de la conducta en delito, aunque sea leve, en ámbitos sobre todo de derecho administrativo y civil (extranjería, funcionariado, etc...). Nunca llamar a un pariente “gilipollas” o emitir una ventosidad<sup>44</sup> ante tu pareja ha resultado tan cara.

### **8. La oportunidad perdida de adecuar la tipificación de los delitos de violencia intrafamiliar y de género a la realidad social**

Para terminar la crítica sobre la regulación de los delitos de violencia intrafamiliar queremos expresar nuestro malestar por la oportunidad perdida por el legislador de aprovechar la reforma para corregir todos los errores de la actual legislación y que se han puesto en evidencia tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Por un lado, entendemos que se deberían haber unificado bajo un mismo capítulo todos los delitos de violencia intrafamiliar, que no solo cumpliría más eficazmente los fines de Derecho Penal simbólico, sino que además facilitaría la interpretación y aplicación de los tipos penales por los profesionales del derecho.

Por otro lado, se debería haber definido y diferenciado correctamente la violencia intrafamiliar de la violencia de género, y haber incluida toda la violencia de género en la legislación sin distinción por un lado respecto al sexo sobre el que se vierta la conducta, y por otro y dentro de un mismo sexo, sin que la misma quede sujeta a la especial relación conyugal con el sujeto activo. No podemos olvidar que un 20% aproximadamente de las personas muertas en nuestro país a manos de sus parejas son hombres, y que hijos, padres y abuelos son muertos indistintamente por autores de ambos sexos. Ni toda la violencia intrafamiliar es de género, ni toda la violencia de género es intrafamiliar. Igualmente, ni toda la violencia de género se ejerce por hombres, ni toda se ejerce sobre las mujeres. No toda la violencia de género intrafamiliar se ejerce por cónyuges sobre los otros cónyuges. Y finalmente, no toda la violencia que se ejerce en el seno del núcleo familiar

supone una afectación a la familia merecedora de reproche penal<sup>45</sup>. Entendemos que igual reproche merece el hombre que golpea a su esposa como la esposa que golpea a su esposo, la madre que golpea a sus hijos o el hijo que golpea a sus padres. El mayor desvalor deberá residir no en la relación parental que une a dichos sujetos y a su sexo, sino en la propia acción y en el resultado producido, sin el perjuicio de la acreditación de una situación de especial vulnerabilidad. Por ello consideramos que debería diferenciarse cuando estamos ante un delito de violencia intrafamiliar y cuando no, aunque objetivamente el acto violento se cometa entre miembros del mismo núcleo, partiendo de la afectación al bien jurídico familia. Cuando además dicha violencia intrafamiliar posea un componente por razón de sexo, debería acudirse a tipos cualificados o en su caso a la agravante genérica del art. 22-4 del Nuevo Código Penal.

Entendemos que debería paliarse en lo posible la instrumentalización de la víctima y el incremento de la victimización secundaria y terciaria que la actual legislación produce. Como hemos mencionado la víctima es apartada de decisiones tan trascendentales para sí misma como el de ser oída a efectos de la imposición de la pena de alejamiento, la cual se sigue imponiendo de forma preceptiva tanto de forma directa como pena, así como condición para la suspensión de la pena de prisión. La víctima es instrumentalizada por el aparato judicial convirtiéndose únicamente en el arma a utilizar contra el sujeto activo para lograr una condena, despojándola nuevamente no ya del poder de decisión sino y hasta en algunas cuestiones trascendentales, de opinión, llegando a sufrir incluso una victimización mayor en el caso de las víctimas mujeres parejas o exparejas que el resto de víctimas de violencia intrafamiliar y por supuesto que víctimas de otros delitos diferentes (pensemos por ejemplo en la existencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que ha supuesto en muchos casos la duplicidad de actuaciones y que la víctima —esencialmente mujer—, tenga que acudir más veces ante el Juzgado soportando horas y horas de espera y corriendo el riesgo de que pro por la duplicidad de actuaciones se

43 “Los delitos prescriben: (...) A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.”

44 En relación a la mediática sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Valencia, que condenó al esposo por una ventosidad durante una bronca al considerar que lesionaba el honor, la autoestima y la dignidad de la esposa.

45 Dos hermanos de 18 y 19 años discutiendo por quien coge el mando de la tele y tirándose una mandarina consideramos que no supone una agresión de la familia como bien jurídico protegido mediante el art. 153-2 del Nuevo Código Penal.

dicten resoluciones contradictorias que disminuyan o anulen sus posibilidades de protección<sup>46</sup>). No estando justificada su existencia por una mayor complejidad de la materia asignada, dado los problemas que plantea su existencia ya mencionados y otros tales como los problemas derivados por cuestiones de competencia que llegan a tardar meses en resolverse, deberían suprimirse los mismos y asignar la violencia según las normas de reparto de cada Juzgado. Sería recomendable a nuestro juicio que se estableciera como requisito, cuanto menos, el escuchar a la víctima con carácter previo y obligatorio ante la imposición tanto de órdenes de protección como de penas de prohibición de comunicación y acercamiento, que afectan directamente a todo el núcleo familiar incluidas las víctimas, especialmente en los delitos leves o de conductas leves (lesiones sin tratamiento médico, maltrato, amenazas y coacciones leves, o injurias). Se debería, finalmente, permitir la mediación como un medio de resolver la problemática en torno a la violencia familiar y de género, no como un modo sustitutivo o alternativo de la pena, sino como un medio complementario a la misma<sup>47</sup>. La imposibilidad de acudir a la mediación impide a la víctima que a través de un procedimiento seguro y controlado pueda ver satisfecha su necesidad de que el victimario comprenda el daño sufrido y como su vida se ha visto afectada por la conducta agresiva de éste, se le impide en ese ámbito que le sea pedido perdón, y se impide que de un modo controlado por la administración de Justicia víctima y victimario puedan normalizar su relación que no afecta solo a ellos, sino generalmente a todo el entorno familiar, de manera que cuando hay intención o necesidad de las partes de mantener relación tendrán que hacerlo a espaldas de dicha administración, provocando mayor desprotección de la víctima, o incluso provocando que para ello tengan que delinquir quebrantando penas o medidas cautelares. La mediación permitiría al victimario ponerse en la situación de la víctima, y por tanto, de empatizar con la misma, comprender el dolor y el daño provocado, y analizar el por qué de la conducta

violenta, evitando futuras agresiones contra la misma o contra otras. Permitir a la víctima poder trasladar al victimario su sufrimiento, sentir que ha sido escuchada y comprendida, y lo que es más importante, tomar control y poder de decisión activo sobre el conflicto, y verse satisfecha más allá de una mera compensación económica en base a una responsabilidad civil. A través de la mediación se facilita que ambas partes puedan asumir sus propias responsabilidades, reencontrar su lugar en la relación con la otra parte y comenzar a levantar de nuevo su propia autoestima, su puesta en valor. Es incomprensible que una Ley que se dice integral en su lucha contra la Violencia de Género impida el uso de una de las armas más eficaces en dicha lucha.

Por último, se sigue sin resolver la problemática en torno al bien jurídico protegido, especialmente en relación al delito de violencia habitual del art. 173-2 Nuevo Código Penal con una jurisprudencia y una doctrina mayoritaria que van en dirección contraria, y que oscila entre un bien jurídico plural en torno a la paz familiar de la primera y la integridad moral de la segunda. Aunque no es este el lugar para extenderse sobre el bien jurídico, consideramos que nos encontramos ante un bien jurídico plural que orbita en torno a la familia<sup>48</sup>.

### 9. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M. y GÓMEZ LÓPEZ, R. en "Maltrato. Art. 153" en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013
- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael; JAÉN VALLEJO, Manuel; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ-PRADO, Cristina y PERRINO PÉREZ, Ángel en "La reforma del Código Penal. Parte especial I", EL-DERECHO.COM, Lefebvre El Derecho, disponible en internet el 1 de julio de 2015
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco y otros en V.V.A.A. "Derecho Penal Español Parte Especial (I)", Dir.

46 Pensemos en actuaciones iniciadas en un Juzgado de Instrucción y posteriormente inhibidas al Juzgado de Violencia sobre la Mujer del partido judicial correspondiente, y en el que en uno de los Juzgados se dicta orden de protección y en el otro se deniega, a lo que hay que añadir los posibles recursos a interponer por las partes. Nos encontramos ante un campo abonado para el error.

47 Sobre la realidad social de la violencia de género y la incapacidad de la actual legislación para dar respuesta satisfactoria a la misma así como sobre la mediación, véase Paíno Rodríguez, Francisco Javier en "La violencia intrafamiliar como realidad social y medidas jurídicas para combatirla", en *Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo 69*, marzo 2015, Perú. Asimismo, sobre la mediación, véase Ríos Martín, Julián Carlos en V.V.A.A. "Justicia Restaurativa y mediación penal: análisis de una experiencia (2005-2008)", disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) el 27 de mayo de 2014.

48 Véase Paíno Rodríguez, Francisco Javier en "Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: con especial consideración a las dificultades aplicativas", *Inacipe*, México DF 2015, p. 30 y ss.

- Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010
- BLANCO CORDERO, Isidoro en V.V.A.A. “Comentarios al Código Penal” Dir. Gómez Tomillo, Manuel, Lex Nova 2ª Edición, Valladolid 2011
- DE LA CUESTA AGUADA, Paz M. en “El delito de matrimonio forzado” en V.V.A.A. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Dir. Quintero Olivares, Gonzalo, Thomson Reuters Aranzadi, 2015
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I. en “Faltas de amenazas y Coacciones” en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013
- GALDEANO SANTA MARÍA, A. en “Maltrato. Art. 153” en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, MESTRE DELGADO, Esteban y FIGUEROA NAVARRO, Carmen en “Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”, Edisofer S.L. 2ª Edición, Madrid 2015
- GUINARTE CABADA, Gumersindo en “El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del CP)”, en V.V.A.A. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. González Cussac, Coords. Matallín Evangelio, Ángela y Górriz Royo, Elena, Tirant lo Blanch 2015
- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia en “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género”, Oñati Socio-Legal serie vol. 5, nº 2, 2015
- MAQUEDA ABREU, María Luisa en “El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP” en V.V.A.A. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Dir. Álvarez García, F.J., Coord. Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela en “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en V.V.A.A. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. González Cussac, Coords. Matallín Evangelio, Ángela y Górriz Royo, Elena, Tirant lo Blanch 2015
- MUÑOZ CONDE, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch Valencia 2010
- MUÑOZ CONDE, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch 20ª edición, Valencia 2015
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, Ana Belén en “Acoso a las personas mayores”, en V.V.A.A. *Tratamiento integral del Acoso*, Dirs. Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María Dolores, Coords. Caballero Pérez, María José y Tomás Jiménez, Natalia, Thomson Reuters Aranzadi 2015
- PAÍÑO RODRÍGUEZ, Francisco Javier en “Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: con especial consideración a las dificultades aplicativas”, Inacipe, México DF 2015
- PAÍÑO RODRÍGUEZ, Francisco Javier en “La violencia intrafamiliar como realidad social y medidas jurídicas para combatirla”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo 69*, marzo 2015, Perú
- PALMA HERRERA, José Manuel en “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo” en V.V.A.A. *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dir. Morillas Cuevas, Lorenzo, Dykinson S.L., Madrid 2015
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos en V.V.A.A. “Justicia Restaurativa y mediación penal: análisis de una experiencia (2005-2008)”, disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) el 27 de mayo de 2014
- TORRES ROSELL, Nuria en “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género” en V.V.A.A., *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Coord. María José Jiménez Díaz, Editorial Dykinson S.L. Madrid, 2009
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos en “Código penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo”, Atelier libros Jurídicos, Barcelona, 2015
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina en “El delito de stalking” en V.V.A.A. *Comentario a la reforma penal de 2015*, Dir. Quintero Olivares, Gonzalo, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.