

# ASPECTOS JURÍDICOS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. EVOLUCIÓN

TERESA PERAMATO MARTÍN

SALA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

## RESUMEN

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia sobre la Mujer, supuso un hito importantísimo en nuestro país para la lucha contra la violencia sobre la mujer y un referente constante en el entorno europeo.

Con posterioridad a su entrada en vigor, se han dictado la *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Orden Europea de Protección* y la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, que ya han sido transpuestas por la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* y por la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima*.

Pero, además, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ha sido ratificado por España en abril de 2014.

Todo ello ha repercutido en una mejor protección para las víctimas de violencia de género a que se refiere la L.O. 1/04 y para otras víctimas de esa violencia por razones de género no contempladas en aquella. Cuestiones de sumo interés.

*Palabras clave:* Concienciación, discriminación, desigualdad, maltrato, mutilación.

## ABSTRACT

The Organic Law 1/2004, of 28 december, on Comprehensive Protection Measures against Violence against Women, was a very important event in our country to combat violence against women and it is a constant reference in the European environment.

After its entry into force, they have issued Directive 2011/99 / EU of the European Parliament and the Council on the European Protection Order and Directive 2012/29 / EU of the European Parliament and of the Council laying minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, which have been transposed by the Law 23/2014, 20 november, on the mutual recognition of criminal judgments in the European Union and the Law 4 / 2015, april 27, of the Statute of the Victim.

But also the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, made in Istanbul, on May 11, 2011, has been ratified by Spain on April 2014.

All this has resulted in better protection for victims of gender violence referred to the LO. 1/04 and the other victims of gender-based violence not covered by that. These are issues of great interest.

*Keywords:* Awareness, discrimination, inequality, abuse, mutilation.

## **1. LA L.O. 1/2004 Y EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA, HECHO EN ESTAMBUL EL 11 DE MAYO DE 2011**

Han pasado 10 años desde que la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante L.O.1/04), fue publicada y su análisis no puede hacerse al margen de la evolución que se ha experimentado en relación a esta específica forma de violencia en el marco de la Unión Europea, de la que formamos parte.

Lo primero que se ha de hacer es reconocer a nuestra Ley Integral como hito importantísimo en la lucha contra la violencia sobre la mujer, pues fue capaz de situarnos en el camino adecuado para “combatir este abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad”<sup>1</sup> desde una perspectiva multidisciplinar e integral, más allá de la respuesta penal; pero es que, además, consiguió sacar a la luz pública esta violencia y originar un nivel de concienciación frente a esta lacra como nunca antes se había producido.

La Ley tiene como objeto actuar contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja o expareja, partiendo de que esta es manifestación de la discriminación, de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, y que es en este ámbito donde principalmente se producen estas agresiones.

Las instituciones internacionales, sin embargo, vienen haciendo referencia a la violencia sobre la mujer como aquella que sufren estas por el simple hecho de ser mujer y que sufren de una forma desproporcionada, con independencia de que exista o no relación alguna entre agresor y víctima<sup>2</sup>.

Recientemente, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que fue ratificado por España en abril de 2014 y que entró en vigor el día 1 de agosto del mismo año. Siguiendo la línea marcada por aquellas otras instituciones internacionales, da un concepto amplio de la violencia sobre la mujer por razón de género y así, tras decir que la Violencia sobre la Mujer es “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer...”, define la “*«violencia contra la mujer por razones de género»* como “... toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

---

1 Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 14 de mayo de 2008.

2 Recomendación General 19 de 1992 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women—CEDAW) y Resolución 2005/41 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y art. 3-d del Convenio de Estambul.

En el instrumento de ratificación publicado en el BOE el día 6 de junio de 2014, se dispone que *“España llevará a cabo las modificaciones que sean necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad”*.

Dado que el objeto de la Ley es, exclusivamente, la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja, el primer planteamiento que surge es si es necesario abordar alguna actuación legislativa para cumplir con los mandatos allí contenidos en relación a esas otras manifestaciones de violencia sobre la mujer que se producen en otros ámbitos: familiar, vecinal, laboral, por extraños,...

Precisamente porque la violencia de género se sufre en multitud de contextos, a nivel doctrinal, además de las clasificaciones que hacen referencia a la violencia por el mecanismo de producción y bien jurídico atacado -violencia física, psicológica, sexual o económica-, o de aquella que atiende a la edad de la víctima -violencia prenatal, infantil, en la adolescencia y juventud, en la edad adulta y en la tercera edad-, también se clasifica la violencia sobre la mujer por el contexto en que esta se comete. Así, en el III Informe Internacional sobre la Violencia contra la mujer del Centro Reina Sofía, se dice que *“las mujeres son un grupo de riesgo, no solo en el maltrato familiar sino también en otros contextos como la escuela (acoso escolar), el lugar de trabajo (mobbing y acoso sexual), los conflictos armados (violaciones en tiempos de guerra e, incluso, en campos de refugiados), la cultura (ciertas prácticas tradicionales en determinadas culturas como la mutilación genital femenina o los matrimonios forzados) y las calles (tráfico ilegal con fines de explotación sexual)”*.

Veamos rápidamente las diferentes clasificaciones:

- Violencia sobre la Mujer **en el ámbito de la pareja o expareja**: que es aquella a la que se refiere nuestra Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ya aludida.
- Violencia sobre la Mujer **en el ámbito doméstico**: que es la que sufre la mujer por el simple hecho de serlo, por parte de un familiar o persona incluida en el círculo de convivencia, de acuerdo con la definición de violencia doméstica contenida en el artículo 173.2 del Código Penal -padre, abuelo, hermano, hijo, ...-
- Violencia **en el ámbito laboral**: aquella que padecen las mujeres en el trabajo por sus compañeros o jefes y que incluye tanto la violencia física como la psicológica y la sexual: acoso laboral -art. 173.1- 2º del C.P.- y acoso sexual en el trabajo -184 del C.P...-
- Violencia sobre la Mujer **en la calle**: que incluye los atentados que sufren las mujeres en la vía pública por desconocidos o por conocidos, siempre y cuando con estos no exista un vínculo familiar o de convivencia estable; por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual de los arts.178 y ss del C.P.
- Violencia sobre la Mujer **en situaciones de privación de libertad**: que incluye todas las manifestaciones de violencia física, psicológica y sexual que sufren las mujeres en los depósitos de detenidos y en centros penitenciarios.
- Violencia sobre la Mujer **durante el desarrollo de conflictos bélicos y en los campos de refugiados**, en referencia a la violencia de todo tipo que se comete durante el desarrollo de guerras y conflictos armados por los soldados y

guerrilleros de bandos enemigos: agresiones sexuales, mutilaciones y torturas, asesinato de mujeres y niñas.

Pues bien, todas esas manifestaciones de violencia sobre la mujer o niña están incluidas en el ámbito del Convenio de Estambul; entre sus objetivos principales está el de *“proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica”* (art. 1), y en los arts. 33 y siguientes, se hace mención expresa a la violencia psicológica (art. 33), al acoso (art. 34), a la violencia física (art. 35), a la violencia sexual (art. 36), al matrimonio forzado (art. 37), a la mutilación genital femenina (art. 38), al aborto y esterilización forzados (art. 39) y al acoso sexual (art. 39).

Esa visión amplia de la violencia sobre la mujer, que abarca la que esta sufre en todas sus manifestaciones y contextos, nos obligará a hacer un replanteamiento, pues el Convenio de Estambul establece unas obligaciones al Estado español, entre las que se encuentran adoptar las medidas pertinentes para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en su ámbito de aplicación y ofrecer una respuesta global a la violencia contra la mujer, así como la de garantizar una investigación y un procedimiento efectivos desde una perspectiva de género.

Nuestra L.O. 1/04 deja fuera aquellas otras manifestaciones violentas discriminatorias, de manera que la respuesta especializada y la batería de medidas a favor de las víctimas que allí se contemplan no alcanzan a aquellas, que si bien son minoritarias en España, no son menos graves como vamos a ver a continuación.

## **2. VIOLENCIA EN EL ÁMBITO DE LA PAREJA O EX PAREJA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. TUTELA PENAL Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN. ÓRGANOS JUDICIALES ESPECIALIZADOS Y LA FISCALÍA DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER**

### **2.1. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS**

La Ley regula en cuatro capítulos en el Título II los derechos de todas las víctimas con independencia de su origen, nacionalidad, religión o cualquier otra condición.

No es mi intención hacer aquí una reproducción del contenido de la Ley sino hacer, solo y exclusivamente, referencia a algunas cuestiones que considero de interés.

#### **2.1.1. Derechos de información**

El derecho a recibir información y asesoramiento adecuado a su situación personal comprenderá la información relativa a las medidas de protección y seguridad existentes, a los derechos y ayudas recogidos en la Ley y el lugar de prestación de los servicios de emergencia, de apoyo y de recuperación integral -art. 18-; se incluye una referencia especial a las mujeres discapacitadas o que por cualquier circunstancia personal puedan tener un peor acceso a la información.

Estos derechos se van a ver ampliados y reforzados con la entrada en vigor, el día 29 de octubre de 2015, de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, que

regula un catálogo de derechos extraprocerales y procesales de todas las víctimas de delitos y, por tanto, también de las víctimas de violencia en el ámbito de la pareja.

Con esta Ley se pretende ofrecer a las víctimas de delito una asistencia “no solo jurídica sino también social (...), no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar”<sup>3</sup>.

Entre los derechos que se reconocen a las víctimas de delito, alguno merece una reflexión específica sin restar, por ello, importancia a los demás.

Me parece importantísima la inclusión que se hace en el art. 4 del derecho de las víctimas “... a entender y ser entendidas” en relación a cualquier actuación que deba llevarse a cabo, incluida la información previa a la interposición de la denuncia. Más allá del desarrollo que en relación a este derecho hace el precepto a continuación<sup>4</sup>, lo que llama la atención es que el legislador nos tenga que decir que la víctima tiene derecho a entender y ser entendida. Además de hablarle en un lenguaje sencillo, claro y adecuado a sus características, de procurar la intervención de intérpretes formados cuando sea necesario y de traducir los documentos, el funcionario de la administración que contacte con la víctima ha de extremar el cuidado en su relación con aquella, pues para darse a entender en esas situaciones, siempre traumáticas, precisan de tiempo, absoluto respeto, de un trato humano y de cierta empatía con el interlocutor.

Ahondando en esa necesidad, el art. 25 de la Ley del Estatuto de la Víctima recoge una serie de medidas que pueden adoptarse durante la fase de investigación del delito<sup>5</sup>, entre las que se encuentran “que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda” y que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas de violencia de género o doméstica, de delitos contra la libertad o indemnidad sexual o de trata con fines de explotación sexual, “...se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que

3 Preámbulo, apartado I de la Ley.

4 “A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista.

b) Se facilitará a la víctima, desde su primer contacto con las autoridades o con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) La víctima podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios”.

5 Art. 24-1. “La valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección corresponden:

a) Durante la fase de investigación del delito, al Juez de Instrucción o al de Violencia sobre la Mujer, sin perjuicio de la evaluación y resolución provisionales que deberán realizar y adoptar el Fiscal, en sus diligencias de investigación o en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, o los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones.

b) Durante la fase de enjuiciamiento, al Juez o Tribunal a los que correspondiera el conocimiento de la causa”.

*ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal”.*

### **2.1.2. Derechos laborales y de Seguridad Social, Derechos de las Funcionarias, Derechos económicos y otros**

La L.O. 1/04 recoge en los arts. 21 a 27 una serie de derechos -laborales y asistenciales- que desarrolla en diferentes leyes, para cuyo ejercicio le requiere a la víctima acreditar la situación de violencia; para ello dispone que ésta se acreditará con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección. (arts. 23, 26 y 27).

Para coordinar y unificar criterios en relación a la emisión del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de aquellos indicios, se emitió por la Fiscalía General del Estado la *Instrucción 2/2005 sobre la acreditación por el ministerio fiscal de las situaciones de violencia de género* en la que, como en la letra de precepto se recoge, se insiste en el carácter excepcional de esta certificación, solo posible cuando, solicitada una orden de protección, esta está pendiente de resolución por no haberse podido celebrar la comparecencia a que obliga el art. 544 ter-4 de la L.E.Cr.

Tal limitación legislativa puede provocar que víctimas de violencia sobre la mujer que no cuenten con la orden de protección, porque el Juez no haya considerado acreditada la existencia de un riesgo objetivo, presupuesto que ha de concurrir para su adopción junto a la existencia de indicios de delito, no puedan acceder a esas ayudas pese a ser víctimas y precisarlas para reorganizar su vida. Esta fue una de las primeras objeciones que se hicieron a la Ley y que ha sido tenida en cuenta por el legislador en regulaciones posteriores.

Así, la Ley de Extranjería y su Reglamento<sup>6</sup> regularon el derecho de las víctimas de violencia de género extranjeras irregulares a adquirir el permiso de residencia y trabajo y, a las que están agrupadas al permiso de residencia de su agresor, a conseguir el permiso independiente. Por supuesto necesitan acreditar la situación de violencia, pero ya no se hace depender la posibilidad de emitir el informe sobre esos indicios por el Ministerio Fiscal, a la dependencia de la orden de protección.<sup>7</sup> Esa tendencia a facilitar la acreditación de la situación de violencia se ha venido recogiendo y ampliando en otras leyes como en la Ley General de la Seguridad Social que, en el art. 174.2, regula el derecho a la pensión de viudedad de la mujer que fue víctima de violencia de género durante la tramitación del divorcio o de la separación, pudiendo acreditar la situación de violencia con la orden de protección, la sentencia condenatoria, el informe del Ministerio Fiscal y cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

6 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, arts 31 bis y 19 y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, arts. 131 y ss.

7 Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la Violencia sobre La Mujer. Apartado V.

## 2.2. TUTELA PENAL

Las reformas que la LO 1/04 efectuó en materia penal provocaron multitud de reacciones en contra, algunas de ellas manifestadas a través del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, y todas ellas ya resueltas por el Alto Tribunal avalando en todo caso la adecuación a la Constitución de los preceptos cuestionados<sup>8</sup>.

Los artículos modificados fueron el 153, 171-4 y 5, 172-2, 148-4 y 5 y el art. 468-2 del C.P.

### 2.2.1. Delito de maltrato

La L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, ya había modificado el art. 153 para elevar a la categoría de delito la falta de lesiones o maltrato sin resultado lesivo, cuando el ofendido fuera alguna de las personas incluidas en el párrafo 2 del art. 173, entre los que se encuentran, además de otros parientes, quienes sean o hayan sido cónyuge o persona unida al autor por una relación análoga de afectividad, sin distinción de sexo. Así se tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad que viene motivado por las relaciones afectivas y de parentesco que unen o unieron a autor y víctima.

Con la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se modificó de nuevo el art. 153 para sancionar esa conducta, en el párrafo 1º, cuando *la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*, sancionando esas conductas cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior.

La acción, tanto en el 1º como en el 2º párrafo, puede consistir en:

- Causar un menoscabo psíquico o una lesión que no requiera para su curación, objetivamente, más que la primera asistencia facultativa y que no haya requerido tratamiento médico o quirúrgico,
- o golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

Y tanto en uno como en otro delito, se agravará la pena cuando el hecho se cometa en el domicilio común o de la víctima, en presencia de menores, utilizando armas o quebrantando una pena de prohibición de residir o acudir a determinados lugares o de aproximación o de comunicación, o una medida cautelar o de seguridad de igual naturaleza.

La diferencia punitiva entre ambos supuestos -referida exclusivamente al mínimo de la pena de prisión con que pueden ser castigados esos delitos- la justifica el legislador, en la Exposición de Motivos, en un plus de antijuridicidad distinto al que tuvo en cuenta en la reforma del año 2003, al considerar que la violencia sobre la mujer es “...el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata

8 Sentencias del Tribunal Constitucional nº 59/2008; 80/2008; 81/2008; 127/2009; 41/2010, 45/2010; 164/2009; 167/2009, 151/ 2009, 152/2009; 153/2009 ; 154/2009, 165/2009, 177/2009, 179/2009 y 180/2009, 178/2009, 201/2009, 202/2009, 203/2009 y 213/2009.

*de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión". En esa misma línea el TC, en la Sentencia 59/2008 de 14 de mayo, interpretó que la voluntad del legislador con la L.O.1/04 fue la de "...sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada".*

Con la reforma del C.P. operada por la L.O.1/2015, de 30 de marzo, se ha modificado de nuevo el precepto, pero solo a efectos formales, para adaptar su redacción a la nueva que se ha dado al art. 147 del C.P.

Sin embargo, y esto sí es relevante, se ha incluido un nuevo art. 156 ter que dispone que *"a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, cuando la víctima fuera alguna de las personas a que se refiere el apartado 2º del artículo 173, se le podrá imponer además la libertad vigilada"*, por tanto, a partir de la entrada en vigor de la reforma (1 de julio de 2015), al condenado por delito de maltrato, tanto del párrafo 1º -violencia de género- como del 2º-violencia doméstica- se le podrá imponer la medida de libertad vigilada cuyo contenido se especifica en el art. 106 del C.P.

### **2.2.2. Delito de amenazas leves, coacciones leves y lesiones menos graves**

En relación al delito de amenazas leves se introduce una importante diferencia, en relación a los supuestos en los que es víctima la mujer en aquellas relaciones afectivas, presentes o pasadas, y cuando lo son el resto de familiares. Así, la amenaza leve con o sin arma cuando la víctima es aquella mujer es siempre delito, sin embargo, si el sujeto pasivo lo es cualquier otra persona del círculo familiar, solo es delito si la amenaza leve se ejecuta con armas; en otro caso solo sería una falta.

Al margen de lo aberrante que pueda resultar calificar de leve una amenaza con arma, no puede obviarse que la respuesta punitiva es muy distinta en uno y otro caso, sobre todo para aquellas que se vierten sin valerse de arma alguna, pues, cuando la víctima es la mujer se castiga con pena de prisión o la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad y si la víctima es cualquier otra persona del ámbito familiar la pena era de localización permanente, pues, hasta el día 30 de junio, constituía una simple falta del art. 620.2 del C.P.

Con la reforma del C.P operada por la L.O.1/15 las amenazas leves, no contempladas en los párrafos 4 y 5 del art. 171, pasan a ser delito leve<sup>9</sup>. Pese a ello,

9 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 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 supuestos 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.

la diferencia punitiva sigue siendo muy importante. La Sentencia del Pleno del TC 165/2009 de 2 de julio justificó la constitucionalidad del art. 171 del C.P. insistiendo en que “...*tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas ... entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad, ex principio de igualdad, del primer párrafo del artículo 171.4 CP. Dicha conclusión se apoya tanto en las finalidades de la diferenciación, que no son otras que la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, y la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito (STC 59/2008, FJ 8), como en el establecimiento de un complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del art. 171.4 CP que permite, bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta (FJ 4.c de la STC 45/2009)*”, argumentos que siguen siendo válidos y que, además, son los manejados por el alto Tribunal en las Sentencias en las que se resolvieron las cuestiones planteadas en relación al delito de coacciones leves (172-2)<sup>10</sup> y de lesiones menos graves del 148-4 del C.P.

### 2.2.3. Faltas de vejaciones injustas e injurias livianas

Por último, la falta de vejaciones injustas y la de injurias livianas, cuando la ofendida es la mujer pareja o ex pareja del agresor o cualquier otra persona del círculo familiar, recogidas hasta ahora en el art. 620-2 del C.P., pasan a ser un delito leve en el art. 173.4 del C.P. tras la reforma operada por la L.O1/15., que exige, en el apartado segundo, la denuncia previa del agraviado en el caso de las injurias leves, no así en las vejaciones.

## 2.3. ÓRGANOS JUDICIALES Y LA FISCALÍA DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Uno de los logros más importantes de la Ley fue la creación de unos órganos judiciales especializados con competencias en materia de violencia de género, tanto en el orden jurisdiccional penal como en el civil (arts. 43 y 44 de la L.O. 1/04). Al mismo tiempo creó la figura del Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer (art.70 y 71), que cuentan con un número de fiscales que, dependiendo de las peculiaridades de cada Fiscalía Provincial, se dedican a esta materia, a veces compartiéndola con otras.

Pese a la previsión incorporada al modificar el art. 89 bis de la L.O.P.J, no existen en todos los partidos judiciales Juzgados de lo Penal especializados en Violencia sobre la Mujer, lo que merma la consecución de la especialización pretendida en la respuesta

10 Artículo también modificado por la L.O.1/205 para incluir un párrafo 3 con el siguiente tenor: 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 supuestos en los que concurran 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”.

judicial, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de los procedimientos han de ser enjuiciados por estos Juzgados<sup>11</sup>.

Las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el ámbito penal vienen reguladas en el art. 87 ter -1 de la L.O.P.J. que ha sido modificado por la *L.O.6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la L.O. 6/198, de 1 de julio, del Poder Judicial*, para incluir entre aquellas la referida a la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la U.E. que les atribuya la Ley, entre los que se encuentra la Orden Europea de Protección, regulada en el Título VI de la L.23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la U.E.

En al ámbito civil, sus competencias vienen determinadas en el art. 87 ter 2 y 3 de la L.O.P.J. para incluir los procedimientos de familia -filiación, maternidad y paternidad, nulidad, separación y divorcio, relaciones paternofiliales, guarda y custodia, adopción o modificación de medidas de transcendencia familiar, los que versen sobre asentimiento para la adopción u oposición a resoluciones administrativas de protección de menores- siempre y cuando una de las partes sea víctima de actos de violencia de género y la otra imputada, y se haya iniciado un procedimiento penal ante el JVM o se haya acordado una orden de protección.

## 2.4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

### 2.4.1. Protección de las víctimas y de sus hijas e hijos

Uno de los instrumentos más válidos y utilizados en el ámbito de la violencia sobre la mujer para proteger a estas víctimas es la Orden de Protección, regulada en el art. 544 ter de la L.E.Cr. que faculta al juez a acordar medidas cautelares penales y civiles y que, como ya hemos visto, se erige en título habilitante para que estas víctimas puedan acceder al reconocimiento de los derechos regulados en los art. 21 y siguientes de la L.O.1/04, 131 bis y 19 de la Ley de Extranjería y 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

La L.O.1/04 dedica el Capítulo IV a las Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas y sus hijos e hijas, en el que, además de la remisión a la orden de protección, hace expresa referencia a la protección de la intimidad de la víctima y sus descendientes (art. 63); a las medidas de salida del domicilio, alejamiento y suspensión de las comunicaciones y la posibilidad de autorizar judicialmente a la víctima la permuta del uso del domicilio que le haya sido atribuido por el uso de otra vivienda (art. 64); a la suspensión del ejercicio de la patria potestad (art.65) y del régimen de visitas (art.66); y a la suspensión del derecho de tenencia de armas (art. 67).

Esa inquietud por los hijos e hijas -víctimas directas o por exposición a la violencia que se ejerce sobre sus madres- sigue reflejándose en las más recientes reformas y así la Ley 4/15 del Estatuto de las Víctimas modifica el art. 544 ter de la L.E.Cr. en

11 Según datos del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, en el año 2014, se registraron en los Juzgados de lo Penal 27.630 asuntos, mientras que en las Audiencias Provinciales el nº de registros fue de 7.810.

un aspecto muy importante, el relativo a las medidas civiles (párrafo 7º). Hasta ahora estas medidas se regían por el principio de rogación y solo se podía pronunciar el juez si las solicitaban las partes o el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del C.C.; pues bien, tras la entrada en vigor de la reforma referida, el próximo 29 de octubre de 2015 *“cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas”*.

Esta misma Ley incorpora a la L.E.Cr. un nuevo art. 544 quinquies, que, en los casos en que se investigue alguno de los delitos mencionados en el art. 57 del C.P.<sup>12</sup>, prevé la posibilidad de acordar medidas en protección de las víctimas menores o con capacidad judicialmente modificada, tales como la suspensión del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o la supervisión de su ejercicio, sin perjuicio de las funciones del M. Fiscal y entidades públicas de Protección.

Y también se refleja esa inquietud en otras iniciativas legislativas próximas a su publicación, así, en el Proyecto de L.O. de Protección a la Infancia y adolescencia, que prevé la modificación de la L.O. 1/04 (arts. 2, 61, 65 y 66) para concretar que las medidas en ella contempladas tienen por finalidad la prevención, sanción y erradicación de esta violencia y *“...prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”* (Disposición Final Segunda). De igual manera, en el proyecto de Ley (ordinaria) de protección a la infancia y adolescencia, se prevé la modificación del art. 158 -4 del C.C. a fin de que el juez pueda acordar de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal *“la medida de prohibición a los padres, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad”* y *“la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.”* Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

#### **2.4.2. La Orden Europea de Protección (OEP)**

La *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección*, ha sido traspuesta a nuestro derecho por la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, abriendo la posibilidad a todas las víctimas de delito -y por tanto también a las de violencia de género- protegidas por una medida cautelar o pena que imponga al imputado o condenado -persona causante del peligro- la prohibición de residir en determinados lugares, o de aproximación a ellas o de comunicación *por cualquier medio*, que esa protección le pueda acompañar cuando se traslade temporal o definitivamente a otro Estado de la U.E.

12 Homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

#### 2.4.2.1. *Solicitud*

Tiene que ser solicitada por la Víctima o por su representante legal, por lo que el Juez o Tribunal que acuerde las medidas o dicte la Sentencia en la que se impongan tales penas, ha de informar a aquellas de la posibilidad de solicitar la OEP en caso de trasladarse a otro país miembro y le aconsejará que lo haga antes de salir de nuestro país. No obstante, la solicitud la puede presentar en el Estado de Ejecución, y este deberá remitirla inmediatamente al nuestro, el Estado de Emisión (art.134).

#### 2.4.2.2. *Competencia para la emisión y transmisión de la OEP*

En relación a la violencia de género, el órgano judicial competente para la emisión y transmisión de una OPE a otro Estado al que vaya a desplazarse la víctima es el “órgano judicial que conozca del procedimiento” en el que se impusieron las medidas cautelares o penas. Para regular esas competencias la L.O. 6/2014, de 20 de octubre, complementaria de la L. 23/2014, modifica los arts. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) otorgando, expresamente, esa competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando la víctima sea la mujer a que se refiere la L.O.1/04, y el art. 89 bis para regular la competencia de los Juzgados de lo Penal.

Sin embargo, no se efectúa ninguna modificación del art. 82 de la L.O.P.J. en la que se regulan las competencias de las Audiencias Provinciales (A.P.), quienes tendrán la competencia para el enjuiciamiento y fallo de determinadas causas. Pese a ello, en mi opinión, si en el momento en el que la víctima solicita la OEP la A.P. está conociendo la causa en la que se hayan acordado las medidas cautelares o penas, a ella le corresponderá la competencia para emitir y transmitir la OEP de conformidad con el art. 131-1 de la L. 23/2014.

#### 2.4.2.3. *Competencia para el reconocimiento y ejecución de una OEP*

En el caso de que la autoridad judicial o equivalente de otro Estado emita y transmita al nuestro una OEP, los órganos judiciales para su reconocimiento y ejecución van ser en todo caso los Juzgados de Instrucción o los Juzgados de Violencia sobre la Mujer -en los supuestos a que se refiere el art. 1 de la L.O.1/2004- del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo. El Juez habrá de reconocer la OEP y acordar las medidas cautelares previstas en nuestro Derecho para un caso análogo y que se adapten lo más posible a la acordada por el Estado de Emisión y, además de informar sobre las mismas y sus consecuencias a la persona protegida y a la persona causante del peligro, el Estado de emisión dará las instrucciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que velen por su cumplimiento (art.138).

Este instrumento, obviamente, va a favorecer a las víctimas de violencia de género al permitir que le acompañe la protección que aquí se le dispensa más allá de nuestras fronteras y en el marco de la UE. Allí donde vayan se les concederán las medidas de protección que se apliquen a sus propias víctimas ante supuestos análogos; ello podría suponer una merma de protección en relación a la que aquí reciben pues, como de todos es sabido, son pocos los países que cuentan con un sistema de medidas de protección semejante al nuestro.

Precisamente, el proyecto EPOGENDER<sup>13</sup>, incluido en el marco del Programa Daphne III de la Comisión Europea, aborda los derechos fundamentales y la justicia, con el objetivo de evitar que la falta de armonización de las leyes de los diferentes países que conforman la Unión Europea pueda ser causa de un incorrecto funcionamiento de la Orden Europea de Protección.

### **3. LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN OTROS CONTEXTOS. MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA. MATRIMONIOS FORZADOS. DELITO DE ACOSO Y HOSTIGAMIENTO. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. REGULACIÓN Y DATOS**

#### **3.1. MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la mutilación genital femenina como todos los procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos, así como otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos<sup>14</sup>.

Esta es una práctica vinculada a determinadas costumbres, tradiciones y creencias, que tiene más que ver con etnias que con países<sup>15</sup> (entre las etnias practicantes se encuentran la Sarahule, Djola, Mandinga, Fulbé, Soninke, Bámbara, Dogon, Edos, Urhobo, Awusa y Fante).

El Protocolo Común de Actuación Sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina hace referencia a 29 países donde la mutilación se practica: Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Costa de Marfil, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Irak, Kenia, Liberia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria, República Centroafricana, República Unida de Tanzania, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Togo, Uganda y Yemen.

Ahora bien, la migración hace que estas niñas, originarias de aquellos países o etnias, puedan encontrarse en riesgo de ser mutiladas aun cuando residan en otros.

Por ello, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de septiembre de 2001, sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035 (INI) pidió a los Estados miembros que “...consideren que la amenaza y/o riesgo de sufrir una mutilación genital femenina podrá ser la causa que justifique la intervención de la administración pública” y los instó a que “aprueben medidas legislativas que otorguen a los jueces o fiscales la posibilidad de adoptar medidas cautelares y preventivas si tienen conocimiento de casos de mujeres o niñas en situación de riesgo de ser mutiladas”.

España es un país de inmigración y emigración y entre la población inmigrante una alta proporción procede de los países antes referidos.

13 Gender Violence: Protocol for The Protection of victims and effectiveness of protection orders. Towards an efficient implementation of Directive 2011/99/DU (2012-2014), financiado en el marco del programa Daphne III.

14 García Bueno MP. Manual de prevención de la mutilación genital femenina. Buenas Prácticas. Madrid: Conferencia Nacional Mujeres en Igualdad; 2014

15 Peramato Martín, T. y Astudillo Peramato, La Mutilación Genital Femenina. Prevención, Protección y Sanción. Top Jurídico. Editorial Jurídica Sepin. SP/DOC/19172. Artículo monográfico. Junio 2015

Según datos que proporciona el “Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012”<sup>16</sup>, hay 16.869 niñas entre 0 y 14 años procedentes de aquellos países y, por tanto, que están en riesgo de ser mutiladas. En concreto en Madrid hay 2.059 niñas y en Catalunya 6.182. La Comunidad Autónoma que menos niñas en esa situación de riesgo registra es la de Extremadura, con 19 niñas. Ello hace necesario que las medidas de prevención se deban aplicar a todo el territorio nacional<sup>17</sup>.

La mutilación genital femenina en España es delito en nuestro país desde el año 2003<sup>18</sup> al incluirse, en el art. 149 del Código Penal, un párrafo 2º que lo regula como un delito de lesiones graves.

Además, el legislador español, en el artículo 23-4-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha previsto la posibilidad de que nuestros tribunales persigan estos delitos aun cuando se hayan cometido por español o extranjero fuera de nuestro país y, aun cuando la mutilación no sea delito en el país en el que se haya ejecutado, siempre y cuando el agresor sea español o extranjero residente en España, o que la víctima, en el momento de la comisión de los hechos, tuviera la nacionalidad española o fuera residente en España y el agresor estuviera en nuestro país.

Estamos haciendo referencia a una práctica en la que, por motivos culturales, puede ser incluso aceptada, aparentemente, por la mujer o niña; sin embargo, hemos de tener en cuenta que en el caso de menores de edad e incapaces el consentimiento no es válido, y que en el caso de que la mujer sea mayor de edad y capaz el consentimiento de esta a la mutilación no exime de responsabilidad penal al agresor/a (art. 155 del C.P.).

### 3.2. MATRIMONIOS FORZADOS

Según la *Resolución 1468 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre matrimonios forzados y matrimonios de niños*, el matrimonio forzado es “la unión de dos personas en la que al menos una de ellas no ha dado su libre y pleno consentimiento para contraer matrimonio”.

El Consejo de Europa, en el año 2005, hizo un estudio en relación a los matrimonios forzados en los 28 países del Consejo y llegó a la conclusión de que bajo tal término se incluye una variedad de conceptos y así dice que<sup>19</sup> “abarca el matrimonio como esclavitud, matrimonio concertado, el matrimonio tradicional, el matrimonio por

16 Kaplan Marcusán A. y López Gay A. Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012 [Internet]. España: Universitat Autònoma de Barcelona y Fundación Wassu-UAB, 2014.

17 Desde hace años se están haciendo esfuerzos de coordinación para prevenir esta barbaridad y, así, se han firmado los siguientes protocolos:

Protocolo de Prevención de la Mutilación Genital Femenina en la Demarcación de Girona. Octubre 2003, protocolo de Actuaciones para Prevenir la Mutilación Genital Femenina de la Generalitat de Catalunya. 2007, protocolo de Prevención y Actuación ante la Mutilación Genital Femenina de Aragón. 25-01-2011, protocolo de Prevención y Actuación ante la Mutilación Genital Femenina de Navarra. 25-06-2013, protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina (MGF). Sistema Nacional de Salud. 2015.

18 L.O 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

19 Council of Europe, Forced marriages in Council of Europe member states, a comparative study of legislation and political initiatives. Strasbourg, 2005, p. 7.

razones de costumbre, la conveniencia o la respetabilidad percibida, el matrimonio infantil, el matrimonio precoz, los matrimonios ficticios, el matrimonio por conveniencia, el matrimonio no consumado, el matrimonio putativo, el matrimonio para adquirir la nacionalidad y el matrimonio indeseable”.

La Recomendación 84 de Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de las mujeres contra la violencia (2002) ya instaba a los Estados miembros a prohibir el matrimonio forzado, celebrado sin el consentimiento de alguno de los contrayentes, y en el mismo sentido lo hace el Convenio de Estambul en el art. 37.

Del contenido de ambos requerimientos se deduce que, con independencia de la respuesta que haya de darse a los matrimonios simulados o ficticios, o aquellos contraídos para adquirir la nacionalidad<sup>20</sup>, el matrimonio forzoso al que se están refiriendo es aquel en el que alguno de los contrayentes, o ambos, han prestado su consentimiento bajo violencia o intimidación, o no tienen capacidad para prestar aquel válidamente<sup>21</sup>.

Finalmente, con la L.O.1/2015, de 30 de marzo, de reforma del C.P., que entró en vigor el pasado 1 de julio, se incluyó, en el art. 172 bis, el delito de matrimonio forzado, dando así cumplimiento a aquella recomendación y al mandato contenido en el art. 37 del Convenio de Estambul.

En dicho precepto se sancionan dos conductas distintas:

- compeler a otra persona con violencia o intimidación a contraer matrimonio,
- obligar a otro a abandonar el territorio nacional, o no regresar al mismo, mediante utilización de violencia o intimidación grave o engaño, con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio.

En todo caso, la víctima de este delito puede serlo indistintamente un hombre o una mujer; e incluso podrían ser obligados ambos a contraer matrimonio entre sí. Ahora bien, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), cada día se producen en todo el mundo 39.000 matrimonios infantiles y añade que, entre 2011 y 2020, más de 140 millones de niñas se casarán<sup>22</sup>. De la misma manera, en el estudio del Consejo de Europa de 2005 antes referido nos recuerdan que en la mayoría de los casos la persona que es forzada a contraer matrimonio es la niña. Podemos concluir, por tanto, que cuando la víctima es una mujer o niña estamos ante un delito de violencia sobre las mujeres por razones de género, de acuerdo con la definición dada en la Recomendación 19 de 1992 de la CEDAW y en el Convenio de Estambul en el art.3-d.

20 *Circular de la FGE 1/2002, de 19 febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.*

21 En España para casarse hay que ser mayor de edad o estar emancipado. La emancipación requiere que el menor tenga 16 años cumplidos (art. 317 del CC); hasta la entrada en vigor de la L.15/2015 de Jurisdicción voluntaria (el día 23 de julio de 2015) el Juez podía dispensar el impedimento de edad a partir de los 14 años (art. 48 del CC). Esta dispensa desaparece al modificarse el art. 48 por la Ley antes referida.

22 Peramato Martín T. Diez años de la Ley Integral. Objetivos conseguidos y retos pendientes tras la ratificación del convenio de Estambul y a la luz de otros documentos internacionales. Boletín jurídico [revista de internet]. 2014 Sept Disponible en: [www.sepin.es](http://www.sepin.es).

Tanto es así que la Oficina contra la Droga y el Crimen Organizado de Naciones Unidas (UNODC) define el matrimonio forzado, al que denomina servil, como *“toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de persona”*<sup>23</sup>.

El primer problema a dilucidar y, seguramente, de mala solución es si el matrimonio al que el sujeto pasivo es forzado ha de ser un matrimonio formal, es decir, el matrimonio civil o religioso con efectos civiles o, por el contrario, se incluirían también los matrimonios informales, celebrados a través de ceremonias y ritos sociales.

El preámbulo de la Ley no nos ayuda a resolver el dilema.

Hemos de hacer una interpretación auténtica del matrimonio, pues nos encontramos ante una norma penal que se remite a otra extrapenal para la integración del hecho típico; habrá que examinar por ello, la normativa civil.

El art.- 32.2 de la Constitución Española dispone que “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos” y su regulación está contenida en los arts. 49 a 65 del CC y 58 y 59 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

En concreto el art. 49, tras la reforma efectuada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, prevé dos formas de matrimonio: la regulada en el Código Civil y la religiosa legalmente prevista; no se reconoce en nuestro derecho el matrimonio por los ritos gitanos u otros<sup>24</sup>, luego el matrimonio a los efectos del art. 172 bis del C.P., solo será aquel que se ha celebrado de acuerdo al art. 49 y siguientes del C.C. y no aquellos otros que carecen de efectos civiles, sin perjuicio de que las conductas coactivas o intimidatorias puedan ser perseguidas y castigadas como constitutivas de otros delitos -coacciones, amenazas, detención ilegal, delito contra la libertad sexual,...-.

### 3.3. DELITO DE ACOSO Y HOSTIGAMIENTO

Con la L.O.1/2015 se ha introducido un nuevo art. 172 ter que castiga el acoso u hostigamiento.

El legislador, en el Preámbulo, justifica la introducción de este nuevo tipo penal en la necesidad de *“...ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen **conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y***

23 Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas. Guía de Autoaprendizaje. 2009. Pág.14.

24 La Sentencia del TC 69/2007 de 16 de julio, hacía referencia a que el legislador podría “...en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales”.

***sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento***”.

El delito está ubicado en el Capítulo III del Título VI, es decir, entre los delitos contra la libertad y, más concretamente, como una modalidad del delito de coacciones en el que el sujeto activo y pasivo podrá ser cualquier persona, siempre que no esté “*legítimamente autorizado*”. Esta excepción se ha mantenido en la redacción definitiva pese a las alegaciones efectuadas al Anteproyecto por el Consejo Fiscal el 8 de noviembre de 2013, pues es difícil imaginar situaciones en que una persona, física o jurídica, pueda estar autorizada para realizar las conductas que se recogen en los cuatro apartados incluidos en el párrafo 1º de este artículo.

El legislador, antes de redactar el catálogo de conductas sancionables, establece dos requisitos que han de concurrir para que puedan ser tenidas como típicas.

Así, para que esas conductas sean delictivas, es necesario que se cometan de “*forma insistente y reiterada*” y que, de este modo, se haya alterado “*gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*” de la víctima. Ambos presupuestos han de darse conjuntamente, de manera que aquellas conductas serían impunes si no se ha producido una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, y aun cuando la víctima haya cambiado hábitos a consecuencia de aquella conducta, si esta ha sido aislada no sería delito de acoso, sin perjuicio de su subsunción en otro tipo penal si procediera.

La acción -insistente y reiterada -puede consistir en:

- Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física con la víctima.
- Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
- Hacer uso indebido de sus datos personales para adquirir productos o mercancías, o contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella.
- Atentar contra su libertad o contra el patrimonio de la víctima, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

La 3ª conducta: “uso indebido de datos personales para adquirir productos, contratar servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto con la víctima” es, quizá, una de las que más problemas de interpretación pueda plantear.

En primer lugar, el derivado del concurso real, pues cuando se usan datos de otra persona para adquirir bienes o contratar servicios, tales conductas podrían tener encaje, individualmente, en otras figuras delictivas como el delito de estafa -art. 248 del C.P.-, problemática que vendría resuelta por la aplicación del párrafo 3 del precepto.

En segundo lugar, y partiendo de que también en relación a esta conducta se exige la reiteración e insistencia y que cause una alteración grave en la vida cotidiana de la víctima, parece que la exigencia del primer presupuesto nos obliga a interpretar cual es el núcleo de la conducta típica recogida en este apartado: el uso de datos de otra persona, o la adquisición de bienes, contratación de servicios o poner en contacto a otras personas con la víctima.

Si entendemos que la acción típica es la de usar los datos de la víctima para que terceras personas se pongan en contacto con ella y exigimos, respecto de ese uso, que sea reiterado, podrían quedar impunes conductas tan reprochables como las de poner un anuncio con el nombre, domicilio y teléfono de la víctima en páginas de contacto de los medios de comunicación escrita. Un solo anuncio puede provocar muchas llamadas solicitando los servicios ofertados, lo que puede generar en la víctima graves daños y una repercusión grave en su vida cotidiana. Pero solo se habrían usado los datos una vez.

La voluntad del legislador es, sin embargo, penalizar aquellas actuaciones que provocan esa situación de constante perturbación, lo que se produce cuando en una sucesión inacabada de llamadas la víctima ve atacada su dignidad y su tranquilidad, situación que le podría llevar a modificar su vida hasta el punto de cambiar de domicilio, si este es uno de los datos manejados por el autor, o de número de teléfono con todas las consecuencias que de ello se derivan.

Además, la reiteración de llamadas por terceras personas a la víctima conlleva el uso reiterado de sus datos por estas- nº de teléfono, nombre, dirección, etc-; uso buscado por el autor y provocado directamente por su actuación, por lo que deberíamos entender subsumible la conducta en el tipo penal analizado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

García Bueno MP. Manual de prevención de la mutilación genital femenina. Buenas Prácticas. Madrid: Conferencia Nacional Mujeres en Igualdad; 2014

Peramato Martín, T. y Astudillo Peramato, I. La Mutilación Genital Femenina. Prevención, Protección y Sanción. Top Jurídico. Editorial Jurídica Sepin. SP/DOC/19172. Artículo monográfico. Junio 2015

Kaplan Marcusán A. y López Gay A. Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012 [Internet]. España: Universitat Autònoma de Barcelona y Fundació Wassu-UAB, 2014.

Fecha de recepción: 17/06/2014. Fecha de aceptación: 20/07/2015