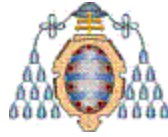


UNIVERSIDAD DE OVIEDO



FACULTAD DE DERECHO

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS
PERSONAS Y GRUPOS VULNERABLES**

Curso: 2011/2012

**“La violencia de género y doméstica en
la legislación española: especial
referencia al delito de maltrato
habitual”**

Tutor: Dr. D. Javier Gustavo Fernández Teruelo

Autora: Begoña Rodríguez Fernández

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS.....	4
II. RESUMEN.....	5
III. PALABRAS CLAVE.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. PRECEDENTES DE LA DENOMINADA “VIOLENCIA DOMESTICA Y DE GÉNERO” EN EL CP ESPAÑOL.....	11
3. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL.....	31
4. TIPO DE INJUSTO.....	35
A. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 DEL CP.....	37
B. CONDUCTA TÍPICA.....	45
B.1 VIOLENCIA FÍSICA.....	46
B.2 VIOLENCIA PSÍQUICA.....	47
B.3 HABITUALIDAD.....	52
B.3.1 Dificultad Probatoria.....	64
C. SUJETOS DEL DELITO.....	65
5. CUESTIÓN DE LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN.....	78
6. TIPO AGRAVADO.....	85
a) En presencia de menores.....	85
b) Utilizando armas.....	86
c) Domicilio común o de la víctima.....	87
d) O se realice quebrantando una medida de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.....	90
7. CUESTIONES CONCURSALES.....	91
8. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.....	107
9. CONSUMACIÓN.....	110

10. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.....	112
A. PENAS PRINCIPALES.....	112
B. PENAS ACCESORIAS.....	116
C. MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	119
11. CONCLUSIÓN.....	120
12. BIBLIOGRAFÍA.....	122

I. ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial.
Aptdo.	Apartado.
Art/.s	Artículo/s.
CC	Código Civil.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CE	Constitución Española.
Cfr.	Confrontar.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Coord/s.	Coordinador/es.
CP	Código Penal.
DA.	Disposición Adicional.
Dir/s.	Director/es.
Ej.	Ejemplo.
FJ.	Fundamento Jurídico.
JVM	Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
Nº.	Número.
<i>Ob. Cit.</i>	Obra citada.
p.	Página.
Págs.	Páginas.
Párr.	Párrafo.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
ss.	Siguientes.
STS	Sentencia/s del Tribunal Supremo.
TBC	Trabajos en Beneficio de la Comunidad.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
v.	Ver.
<i>v. gr.</i>	<i>Verbi gratia.</i>
VV.AA	Varios Autores.

II. RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda el estudio del bien jurídico protegido y de los elementos típicos del delito doloso de violencia habitual, efectuando un análisis de su regulación positiva, evolución legislativa, e interpretación jurisprudencial, prestando una atención constante al contenido de la ley tanto en su vertiente material como formal.

En cuanto al material manejado, se ha procurado recurrir a las opiniones de los penalistas españoles más relevantes, siempre que el acceso a estos trabajos nos ha sido posible. Analizando las fuentes bibliográficas doctrinales, comprobando la interpretación y tratamiento que los expertos ofrecen en la materia objeto de estudio.

El análisis de la jurisprudencia, aunque esclarecedor en algunos aspectos, resulta en otros frustrante, ya que como es sabido, se restringe el acceso a la casación respecto de delitos con pena abstracta no superior a cinco años de prisión, de modo que sólo llegan al Tribunal Supremo casos de aplicación o inaplicación del delito del 173.2 CP cuando concurre con otros de mayor gravedad.

Respecto al sistema de citas utilizado, se ha procurado que la obra se pueda identificar correctamente y ubicarla temporalmente, con lo que siempre se cita la fecha de publicación de la misma. En la exposición del trabajo no se ha buscado originalidad alguna sino intentar transmitir de forma clara, precisa y breve - debido a la limitación impuesta en cuanto a la extensión del mismo- las principales teorías y problemas jurídicos que suscita la materia estudiada y las conclusiones y posibles soluciones extraídas conforme a las mismas.

Por otro lado, en cuanto a la implicación del análisis realizado para la tutela jurídica de las personas vulnerables, al estudiarse, desde un punto de vista jurídico, el ejercicio de malos tratos y violencia física y/o psíquica habitual en el ámbito familiar o cuasi-familiar, conyugal o de las relaciones análogas de pareja, es evidente la afectación que se produce respecto a las mismas, ya que nos referimos al grupo de personas que se relacionan entre sí en virtud de la consanguinidad, adopción u otros lazos familiares, compuesto por adultos e hijos de éstos donde debieran acampar las ideas sociales generalizadas de seguridad, confianza mutua y realización total a nivel individual, pero no siempre es así. Las dificultades para delimitar este fenómeno violento, que se mueve en parámetros de intimidad y soledad, son considerables. La reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto estudiado o que mantenga análogas relaciones estables

de afectividad, constituye una vulneración de determinados derechos y principios constitucionales no sólo por lo que comporta de ataque a la integridad moral, incolumidad física o psíquica de las víctimas, sino esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos. Por lo que no hace falta destacar la importancia y gravedad de estas conductas calificadas por la doctrina y la jurisprudencia como “una de las lacras sociales más destacables que ha visto el siglo XXI”. En conclusión, las víctimas de la violencia doméstica se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad, lo que justifica su elección como objeto de estudio y una especial atención por parte de los órganos públicos competentes.

III. PALABRAS CLAVE: Violencia de género, violencia domestica, derecho penal, punitivismo, reformas penales, maltrato de obra, integridad moral, integridad psíquica, integridad física, personas especialmente vulnerables, lesiones, amenazas, coacciones, quebrantamiento.

1. INTRODUCCIÓN

Comparada con los largos siglos y hasta milenios de sumisión de la mujer al varón, puede decirse que la historia de la búsqueda de la igualdad entre ambos apenas ha comenzado. Así, en nuestro país, esa historia se inicia hace medio siglo y se intensifica de modo sistemático hace escasamente un cuarto de siglo. Con razón se ha podido decir que “en los últimos veinticinco años, las mujeres españolas han protagonizado el mayor avance de toda su historia”, como se lee en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de marzo de 2005, por el que se adoptaron medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres¹. En el intento de acabar con esta arraigada situación histórica encuentran su sentido disposiciones constitucionales como, la prohibición del art. 14 de la CE: los españoles somos “iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ... sexo”; además el art. 9.2 de la Carta Magna consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea “real y efectiva”; el art. 32.1 de la Constitución Española que consagra la “plena igualdad jurídica” entre hombre y mujer en el matrimonio el art. 35.1 de la Constitución Española que prohíbe la discriminación por razón de sexo respecto del “derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente”. La Constitución Española se desmarca, pues, por primera vez en la historia de nuestro país, del profundo modelo cultural del patriarcado². Pero a pesar del pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género y doméstica, la discriminación salarial, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella “perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros”, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi ciento cuarenta años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos³.

¹ Publicado como anexo a la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo.

² REY MARTÍNEZ, F.: “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *Diario La Ley*, Tomo 1, Ref. D-27, 2000,1.

³ Preámbulo (II) LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE, nº.71 (2007), 12611.

Así, en este contexto hablar sobre violencia de género o doméstica supone situarnos ante un problema de gran magnitud que abarca múltiples perspectivas y requiere de respuestas pluridisciplinarias. Aunque no se trata de una situación nueva ni tampoco exclusiva de un determinado país aunque modulable en intensidad y respuestas según el plano cultural donde se produzca. En concreto, el problema de la violencia de género ha recibido un tratamiento especial en nuestro ordenamiento jurídico a través de la LOVG que haciéndose eco de las orientaciones y recomendaciones provenientes tanto de organismos internacionales, como de la propia Unión Europea y teniendo en cuenta el rechazo que en los últimos años se ha mostrado ante este tipo de violencia. También subyace en el trasfondo de la misma la necesidad de garantizar el derecho de igualdad, conforme al mandato constitucional recogido en el artículo 9.2 de la Carta Magna, en esta misma línea, se han publicado otras normas como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las diferentes leyes aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas, dentro de sus competencias.

Todas estas iniciativas legislativas y también los estudios doctrinales junto con la bibliografía producida en estos últimos años, hacen enormemente difícil reflejar en un trabajo de estas características todas las cuestiones sustantivas y dogmáticas que surgen alrededor de esta materia, máxime a raíz de la aprobación de la LOVG, por lo que se hace imprescindible efectuar una selección.

Aunque es evidente que, no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia⁴. Nada obsta a esta afirmación el que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género. También lo es la pareja y, sin embargo, no agota las posibilidades de realización de esa clase de violencia. Son situaciones de riesgo no ya sólo por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, sobre todo, porque constituyen un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más

⁴ La relación entre ambas figuras, no obstante, es estrecha los dos conceptos de violencia están siendo objeto de atención constante por parte del legislador al mismo tiempo.

ancestrales, esos que reservan a la mujer los clásicos valores de subjetividad, cuidado y subordinación a la autoridad masculina⁵. La segunda de ellas, se puede definir como toda la violencia ejercida por cualquier personas, sobre los sujetos pasivos descritos en el artículo 173.2 del CP, otorgándoles una especial protección, ya sea por situación de dependencia entre agresor y víctima (hijos respecto de los progenitores, por ejemplo) o por una relación legal, la (tutor respecto a pupilos, etc.). Aunque hay que puntualizar, que este artículo delimita como tal los casos de ejercicio de violencia en un entorno que no es propiamente el domestico (ya que deja abierta una puerta para incluir otros supuestos al decir que se aplicará “*sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*”), pero que tienen en común la relación especial -no sólo afectiva, aunque también- entre agresor y víctima.

A lo largo de siguientes páginas se tratara acerca de los aspectos sustantivos de la represión penal de este fenómeno de la violencia doméstica o cuasi-familiar, sin que ello suponga prescindir de un análisis completo aunque no exhaustivo, debido a la limitada extensión del trabajo, de los tipos penales que en el Derecho vigente inciden en la violencia doméstica tratando de centrarnos exclusivamente en los temas jurídicos y marginando conscientemente otros, como el encarnizado debate acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinadas artículos del CP.

Aunque antes de adentrarnos en esta temática, nos gustaría realizar un breve apunte respecto a los usos lingüísticos al hilo de lo, acertadamente, apuntado por Barquín Sanz⁶, a priori pueden parecer pueriles y poco serias, sobre todo en un trabajo en el que se estudian tipos sustantivos y medidas para castigar la violencia; pero el idioma es producto de una complejísima serie de interrelaciones de todo tipo que lo convierten en el fenómeno democrático por excelencia. Lo que no impide, sino al contrario, que sea un reflejo mimético de las relaciones sociales y de poder sin apenas correcciones valorativas, sobre todo cuando viene referido a una estructura de

⁵ MAQUEDA ABREU, M^a. L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02-2006, p. 4.

⁶ BARQUÍN SANZ, J.: “Algunas medidas preventivas de la violencia contra las mujeres posiblemente menos ineficaces que el aumento de las penas y la disminución de las garantías constitucionales de los acusados”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-02-2001, págs. 1-18, afirma este penalista que, las estructuras lingüísticas que reflejan un predominio de los hombres son cualquier cosa menos casuales y, al mismo tiempo, contribuyen sutilmente a confirmar y reforzar ese predominio.

comprensión de la realidad en la que se otorga una posición de dominio al hombre sobre la mujer. Es cierto que repetir las palabras en los dos géneros termina siendo pesadísimo, pero sin embargo, dar prevalencia al género masculino indefectiblemente sobre el femenino tiene relevancia ya que si viviéramos en una sociedad matriarcal, saludaríamos a un grupo mixto diciendo “hola a todas” y no “a todos”. Pero el poder ha estado tradicionalmente en manos de los hombres, y el lenguaje que casi nunca está exento de ideología, le ha sido obediente. El Ilustre diccionario de la RAE pese a que se advierte que “las entradas están dispuestas de acuerdo con el orden latino internacional”, es decir, en estricto orden alfabético, los masculinos que terminan en -o van colocados antes de los femeninos que terminan en -a⁷, ¿es eso orden alfabético o preeminencia sociológica e ideológica de lo masculino frente a lo femenino? Por otro lado, las acepciones de algunas palabras resultan paradójicas, a modo de ejemplo, “hombre público”, es definido como “el que tiene presencia e influjo en la vida social” y “mujer pública” significa sólo prostituta. Esto viene a colación, por la multitud de críticas que se han vertido por parte de la doctrina acerca de la expresión “violencia de género”, que como afirma Queralt Jiménez⁸ “género no es sólo un término gramatical; es también una construcción o instrumento intelectual de análisis de la realidad. Así es: a diferencia del término *sexo*, que se refiere únicamente a las diferencias biológicas entre hombre y mujer, el vocablo *género* sirve de base para mostrar que las desigualdades entre ambos sexos se han construido históricamente como consecuencia de la estructura familiar-patriarcal y no como fruto de la naturaleza biológica de los sexos. La pureza del lenguaje es necesaria, pero el lenguaje es también sexista y, por tanto, no puede someterse a la pretendida pureza de la lengua -como si de un museo arqueológico se tratara- una realidad social que no es precisamente baladí. Los (socio) lingüistas ya resolverán el problema léxico, si tal existe y si pueden; los juristas deben, por su parte, crear, analizar y aplicar el Derecho lo mejor posible, esto es, intentando resolver democráticamente los *conflictos sociales cuando ello les corresponde*”.

⁷ Es decir, “niño” precede a “niña” y “guapo” precede a “guapa”.

⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, en: VV.AA, *La Ley Integral de medidas de protección contra la violencia de género*, CGPJ, CDJ, XXXII, Madrid, 2005, págs. 145 y ss.

2. PRECEDENTES DE LA DENOMINADA “VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO” EN EL CP ESPAÑOL

Es obligado recordar, en primer lugar, la vigencia hasta el año 1975 de instituciones de derecho civil tales como la incapacidad de obrar de la mujer casada y de la necesidad de licencia marital para casi todo, incluso para disponer de sus propios ingresos, el ejercicio de la patria potestad por el marido y, sólo en defecto de éste, por la mujer; quien, especialmente la casada, era una persona con capacidad de obrar limitada, que ocupaba una posición jurídica subordinada y que pasaba de depender del padre a hacerlo del marido. Posición jurídica subordinada que tenía un clamoroso reflejo en la legislación penal, a través de diversas normas, alguna tan anacrónica como el privilegio concedido al varón que mataba a su mujer y al amante sorprendidos en adulterio, que se contemplaba en el art. 428 del CP⁹, pero también se recogía el adulterio y el amancebamiento, delitos que no desaparecen hasta 1978, mientras el adulterio de la mujer era punible en todo caso, el del marido solo lo era si estuviere amancebado dentro de casa o notoriamente fuera de ella. Los tratadistas justificaban la diferencia, en que los perjuicios que podía acarrear al orden familiar el adulterio femenino eran mayores “pues al violar la fe conyugal introduce o se expone a introducir hijos extraños en el hogar¹⁰”. Todas estas normas penales objetivamente discriminatorias han ido desapareciendo de nuestro ordenamiento. La pregunta que cabe es si la derogación de los textos legales también se llevo su espíritu.

Así, hasta el año 1989 no existía en el CP ningún delito que castigara conductas de violencia en el ámbito familiar¹¹. Fue entonces cuando, haciendo frente a tan

⁹ Según el texto vigente hasta 1961, “El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedara exento de pena. Estas penas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores y sus corruptores, mientras aquellas vivieran en la casa paterna (...)”. El proyecto de Ley de Bases de 1961, que ordeno la derogación del precepto, no fundaba ésta en su barbarie manifiesta, sino en que era innecesario, ya que la finalidad del precepto se podía conseguir igualmente mediante el juego de las eximentes del art. 8, números 1.º y 4.º, o de las atenuantes 5ª. 6ª. y 8ª. del art. 9; no se trataba de un lapsus, sino que tras un amplio debate en las Cortes, el Proyecto se convirtió en Ley manteniendo esta motivación. Así mismo siguió contemplado en el art. 185.4 del Código de Justicia Militar como una legítima defensa del honor y para mayor abundamiento la jurisprudencia recogía la sanción disciplinaria a un militar por no haberla ejercido y haber, por ello, “manchado su honor” y por tanto, “el honor militar”. CARMONA RUANO, M.: “El delito de maltrato habitual”, en: VV.AA, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Sevilla, 2007, p. 108.

¹⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª, Madrid, 1975, p. 175.

¹¹ Cualquier delito cometido en el ámbito familiar se sancionaba imponiendo la pena que correspondía al delito en cuestión con la agravante de parentesco, siempre y cuando el delito perpetrado

importante laguna penal, la LO 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del CP, introdujo en el texto de 1973 el delito tradicionalmente conocido como de violencia doméstica¹², tipificándose la violencia habitual en el ámbito familiar como acción diferenciada de las lesiones en sentido estricto a través del artículo 425 del CP anterior¹³. Sin embargo el delito de maltrato habitual apenas fue aplicado¹⁴. En el período de 1989 a 1998 no llegan siquiera a diez las sentencias condenatorias¹⁵, lo que dada la creciente sensibilización social ante los supuestos de violencia en el ámbito familiar, suscitó la necesidad de buscar un tratamiento normativo adecuado para abordar el problema descrito.

De ese modo, tras la reforma operada por la LO 3/1989 se han venido sucediendo en el tiempo un buen número de leyes que han tratado de solucionar la

no estuviera específicamente agravado para el supuesto de que se tratase, como por ejemplo ocurría con el parricidio. NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M^a. T.: “Lesiones, malos Tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en: VV.AA, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, p. 79.

¹² Dicho precepto sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, sometido a su tutela o guarda de hecho; descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad y cuyos elementos vertebradores del tipo eran los siguientes:

- a. Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.
- b. Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito.
- c. Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin.
- d. Que tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.
- e. La pena con la que se castigaba el tipo era la de arresto mayor –de un mes y un día a seis meses de privación de libertad–.

¹³ La doctrina mayoritaria estimó semejante precepto como acción diferenciada de las lesiones en sentido estricto, configurándose como el ejercicio reiterado de las conductas referidas en la entonces existente falta de maltrato tipificada en el art. 583.2º, que queda sin contenido después de la reforma citada, para pasar con descripción diferenciada al artículo 582 CP. *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L.: “Valoración de la Violencia de Género desde la perspectiva del derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 4, 04-09-2002, p. 9; v. asimismo en este sentido, *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 2001, p. 18.

¹⁴ Debido sobre todo a la escasa conciencia social sobre la gravedad de estos hechos - la mayoría de las denuncias acababan desviándose a la intranscendente falta de malos tratos entre parientes-, tipificada en el art. 582. Su punición traía consigo consecuencias paradójicas debido a la voluntad del juzgador, ya que si los ofendidos habían sido los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se hallara ligado por una análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena de arresto menor prevista para la falta podía ser sustituida (aunque la sustitución no era imperativa, era la práctica habitual) por un arresto domiciliario en virtud del art. 85 del Texto Refundido de 1973, lo que conllevaba la vuelta obligada del agresor al domicilio familiar.

¹⁵ MORENO VERDEJO, J.: “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en: VV.AA, POLO GARCÍA, S., PERAMATO MARTÍN, T. (dirs.): *Aspecto procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CDJ, Nº. I, CGPJ, Madrid, 2007, p. 17; SANZ MULAS, N.: “Tutela Penal”, en: VV.AA, SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a. A., MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. (coords.): *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 141.

problemática apuntada, destacando las modificaciones realizadas tras la aprobación del vigente CP de 1995, que al igual que su predecesor recoge esta figura específica del delito de violencia domestica habitual¹⁶ en el Título de las lesiones, ubicándola en el art. 153¹⁷ del CP.

Posteriormente la reforma introducida por la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del CP, amplió las penas accesorias que podían adoptarse al amparo del artículo 57 del Código Penal, incluyendo expresamente la prohibición de aproximación a la víctima o aquellos de sus familiares que el Juez o Tribunal determine, así como la de comunicarse con ésta, o con aquellos de sus familiares o personas que determine el Juez o Tribunal, además de la que ya figuraba con anterioridad y que consistía en la prohibición de volver al lugar donde se hubiese cometido el delito o de acudir a aquel en que residía la víctima o su familia, si fueren distintos.

La LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr, reformó nuevamente este delito con el propósito explicitado en su Exposición de Motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, ampliando de nuevo el círculo de los sujetos del delito. Tal como se deriva de la suspensión de la necesidad de que la

¹⁶ Expresión que vamos a seguir utilizando, a pesar de que las últimas reformas en torno al delito han ido excediendo el ámbito de lo estrictamente doméstico, porque el propio legislador no ha renunciado a su utilización y, además, da la impresión de que se encuentra enraizada en los distintos ámbitos institucionales que abordan este conflicto social.

¹⁷ La L.O.10/1995 de 23 de noviembre, (Nuevo Código Penal) en su art. 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del artículo 425 del anterior CP con una nueva redacción, conforme al cual se sancionaba con pena de prisión de tres meses a tres años a quien habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se hallara ligado por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con el convivieren o estuvieren sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:

a. Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.

b. Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja, ya que no es necesario dicho requisito para los sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del sujeto activo o su pareja.

c. Se conserva la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona “ligada de forma estable por análoga relación de afectividad”, dato que constituye la razón del tipo. Se requiere que dicha relación de afectividad sea estable, algo que antes no se exigía. Por la doctrina y la jurisprudencia se discutía la inclusión en el tipo de las parejas homosexuales, admitida por unos y negada por otros. (La STS de 11 de mayo de 1995, relativa al artículo 425, restringía la aplicación a las parejas de distinto sexo).

d. La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el art. 94 del Código Penal.

e. Se incrementa notablemente la pena que pasa a ser de seis meses a tres años.

f. Se hace mención expresa a las hipótesis concursales estableciendo que los concretos resultados de la violencia ejercida se penaran independientemente de la pena que correspondiese aplicar por el resultado lesivo que en cada caso se causare.

relación conyugal o de convivencia subsistiera en el momento de producirse la agresión, siendo entonces posible que la misma tuviera lugar en el marco de una relación ya concluida, incluyéndose por tanto en el precepto las agresiones a ex cónyuges o ex parejas de hecho¹⁸. El nuevo tipo introduce la violencia psíquica junto a la física - tal como se venía reclamando- y modifica los términos de la cláusula concursal citada de modo que ya no se sancionaría solo por los resultados lesivos en los que desembocase el acto violento, sino por todos los delitos o faltas a que el acto de violencia física o psíquica hubiera dado lugar. Es decir, que se configura como un tipo penal autónomo y diferente respecto a los concretos actos de violencia, y que estaría en relación de concurso de delitos respecto de las faltas o delitos de lesiones, amenazas, injurias u otros en que se hubiera concretado el maltrato habitual.

La Fiscalía General del Estado sugirió - tras la incorporación de los malos tratos psíquicos- que se modificase la ubicación sistemática de este delito¹⁹ y que éste pasase a ser recogido en el Título VII del CP, en sede de torturas y otros delitos contra la integridad moral. Sugerencia que no fue tomada en consideración en aquél momento, lo que hizo surgir el interrogante de si la ubicación sistemática de éste delito en sede de lesiones había sido la correcta antes de la inclusión de los malos tratos psíquicos y era ahora, tras su incorporación, incorrecta, o si no lo fue nunca y el que se hallase en sede de lesiones era algo puramente incidental, irrelevante en lo que respecta al bien jurídico protegido en este delito. Pero la determinación del bien jurídico no era- ni es- una cuestión baladí, de cara a poder admitir la apreciación conjunta tanto de esta figura delictiva como de aquélla en la que se valoraran los concretos resultados - caso de que los hubiera habido- tal y como se puntualizaba en la cláusula concursal recogida en el art. 153 *in fine*. Si se entendía que el bien jurídico protegido era el mismo que en las lesiones podía cuestionarse, el que producido un resultado lesivo pudieran apreciarse conjuntamente tanto el delito de malos tratos habituales como aquél en que se valoraran las lesiones en concreto producidas, ya que esto podría entenderse constitutivo de una infracción del principio *non bis in idem*. Esta había sido, de hecho, la postura mantenida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1990, en la que señalaba que

¹⁸ Lo que además era del todo necesario porque en múltiples ocasiones el ejercicio de la violencia comenzaba o se incrementaba a raíz de la decisión de extinguir la relación “afectiva” por parte de la víctima. *Ob. Cit.* NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M^a. T.: “Lesiones, malos Tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, Madrid, 2006, p. 81.

¹⁹ Fiscalía General del Estado, Circular 2/1990, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, de actualización del Código Penal, ADPCP 1991, p. 219.

producido un resultado lesivo constitutivo de delito, había de apreciarse el delito de resultado más grave, que consumiría a las previas violencias físicas habituales, pudiendo aplicarse, eso sí, la circunstancia mixta de parentesco como agravante. Por el contrario dicha Circular señalaba que si las lesiones fueran constitutivas de falta, sería en este caso el delito de malos tratos el que consumiría estos resultados al estar incluidos en el término violencia física. Obviamente esta opción no era defendible, toda vez que el legislador se había pronunciado señalando de modo expreso que, de producirse algún resultado, habría de apreciarse el correspondiente concurso de delitos. Pero tal posibilidad pasaba por entender que el bien jurídico protegido en esta figura delictiva era diferente al protegido en las lesiones, a pesar de su ubicación sistemática, o si no por sostener, que siendo el mismo bien jurídico protegido que en las lesiones, en unos y otros se incriminaban distintas formas de ataque. Comentando los partidarios de esta última interpretación que debía de ser entendido el delito de malos tratos habituales como un delito de peligro abstracto con el que se pretendía anticipar la protección de la salud física y mental de las personas víctimas de un clima de violencia habitual, sin necesidad de que se llegara a constatar un efectivo menoscabo de la misma²⁰.

Por último, una de las mayores aportaciones del nuevo precepto residía en la introducción de una serie de parámetros para medir la habitualidad de la conducta, que se vertebró alrededor de cuatro datos²¹: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad

²⁰ Para más detalles acerca del desarrollo de esta cuestión puede verse, DEL CARPIO DELGADO, J. y GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Colección: Los delitos, Nº. 25, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 20 y ss.

²¹ Ya en la anterior redacción del precepto se había creado un amplio debate doctrinal respecto a si la habitualidad a la que hacía referencia el art. 153 CP era la misma a la que se refería el art. 94 (tan sólo a efectos de aplicación del régimen de sustitución y suspensión de penas) o se podía interpretar de manera libre, entendiéndolo en un sentido naturalístico la habitualidad recogida en el art. 153 CP. En este último sentido es como lo entendió la doctrina mayoritaria. Según la cual sería habitual si el sujeto realizara una determinada actuación con regularidad. IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos Penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en: MUERZA ESPARZA, J (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídicos Penales, Procesales y Laborales*, Aranzadi, Navarra, 2005, p.18 y ss.

Como reflejo de este último criterio que podríamos denominar cuantitativo, el TS en Sentencia de 7 de febrero 2000 refiere “ que mas que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, siguiendo la doctrina del alto Tribunal, la habitualidad no requiere solo el dato objetivo de la realización de una serie de actos de violencia física por parte del sujeto activo, sino la tendencia a la repetición de actos, en que radica el peligro que ésta dentro de la *ratio legis* del subtipo”.

familiar²² y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.

Las dos primeras pautas resultaban un tanto superfluas ya que venían a confirmar la tendencia existente en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la materia. Concretamente y por lo que se refiere al número de actos violentos, resulta una evidencia que la habitualidad requiere varios actos de violencia, pero varios son ¿dos?, ¿tres?, ¿más de tres? El legislador exige expresamente la realización de varios actos violentos, pero renuncia expresamente a indicar cuántos exactamente. La doctrina venía exigiendo que habría habitualidad cuando se computaran tres actos de violencia²³, exigencia que se establecía, en este caso, tomando como referencia la jurisprudencia que admitía la habitualidad en el delito de receptación de faltas cuando eran tres los actos de receptación realizados²⁴. No obstante, otro sector doctrinal y la posterior jurisprudencia²⁵, matizando tal criterio consideraron que no podía operar de forma automática, debiendo excluirse la aplicación del tipo siempre que los distintos hechos no respondieran a una cierta unidad de contexto y proximidad temporal²⁶. Dando el texto legal de 1999 la razón a este último sector doctrinal y jurisprudencial, al incluir²⁷ una referencia en el concepto de habitualidad a la proximidad temporal de los actos, prescindiendo incluso de si la violencia se ha ejercido o no sobre una misma víctima y

²² Dentro del ámbito de convivencia al que se refiere el precepto la violencia puede recaer sobre diferentes personas de las mencionadas en el precepto; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 125.

²³ *Ob. Cit.* V. por todos, DEL CARPIO DELGADO, J. y GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 137.

²⁴ Así lo admitía también expresamente la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, que disponía lo siguiente: “De acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial dictada fundamentalmente a propósito de la habitualidad en la receptación (STS, entre otras, de 28/02/1997; 20/05/1997 y 14/06/1997)” para poder hablarse de habitualidad en los malos tratos, el sujeto activo ha de llevar a cabo “tres o más actos”. Fiscalía General del Estado, Circular 1/1998, p. 9.

²⁵ GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos en EL Código Penal Español de 1995”, en: *Actualidad Penal*, N.º. 31, agosto/ septiembre, 1996, p. 557 y ss.

²⁶ DEL ROSAL BLASCO, B.: “La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: legislación vigente y propuesta de reforma”, VV.AA en: *Congreso: Violencia Doméstica*, Observatorio sobre la violencia doméstica, 12 y 13 de junio 2003, CGPJ, 2003, p. 337.

²⁷ Rezaba el párr. 2º del art. 153; después de la modificación sufrida por la LO 14/1999: *Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con, independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

La redacción hasta esa fecha era la siguiente : *El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.*

de que los actos de violencia hayan sido objeto de enjuiciamiento anterior²⁸. A su vez la LO 14/1999 introdujo también una serie de modificaciones en lo que al catálogo de penas se refiere (art. 57 CP), incluyendo como pena accesoria y medida de seguridad que puede imponerse al autor de la citada infracción la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares o personas que determine el Juez o Tribunal o de comunicarse con ellos²⁹. Finalmente y en lo que se refiere a las faltas, se modifican los arts. 617.2 y 620 *in fine* CP, en el que se modifica el hasta ese momento párrafo final, y se añade uno nuevo a modo de tipo cualificado en el que se incorpora la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana como alternativa a la de multa para cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, así como la previsión de la repercusión económica, y se suprime la exigencia de la denuncia, excepto para la persecución de las injurias³⁰.

En la LECr se introdujeron una serie de medidas de carácter preventivo a adoptar durante la tramitación del proceso, que persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima mediante la creación de nuevas medidas cautelares que permiten la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, de aproximarse o comunicarse (nuevo art. 544 bis de la Ley), y que pueden adoptarse entre las primeras diligencias (art. 13); asimismo se rectifica el art. 104 para permitir la persecución de oficio de los malos tratos, se elimina la residual e inconcebible referencia a la

²⁸ Problema discutido antes de la reforma del 1999 era de si podía o no excluirse la habitualidad cuando ya había existido una condena previa por alguno de los actos que sirven para construir el concepto de la habitualidad. Quien configuraba el delito del art. 153 como un supuesto agravado, por la reiteración de la falta de malos tratos tendía a excluir tal posibilidad, lo que daba lugar a situaciones paradójicas. Porque la agravación que supondría, desde esa perspectiva, el delito del art. 153 respecto de la falta de malos tratos podría ser eludida por el sujeto activo, que no tendría sino que lograr una condena por las faltas de malos tratos singulares para impedir la condena por el delito del art. 153. Por otra parte, sería absurdo tenerle que plantear a una víctima que denuncia una situación de malos tratos por tercera o cuarta vez que si ya denunció las agresiones anteriores recabe pruebas suficientes de la agresión actual y espere a ser objeto nuevamente, en dos o más ocasiones de violencias físicas para poder, entonces, denunciar a su agresor como autor de un delito del art. 153. *Ob. Cit.* DEL ROSAL BLASCO, B.: “La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: legislación vigente y propuesta de reforma”, VV.AA en: *Congreso: Violencia Doméstica*, CGPJ, 2003, págs. 337 y ss.; Muñoz Conde, defiende que la dicción del precepto permite que un acto aislado (por ej., una bofetada) pueda ser ya indicativo de una habitualidad como reflejo o síntoma de otros actos anteriores de violencia que no han llegado a materializarse corporalmente, pero que entrañan una relación de violencia estructural. Así, por ej., la STS de 7 de julio del 2000, considera probada la habitualidad con “dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado permanente”. *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14^a, 2002, págs. 125 y ss.

²⁹ (Arts. 33, 39, 48, 57, 83, 105 y 132 CP), *Ob. Cit.* SANZ MULAS, N.: “Tutela Penal”, en: VV.AA, SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a. A., MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a. (coords.): *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005, p. 143.

³⁰ MORILLAS CUEVA, L.: “Valoración de la Violencia de Género desde la perspectiva del derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o. 4, 04-09-2002, p. 10.; *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14^a, 2002, p. 127.

desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos³¹, se revisa la redacción del art. 103 para coordinarlo en su contenido con las previsiones del Código punitivo, y se introduce cobertura legal para evitar, en la medida de lo posible, la confrontación visual entre víctimas o testigos menores de edad y los procesados (art. 707, 713 LECr)³².

Por su parte, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, introdujo importantísimos cambios en la materia. En la exposición de motivos de dicha Ley se señalaba que la modificación de los delitos relacionados con la violencia doméstica tiene por finalidad que el tipo delictivo alcance todas sus manifestaciones y cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos, añadiendo que se incrementa de manera coherente y proporcionada su penalidad y que se incluyen todas las conductas que pueden afectar al bien jurídico protegido.

En primer lugar, la Ley reformó nuevamente el contenido del art. 153, pasando a integrar su antigua redacción el nuevo art. 173.2 del que es su equivalente, modificando asimismo su ubicación sistemática ya que pasa a integrarse en el Título VII del Libro II “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” en lugar de su anterior ubicación en el Título III “De las lesiones”, cambio que se ha considerado mayoritariamente positivo en cuanto solventa la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido por el delito³³. Se distinguen, por tanto, tras la reforma un delito de malos tratos habituales, el anterior art. 153 que ahora constituye el contenido del art. 173.2 y 3 y un nuevo delito de malos tratos no habituales, recogido en el art. 153³⁴, que pasó a castigar como un delito de lesiones la comisión de conductas generalmente constitutivas

³¹ Referencia legal aún persistente del adulterio y amancebamiento.

³² MORILLAS CUEVA, L.: “Violencia de Género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 22.

³³ Así lo entienden entre otros, CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica” en: VV.AA, CARBONEL MATEU, J. C. y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 261, cuando afirman que “no cabe pensar caso más claro de ataque a la integridad moral que el simple maltrato de persona a la que se está unido por una relación que escapa al control público y que, además, se entabla en el apoyo emocional y vital de la víctima”; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “Precedentes de la denominada “violencia de Género” en el Código Penal español. Apuntes Críticos”, VV.AA en: NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 36; *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L.: “Violencia de Género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, 2009, p. 25.

³⁴ Sobre este tema se incidirá posteriormente.

de falta de lesiones, de malos tratos o de amenazas leves³⁵ cuando fueran cometidas sobre alguna de las personas que menciona el delito del art. 173.2.

Queda totalmente claro que el delito tipificado en el art. 173.2³⁶ no se configura como una falta de lesiones elevada a delito por la repetición de actos, sino que lo esencial será probar un estado de agresión o constante situación agresiva, siguiendo para ello un criterio naturalístico de habitualidad, en cuya virtud ésta consistirá en la repetición de actos de idéntico contenido, sin que, no obstante sea estrictamente la pluralidad la que convierta a la falta en delito. Sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre,-la permanencia del trato violento-de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo contra la integridad moral³⁷, reproduciéndose en el apartado tres del mismo, las pautas dadas por el legislador en la reforma de 1999 para apreciar la habitualidad.

Se amplía considerablemente el círculo de posibles sujetos pasivos respecto a la anterior regulación; así se extiende a las parejas y ex parejas que mantuviesen o hubieran mantenido una relación matrimonial o análoga a la misma aún sin

³⁵ Y que se seguían manteniendo como falta cuando las conductas no tuvieran lugar en el ámbito doméstico, lo que ha sido motivo de crítica en atención a la diferencia penológica entre el nuevo delito del art. 153 y las tradicionales faltas, es decir, las lesiones que no requieran asistencia facultativa o que sean malos tratos de obra, cuando los hechos recaigan sobre las personas mencionadas en el art. 173.2 CP. Aparte de las dificultades existentes en probar la habitualidad en el maltrato, parece que la razón para elevar la falta a delito en el caso de que la conducta se produjese en el ámbito de la violencia doméstica estribó en que en aquél momento no resultaba posible aplicar las medidas cautelares del art. 544 bis de la LECr a las faltas. No obstante tras la promulgación de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica en 2003, el art. 544 ter. 1 de la LECr permitió tal aplicación. V. MAGRO SERVET, V.: "Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre)", *La Ley Penal*, Nº. 2, Febrero, 2004, págs. 5-16. Aunque para, MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004, págs.102 y ss., lo que llama la atención no es que ahora unos casos -los de violencia de género- tengan la consideración de delitos, sino que el resto sigan siendo falta.

³⁶ Aunque el tipo utilice la expresión "*El que...*" propio de los delitos comunes, nos encontramos ante un tipo especial, pues sujeto activo y pasivo del delito de malos tratos domésticos única y exclusivamente podrán serlo las personas en quienes concurren alguna de las circunstancias descritas en el precepto, en esto la doctrina española es unánime.

³⁷ Cabe cuestionarse si estamos ante un delito especial propio o impropio. La respuesta a esta cuestión va a depender de cómo se fundamente el ilícito, así los autores que vienen considerando que el delito de malos tratos habituales es un tipo agravado de la falta de maltrato consideran que es un delito especial impropio, y aquellos que vienen entendiendo que estamos ante un tipo que protege un bien jurídico diferente y autónomo como la dignidad de la persona, la integridad moral o las relaciones familiares, estiman que estamos ante un delito especial propio. La doctrina mayoritaria viene considerando que estamos ante un delito especial propio, argumentando que la relación sujeto activo-sujeto pasivo tiene carácter esencial y que de no existir ésta desaparecería la posibilidad de aplicación del tipo de malos tratos familiares pudiéndose castigar únicamente los resultados que se produjeran. En contra otros autores afirman que se trata de un delito especial impropio, manifestando que la condición del sujeto activo fundamenta una punición diferente pero dentro del mismo tipo de injusto con remisión a las faltas de malos tratos.

convivencia³⁸, con lo que el legislador está yendo más allá de las “uniones de hecho³⁹” expresando la multiplicidad de relaciones afectivas en que los sentimientos de los hombres y las mujeres pueden manifestarse, pues estas pueden producirse con o sin convivencia, sin limitaciones de edad, pueden ser notorias o desconocidas para terceros o prolongadas o no en el tiempo⁴⁰.

A los descendientes y ascendientes por naturaleza, adopción o afines, propios o del cónyuge o conviviente, se añaden los hermanos en los mismos términos. Y tras mencionar a los menores e incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento guarda de hecho del cónyuge o conviviente se incorpora, a cualquier otra persona amparada en cualquier otra relación por la que se halle integrada en el núcleo de convivencia familiar⁴¹, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guardia en centros públicos o privados⁴².

³⁸ Cuando introduce “o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, se estaba refiriendo el legislador, entre otras, a las relaciones de noviazgo, entendiendo por tal, una relación afectiva socialmente abierta y sometida a un cierto grado de relatividad en cuanto a los caracteres que la definen, porque, entre otras modalidades, puede tratarse de una persona que mantiene relaciones amorosas con fines matrimoniales, o puede aludir a una persona que mantiene una relación amorosa con otra, sin intención de casarse y sin convivir con ella. Son relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y “more uxorio”, en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vincula, y que también difieren de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja. V. Fiscalía General del Estado, Circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, p.12.

³⁹ Las relaciones “more uxorio” han sido asimiladas a las relaciones conyugales. Así en la DA. 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, reguladora de la adopción, ya se identificaba la unión “...more uxorio como la relación de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Y en idéntico sentido se pronunciaba la Sentencia de la Sala 1ª del TS, de 18 de mayo de 1992, según la cual. “... la convivencia more uxorio, ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, ...”

⁴⁰ En estas relaciones afectivas entre hombres y mujeres no unidas por vínculo matrimonial, se han producido dos modificaciones destacables (como ya se ha comentado), primero las de los años 1995 y 1999 al añadir el vocablo “estable” y segundo, la reforma del año 2003, que elimina el citado vocablo por resultar innecesario al ser una característica propia de todas esas relaciones y estar ínsitas en su contenido.

⁴¹ Con la reforma del 2003, ya no cabe la menor duda de que también podrá aplicarse el tipo del delito de malos tratos familiares a las parejas de hecho de homosexuales, en función de ésta cláusula, y dado que en las relaciones entre homosexuales también puede darse la situación de superioridad y dependencia de un miembro de la relación respecto del otro, así como sobre los sujetos dependientes.

⁴² García Álvarez, considera que tiene sentido la incorporación, de estas personas como posibles sujetos pasivos del delito, pero que con ello se traspasa ya el ámbito familiar o cuasi familiar al que se venía tradicionalmente refiriendo el precepto. *Ob. Cit.* GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “Precedentes de la denominada “violencia de Género” en el Código Penal español. Apuntes Críticos”, VV.AA en: NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, 2009, p. 38.

Se endurece asimismo el tratamiento punitivo introduciendo como penas de obligada imposición, junto a la privativa de libertad de seis meses a tres años ya recogida en el anterior artículo 153, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años. Y se incorpora como pena de imposición facultativa, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, la posibilidad de acordar la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de uno a cinco años.

Se introduce un subtipo cualificado en el segundo párrafo, con la imposición de la pena en su mitad superior, cuando concurren alguno/s de los siguientes supuestos: cuando los actos se perpetren en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 del Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. Algún autor⁴³ ha considerado que no tiene sentido el que se agrave la pena por el hecho de que la conducta se lleve a cabo en el domicilio común, ya que en principio podría entenderse como lo normal en esta figura delictiva, apreciada precisamente para otorgar una protección reforzada en casos de violencia doméstica; asimismo, que se agrave la pena si el hecho se realiza en presencia de menores cuando, éstos pueden a su vez ser sujetos pasivos debido a que la violencia ejercida sobre alguno de los otros sujetos mencionados en el precepto puede igualmente ser considerada violencia psicológica hacia estos menores, y al mismo tiempo se utilice para configurar el elemento de la habitualidad, puede incurrir en una vulneración del principio *non bis in idem*⁴⁴.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, también procedió a convertir en delito la comisión de cuatro faltas de lesiones cometidas en el plazo de un año (art. 147.1 párr. 2º CP). Siendo posible que esa reiteración de faltas de lesiones próximas en el tiempo sea lo que permita, a su vez, apreciar la habitualidad, en ese supuesto se puede plantear si apreciar el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP en concurso con las cuatro faltas de lesiones del art. 617 o con el delito de lesiones del 147.1 párr. 2º, en caso de condena por éste, constituiría una infracción del principio *non bis in idem*⁴⁵.

⁴³ Entre estos se encuentra, *Ob. Cit.* GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “Precedentes de la denominada “violencia de Género” en el Código Penal español. Apuntes Críticos”, VV.AA en: NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, 2009, p. 38.

⁴⁴ *Ob. Cit.* GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “Precedentes de la denominada...”, 2009, p.38.

⁴⁵ Como apunta, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 190. Aunque atendiendo a la voluntad del legislador, si tenemos en cuenta que dentro del art. 173.2 *in fine* y 173.3 respectivamente, se contiene una clausula concursal que declara,“(…) se

Pero uno de los aspectos más novedosos y polémicos que caracterizaron a la reforma introducida por la LO 11/2003 fue la elevación a la categoría de delito comportamientos que hasta la entrada en vigor de la misma, constituían infracciones leves⁴⁶. Así por mor del art. 153⁴⁷ CP, se convierten siempre en delito las conductas de quien por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el CP, golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o le amenazara de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos⁴⁸, siempre que el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2⁴⁹ del CP. Lo esencial en ambos supuesto era - y es -, en definitiva, la relación existente entre el sujeto activo y el pasivo y partiendo de la habitualidad o no de la conducta se introdujeron en nuestro ordenamiento dos tipos diversos de violencia doméstica, ubicados - como ya se ha dicho- en distintos Títulos del Libro II del CP, suscitando un interesante debate doctrinal en torno al bien jurídico protegido en el caso del nuevo art. 153⁵⁰ y la adecuación de la reforma introducida por la mencionada LO.

castigara por el delito sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”; (...) “y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”, se está permitiendo claramente el concurso de delitos, esto unido a que esa voluntad plasmada en la incardinación sistemática de ambas figuras delictivas deja ver que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro precepto son claramente diferentes y el contenido del injusto del delito de violencia habitual no se ve absorbido por el injusto del delito de lesiones y viceversa.

⁴⁶Algunos autores lo han denominado, delito de violencia contra las personas vinculadas al agresor; *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª, 2004, págs. 125 y ss.; V. así mismo, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, N.º 14, 2004, p. 18, donde se refieren al art. 153 CP como “nuevo delito de lesiones, amenazas leves con armas y malos tratos”.

⁴⁷ Dejando así de ser la sede legal del delito de violencia habitual en el ámbito domestico.

⁴⁸ Anteriormente reconducibles al primer apartado del art. 617 CP, lesiones que no requieran asistencia facultativa, maltrato (617.2 CP) y la amenaza leve con armas u otros instrumentos peligroso al art. 620 párr. 1º. del CP.

⁴⁹ Es decir, cónyuge, ex cónyuge, pareja, ex pareja, aún sin convivencia, descendientes, ascendientes, etc.

⁵⁰ La doctrina ha destacado que existe una incongruencia en la concreción del bien jurídico protegido en la norma, ya que concurren conductas constitutivas de falta de lesiones, que afectan a la salud, falta de maltrato, que pertenece a la protección de la integridad moral y falta de amenazas leves con armas, en donde se ampara la libertad de la persona. En cuanto a la primera conducta el producir menoscabo psíquico o físico sin llegar a causar lesión, se mantiene que al afectar a la salud no plantea problemas de ubicación con respecto al bien jurídico protegido, aunque sí de da en relación con la proporcionalidad de la pena a aplicar. En cambio con respecto a las dos últimas conductas se estima que si bien, se parte de que las faltas atentan contra la integridad moral o la libertad, finalmente se transmutan en contrarias a la salud al transformarse en un delito de lesiones. La jurisprudencia por su parte reproduce los argumentos que sólo llegaban a cualificar una falta, puesto que en esos casos, el atentado a la salud, a la integridad moral o a la libertad, era de carácter leve, pero la conexión familiar entre el sujeto activo y el pasivo justificaba que dentro de la correcta clasificación de la conducta como falta de cara a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, resultaran agravadas las penas. La doctrina al contrario que la jurisprudencia, reprocha que si bien es comprensible que la comisión en el ámbito familiar conjuntamente con la habitualidad de la conducta sea lo que fundamenta el delito del art. 173.2 CP,

Entre los primeros pronunciamientos judiciales se encuentran resoluciones que mantienen que la expresa voluntad del legislador de supraproteger la integridad física cuando los actos lesivos se cometen por personas familiarmente vinculadas con la víctima, prescindiendo de la naturaleza delictual o no del menoscabo e incluso de su habitualidad, constituye, desde ese punto de vista una respuesta inobjetable ante un fenómeno como es el de la violencia doméstica de indudable relevancia social. Se reconoce que la violencia “cosifica” a la persona lesionada, adquiriendo un plus denigrador de la dignidad personal cuando se produce en el ámbito de las relaciones de pareja, al revelar una relación de desigualdad basada en muchos casos en una posición de dominación del victimario respecto de la víctima. En ello residía la justificación de la pluspunción de las conductas de maltrato contempladas en el nuevo art. 153 CP, estimándose la acción típica como pluriofensiva, lesionando bienes jurídicos como la seguridad e integridad ante ataques cuantitativamente leves y atribuyéndose al ámbito doméstico el estatuto de bien jurídico protegido, entendido no solamente como un espacio afectivo, sino como un espacio de desarrollo de la personalidad en condiciones de igualdad y dignidad⁵¹.

resulta en cambio muy difícil aceptar, que el ámbito familiar convierta una falta contra la integridad moral o la libertad en un atentado a la salud en el nuevo delito del art. 153CP. En cambio Raquel Campos, considera que esta falta afectaba a la “incolumidad corporal” entendida como derecho de la persona a no ser vulnerada, molestada o perturbada en su propio cuerpo de forma violenta. El simple toque contra la voluntad del titular no era suficiente sino que se hacía necesario que el maltrato corporal viniera constituido por un golpe o malos tratos de obras equivalentes como empujones, zarandeos, patadas o cualquier otro medio de acometimiento físico sobre la víctima. Con lo que niega que el delito de malos tratos tenga que considerarse como un tipo agravado de la falta de maltrato. CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, *Revista penal*, N. 6, 2000, p.18.; V. Por el contrario, *Ob. Cit.* MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, 2004, p. 108, aboga por una abolición de las faltas argumentando que la limitada respuesta institucional a las mismas, con la imposibilidad de la aplicación de la prisión provisional, lleva a concluir que la subsistencia de las faltas en la violencia doméstica no está justificada. En su opinión, la LO 11/2003 podría haber optado por convertir en delitos menos graves las actuales faltas de coacción, injuria, amenaza leve o vejación con penas proporcionadas a la entidad de los hechos, terminando con el mensaje actual de violencias de baja intensidad o livianas dentro del ámbito familiar. Sin embargo, García Álvarez por ej., crítica que el legislador haya equiparado a efectos punitivos conductas de tan distinta trascendencia como son: el golpear o maltratar a otro sin causarle una lesión, por un lado, y la causación de un menoscabo psíquico o de una lesión por otro. Al igual que tampoco tiene sentido que a los dos grupos de conductas anteriores se equipare el amenazar de forma leve, aunque sea empleando armas; *Ob. Cit.* GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “Precedentes de la denominada “violencia de Género” en el Código Penal español. Apuntes Críticos”, VV.AA en: NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, 2009, p. 40.

Justa Gómez, por su parte, menciona la protección de la integridad personal en el ámbito familiar, afirmando que el bien jurídico protegido es la salud, y que con la introducción de las amenazas se castiga incluso la puesta en peligro de dicho bien jurídico. GÓMEZ NAVAJAS, J.: “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los art. 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y proceso penal*, N.º. 11, 2004, págs. 53 y ss.;

⁵¹ V. entre otras, SAP de Tarragona, de 26 de julio de 2004.

La LO 15/2003 de 25 de noviembre, modifica el CP, con afectación de más de un centenar de preceptos del mismo. Respecto a la materia que nos ocupa, la referida reforma regula por primera vez, en su art. 48, además de la prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos, ya comprendida en la regulación anterior, como penas accesorias a las que se refería el art. 57 CP, las siguientes:

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito, o aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

La prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al condenado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiera reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual⁵².

Se introduce la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda acordar el cumplimiento de estas medidas a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan⁵³.

Conforme a la nueva regulación del artículo 57, la duración de las medidas anteriormente señaladas no excederá de diez años si el delito fuese grave, o de cinco si fuere menos grave (con anterioridad la fijación del plazo de duración se dejaba en manos del Juez o Tribunal sentenciador en función de las circunstancias concurrentes, sin que pudiera exceder de cinco años), estableciéndose expresamente que, en todo caso, si además existiese condena a privación de libertad, la duración de tales medidas

⁵² Obsérvese que éste artículo establece la suspensión automática del régimen de visitas respecto de los hijos, sólo para el caso de pena de prohibición de aproximación a la víctima, familiares o personas determinadas. No para las otras dos modalidades consistentes en la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, o prohibición de comunicación con la víctima u otras personas.

⁵³ La norma no establece criterios sobre si debe ser el condenado o la víctima quien deba soportar el medio técnico; de manera que es posible el uso de mecanismos electrónicos de libertad controlada sobre el penado (homelink) que detectan el quebrantamiento de la prohibición de aproximación; o bien la puesta a disposición de las víctimas de medios técnicos como telealarmas, móviles, pulseras o brazaletes con el sistema GPS de seguimiento vía satélite que activa la alarma en el centro policial al que está conectado. *Guía práctica contra la violencia doméstica y de género*, Observatorio contra la violencia doméstica y de género, CGPJ, 2010, p. 47.

ha de ser superior entre uno y diez años al de la duración de la prisión impuesta en sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave, cumpliéndose ambas penas de forma simultánea.

Cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173 habrá de imponerse en todo caso, como pena accesoria, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de poder imponer también cualquier otra de las penas accesorias a las que se refiere el precepto.

Finalmente, se añade al art. 147 el apartado segundo, pasando a castigarse los hechos descritos en el apartado precedente con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sean de menor gravedad atendiendo al medio o resultado producido.

Y con ello llegamos a la que hasta el momento es la última reforma en ésta materia, la introducida en el Código por la LO 1/2004, Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modifica el CP. Sintéticamente, repercute en las siguientes cuestiones:

En materia de suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad cuando ésta ha sido impuesta por delitos relacionados con violencia de género, art. 33 a 35 de la LOVG y arts. 83 y 88 del CP⁵⁴.

⁵⁴ Art. 83, párr. 2º CP, “Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado”. Establece el cumplimiento de la pena de alejamiento, y de los programas de formación cultural, sexual y similar, como presupuesto necesario para conceder la suspensión. Art. 84, aptdo. 3 CP “En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del aptdo. 1 del art. 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”. El quebrantamiento de la pena de alejamiento, o el incumplimiento de los programas de formación, determinan lógicamente la revocación de la suspensión de la pena de prisión. Art. 88, aptdo. 1, párr. 3º, CP, “En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión solo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª del aptdo. 1 del art. 83 de este Código” Por este precepto se limita la sustitución de la pena de prisión suspendida a la de trabajos en beneficio de la comunidad, excluyéndose la más habitual de multa. Pareciera que en determinados casos, en vez de suponer un castigo superior para el maltratador, éste va a resultar comparativamente beneficiado respecto del delincuente común. Aunque por otro lado, parece que también se ha tenido en cuenta por el legislador la posible repercusión económica que la pena impuesta, -si esta fuese de multa- pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.

Asimismo, hay que mencionar la urgente necesidad de que el Estado, que detenta las competencias penitenciarias en la mayoría de las regiones autonómicas, haga posible el efectivo

En sede de lesiones, introduce en el art. 148 como factor agravatorio de la pena prevista para las lesiones del art. 147.1 en atención al resultado causado o riesgo producido, el que “la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer, que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia y el que “la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

En sede de malos tratos, se modifica nuevamente el art. 153, que, por un lado ve reducida la conducta típica respecto a cómo estaba redactado en la LO 11/2003, ya que desaparece la referencia a las amenazas leves con armas, que pasan a reubicarse en sede de los delitos contra la libertad. Y por otro, otorga dos tratamientos punitivos diferenciados en atención a que el sujeto pasivo sea o haya sido “esposa o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor⁵⁵”, párrafo de nueva incorporación para el que se prevé una pena de seis meses a un año de prisión, (art. 153.1 CP); si la víctima fuese cualquier otra de las personas mencionadas en el art. 173.2 las penas previstas permanecen igual que en la redacción anterior del precepto. Se mantienen las agravaciones que antes se contenían en el párrafo segundo de éste

establecimiento de programas de trabajos en beneficio de la comunidad, hasta ahora inexistentes en gran parte de España, puesto que se constituye en la única alternativa legal a la prisión en estos supuestos de violencia familiar.

⁵⁵ Fruto del debate parlamentario, se aprobó en el Congreso de Diputados añadir a los preceptos 38 y 39 de la LOVG: “Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Desde un punto de vista dogmático, para Montserrat Comas -al igual que apuntaba Montalbán Huertas-, hubiera sido más adecuado proseguir con la línea iniciada en la Ley 11/2003, que trasladó a delito las faltas de amenaza cuando se exhibe un arma o instrumento peligroso y las agresiones aún sin lesión (art. 153 CP). Considerando que las faltas penales contra las personas del Libro III del CP (arts. 617 al 622) son un anacronismo, inexistentes en los Códigos Penales europeos. Dado que se trata de proteger el bien jurídico de la libertad, es decir, el derecho a no ser amenazado ni coaccionado, y el derecho a la integridad física, estas conductas deberían ser delito cualquiera que fuera el sujeto pasivo, introduciendo penas proporcionadas al grado de antijuricidad de la acción o de su gravedad: pena de multa, localización permanente, trabajos al servicio de la comunidad, privativas de libertad. COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: “La aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Ensayos, Circunstancia. Revista de Ciencias sociales*, Fundación José Ortega y Gasset- Gregorio Marañón, Año V - Nº. 12, enero 2007, p. 21; COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M.: “La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 50 y ss. Cuando la conducta se despliega sobre “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” se suscita una cuestión interpretativa: ¿cabe sólo incluir en el art. 153.1 la agresión cometida por varón sobre persona desvalida -varón o mujer- o el sujeto activo puede serlo también una mujer? Sobre esta materia puede verse el trabajo de ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004 de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista Sepin Penal*, Nº. 18, noviembre- diciembre 2005, págs. 1-18, en la que se defiende por el citado Fiscal la extensión a la mujer del carácter de sujeto activo.

artículo, aunque en un apartado independiente. Se añade, así mismo, un apartado cuarto dentro del cual se permite al Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, y en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, imponer la pena inferior en grado en los tres apartados antecedentes⁵⁶.

Respecto a las amenazas, se le añaden al art. 171 del CP dos apartados, 4 y 5; en el primero de ellos se eleva a la categoría de delito la amenaza leve si el amenazado es esposa o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. En el segundo, se elevan a la categoría de delito las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos si el amenazado es cualquier otra persona de las mencionadas en el art. 173.2 distinta de las contempladas en el punto 4, (es decir, distinta a esposa o mujer que este o haya estado ligada al sujeto por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor), por lo que no se prevé este supuesto agravado para estas personas. A efectos prácticos podría incluirse (la amenaza leve con armas u otros instrumentos peligroso) dentro del concepto amplio de amenaza leve⁵⁷, aunque esto no obsta a que la técnica legislativa debía haber sido más depurada.

En términos paralelos aunque no coincidentes, -no se contempla como factor agravatorio el que el delito se haya cometido empleado armas-, a las modificaciones sufridas por el art. 153, se prevé la posibilidad de que las penas sean aplicadas en su mitad superior si el delito se comete en presencia de menores o en el domicilio común o de la víctima, así como si se realizan quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 o una medida de cautelar o de seguridad de la misma naturaleza; y al mismo tiempo, en el último apartado del precepto se le ofrece al Juez o tribunal la posibilidad de imponer la pena inferior en grado, en atención a las circunstancias personales del autor y concurrentes en la realización del hecho (cfr. arts. 38 LOVG y 171 CP).

En cuanto a las coacciones, se le añade un apartado segundo al art. 172 en virtud del cual se eleva a la categoría de delito la coacción leve si el sujeto pasivo es o

⁵⁶ Con lo que las penas pueden ser inferiores a las que podían ser impuestas tras la Ley Orgánica 11 / 2003, en virtud de este apartado. Si bien es cierto que en el apartado 1 del nuevo artículo 153 existe un aumento de pena de prisión (de los tres meses y un año, de la anterior dicción, a los seis meses y un año de la actual), la pena alternativa a la de prisión (pena de prisión que es, por tanto, potestativa) no ha sido modificada, de suerte que, en la práctica podría no haber cambiado nada en lo que a penalidad se refiere en función de la opción que tome el Juez o Tribunal (prisión o trabajos en beneficio de la comunidad).

⁵⁷ La regulación anterior preveía en el art. 620 las mismas penas para los dos tipos de amenazas (con armas del 620.1 y sin armas del 620.2).

ha sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor⁵⁸. Se reproducen las agravaciones previstas en el art. 171.5⁵⁹, párrafo segundo, en sus mismos términos, y se añade la posibilidad de rebajar la pena en un grado en los mismos casos mencionados en los arts. 153.4 y 171.6 CP (cfr. arts. 39 LOVG y 172 CP).

Se modifica el delito de quebrantamiento de condena⁶⁰ introduciéndose un apartado nuevo que prevé una pena de prisión de seis meses a un año para los que

⁵⁸ Por consiguiente si es cualquier otra persona del art. 173.2 sigue siendo una falta del art. 620.1.2 CP.

⁵⁹ Cuando el delito se cometa en presencia de menores o tenga lugar en el domicilio común o de la víctima, o se realice quebrantando una penas de las contempladas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

⁶⁰ La redacción del precepto en su párrafo primero retoma la redacción anterior a la reforma de 15/2003. En el párrafo segundo se establece una pena más grave que la anterior (no tanto por el incremento cuantitativo de la sanción, que es más simbólico, sino por la supresión de una sanción alternativa). La imposición de esa sanción deja de ser potestativa para el juez, como se había establecido en la reforma introducida por la LO 15/2003 (“... en cuyo caso se podrá imponer...”), porque desaparece la mención a los trabajos en beneficio de la comunidad como sanción alternativa y pasa a ser obligatoria (“se impondrá”). Curiosamente la pena es más leve - no significativamente- que la recogida en la regulación anterior para esos mismos supuestos de violencia de doméstica. *Ob. Cit.* IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos Penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en: VV.AA, MUERZA ESPARZA, J (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídicos Penales, Procesales y Laborales*, 2005, p. 44.; Señalar que este delito no se contempla expresamente dentro del ámbito de competencias de los JVM establecido en el art. 87 ter de la LOPJ. El hecho, por ejemplo, de que no pueda imponerse el alejamiento -ni como pena, ni como medida cautelar- como consecuencia de la comisión del delito de quebrantamiento corrobora que en su sede no se protegen bienes jurídicos individuales de los que sea titular una víctima en particular, sino que el bien jurídico protegido - y tradicionalmente considerado - es la Administración de justicia, en función de su ubicación sistemática. En este sentido se ha venido señalando que viene constituido por el principio de autoridad. Por otro lado, las Conclusiones adoptadas en el I Seminario de Magistrados de las Secciones Penales Especializadas en Violencia sobre la mujer de las Audiencias Provinciales y la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, “relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género”, han señalado que los JVG solo conocerán del referido delito en los casos en que se haya cometido junto con otro delito que sí se encuentre comprendido en el ámbito del art. 87 ter de la LOPJ. Esta atribución competencias opera por aplicación de la norma de conexidad del art. 17 bis de la LECr, introducido por el art. 60 de la LO 1/2004, que establece “la competencia de los JVM se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del art. 17 de la presente Ley”, es decir , cuando se comete un delito como medio para cometer otro o facilitar su ejecución , o cuando se comete el delito para procurar la impunidad del cometido anteriormente (en el mismo sentido, Auto de la AP de Granada, Sec. 2ª, de 9 de diciembre de 2005). No obstante, con el transcurso del tiempo, y en pro de la especialización, se advirtió la necesidad de que este tipo delictivo, cuando la medida o pena incumplida fue impuesta como consecuencia de actos de violencia sobre la mujer y para proteger a esta, fuera competencia de los Juzgados especializados. En la práctica, tal postura se ha materializado en el hecho de que, en virtud de normas de reparto internas, algunos JVM conozcan de todos los quebrantamientos de medida cautelar o penas impuestas como consecuencia de actos de violencia de género, según se recoge en la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, “sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer”. Se plantean, además especiales problemas concursales, en cuanto a la aplicación de los subtipos agravados referidos a los tipos delictivos contenidos en los arts. 153, 171.4 y 5 y 172.2 del CP, cuando las conductas en ellos tipificadas se cometan quebrantando una pena del art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. En tales casos se prevé que el hecho se castigue con las penas referidas

quebranten una pena de las contempladas en el art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el 173.2 CP (cfr. arts. 40 LOVG y 468 del CP). Adviértase que se incluyen todos los supuestos de violencia doméstica, así como otros casos que por decisión del legislador, se asimilan a aquélla: se dejan pues a un lado, las cuestiones relativas al sexo de los sujetos activos y pasivos.

En sede de vejaciones leves, se modifica el art. 620 introduciendo tanto al final de su primer como de su segundo apartado, la salvedad de que los hechos constitutivos de falta puedan, por previsión en otro lugar del CP ser constitutivos de delito (cfr. arts. 41 LOVG y 620 CP).

Respecto a la ley pueden formularse algunas consideraciones críticas en lo concerniente al tratamiento penal ofrecido en algunos preceptos, a modo de apunte:

No tiene mucho sentido que se agraven las penas del delito básico de lesiones, del art. 148, sufrido por una mujer que tiene o ha tenido una relación especial con el agresor y no se agrave la misma conducta cuando el resultado lesivo es aun más grave, arts. 149 (perdida o inutilidad de un órgano o miembro principal) y 150 del CP (perdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal)⁶¹.

En segundo lugar, la agravación (por razón del sujeto pasivo) que se prevé para el delito básico de lesiones es facultativa ya que el precepto se expresa en los siguientes términos: *podrán ser castigadas...*, en cambio la prevista para las lesiones leves y malos tratos (art. 153 CP) es preceptiva.

en los tipos básicos en su mitad superior y ello porque la comisión del subtipo agravado constituye también la acción típica contemplada en el art. 468.2 del CP. Deben considerarse, como señala la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, los subtipos agravados preceptos especiales y por tanto de aplicación preferente respecto a los generales (art. 8.1 CP) para no conculcar el principio de *non bis in idem*. Aunque el problema aún se acentúa más cuando, además de esta agravante específica, concurre alguna otra de las establecidas en los arts. 153, 171 y 172 del CP. En este caso, la solución mayoritariamente aplicada es la de entender que nos hallamos ante un concurso de normas entre el supuesto agravado y el delito de quebrantamiento, a resolver por el principio de absorción (art. 8.3 del CP). Aunque también puede considerarse la concurrencia de un delito de quebrantamiento y de un delito de la modalidad agravada por alguna de las otras circunstancias establecidas (en el domicilio común o en presencia de menores o utilizando armas), encontrándose en ese caso los delitos en una relación de medio a fin que por aplicación del art. 77 CP, se castigaría la infracción más grave en su grado máximo, es decir, una pena semejante o igual a la que resulta de aplicar la solución anterior.

⁶¹ *Ob. Cit.* GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “Precedentes de la denominada “violencia de Género” en el Código Penal español. Apuntes Críticos”, VV.AA en: NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, 2009, p. 42; *Ob. Cit.* IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos Penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en: VV.AA, MUERZA ESPARZA, J (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídicos Penales, Procesales y Laborales*, 2005, p. 34; CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, en: VV.AA, BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.): *La nueva ley contra la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2005, p.268.

El art. 171.5 recoge la conducta de amenaza leve con armas para los sujetos explicitados en el 173.2 pero exceptuando los contemplados en el apartado anterior⁶². No prevé el supuesto agravado (amenazas leves pero con armas u otros instrumentos peligrosos) para estas personas frente a las que paradójicamente sólo cabrá aplicar en su caso la pena prevista para la falta de amenaza leve con armas del art. 620.1 CP⁶³, de manera que si la amenaza leve con armas la lleva a cabo un hermano sobre otro podría ser constitutiva del delito del art. 171.5, pero si la ejecuta el marido sobre la esposa únicamente se podrá hablar de una falta del art. 620.2 del CP. Si la amenaza se califica de grave, debe entrar en juego el delito del art. 169.2º con la concurrencia, según los casos, de la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP).

⁶² Esto es, a quien haya sido su esposa, o mujer que este o haya estado ligada a el que amenaza por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia o personas especialmente vulnerables que con él convivan.

⁶³ V. *Ob. Cit.* IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos Penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en: VV.AA, MURZA ESPARZA, J (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídicos Penales, Procesales y Laborales*, 2005, p. 42.

3. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL

Como se ha adelantado, antes de la aprobación de la LOVG se intentaba castigar y prevenir la violencia de género mediante los delitos y faltas que combatían con carácter general, cualquier tipo de violencia. Tan sólo el delito de violencia doméstica habitual, abandonando aquella orientación generalista, presentaba un perfil próximo al que posteriormente sería propio de las medidas penales introducidas por la mencionada LO, por lo que su análisis nos ocupara las próximas páginas.

Así, aunque no se hacía referencia expresa a la violencia de género, confundida a veces con la denominada violencia familiar, como prevé, el castigo del ejercicio habitual de violencia sobre determinados miembros de la familia, el delito de violencia doméstica nace como consecuencia de la paulatina percepción ciudadana de la gravedad del maltrato perpetrado sobre las mujeres por parte de los hombres. Para ello como apunta Lorenzo Copello⁶⁴, desde que la violencia contra las mujeres saliera del ámbito privado⁶⁵ para convertirse en un asunto de interés público ampliamente difundido por

⁶⁴ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la ley integral: valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 7, 07-08 -2005, p.2

⁶⁵ No sin una gran resistencia social como apunta, FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, La Ley N.º 17, Enero 2006, p. 81. Que se refiere asimismo a esa resistencia social, como un elemento común a todos los países considerados “avanzados”.

Afirmaciones que encuentran apoyo en los datos reflejados en las encuestas de opinión sobre la violencia de género. Datos recogidos en el, *IV Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*. Informe Ejecutivo. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, Secretaría de Estado de Igualdad. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, a 25 de noviembre de 2011, págs.11 y ss. La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género realizó en junio del año 2009 una encuesta de opinión sobre la violencia de género, a través de Internet y la repitió en junio de 2010 con un cuestionario básicamente igual que el utilizado en la encuesta del año anterior. El análisis de sus principales resultados, comparando estos con los obtenidos en 2009, ha sido realizado en colaboración con el sociólogo Fernando González Hermosilla. El total de encuestas realizadas han sido 3.000, correspondiendo 1.000 al año 2009 y 2.000 al año 2010. Las conclusiones más significativas sobre la configuración del estado de opinión acerca de la violencia de género pueden agruparse en dos grandes bloques:

1.- Configuración del estado de opinión acerca de la violencia de género:

-A pesar de que se ha generalizado el rechazo de la violencia de género, como algo inaceptable por principio (91,4%), sin embargo la opinión mayoritaria es que su realidad no se reduce a unos casos aislados, sino que más bien se trata de un fenómeno bastante extendido en España (87%), que no tiene visos de reducirse de momento.

-Aún cuando exista esa percepción mayoritaria de que es una realidad bastante extendida, sólo una pequeña minoría (10%) dice tener conocimiento de ella a través de su experiencia cotidiana: mujeres cercanas, ámbito laboral y experiencia propia. Lo cual apunta en el sentido de que la violencia de género sigue encubriéndose cotidianamente en el ámbito de lo privado.

-Aún cuando una minoría significativa (35,8%) cree que la violencia de género es un problema compartido ya entre ambos sexos, la mayoría (62,7%) lo sigue viendo como algo que preocupa sobre todo a las mujeres. Una opinión que gana peso entre ellas.

2.- Principales razones por las que se cree que muchas mujeres no denuncian:

los medios de comunicación, el legislador enfocó el problema como un caso de maltrato familiar, expresando con toda claridad en la exposición de motivos del primer delito de violencia habitual aprobado en 1989, en la que se recogía aquella figura delictiva como forma de *proteger a los miembros más débiles del grupo familiar*⁶⁶.

Baste aquí con señalar, que la LOVG, supone una regulación integral de la violencia contra la mujer en un determinado ámbito, como es el de la relación familiar, domestica, de convivencia (actual o no) y/o de dependencia. En definitiva, a pesar de denominarse de manera genérica “violencia de género”, la ley se circunscribe al ámbito de la violencia familiar, centrándose, eso sí, en la protección específica de la mujer como sujeto pasivo de la misma⁶⁷.

-Una notable mayoría (79,6%) opina que las principales razones de que muchas mujeres no denuncien son el miedo y la vergüenza, que lleva a ocultar la agresión al entorno más cercano.

-Aún cuando se da prioridad, cada vez más, a las medidas que tienen que ver con la urgencia de la salida de la situación de malos tratos (apoyo psicológico, jurídico y alojamiento protegido), sobre las que pueden garantizar la sostenibilidad de esa salida (ayuda económica y facilidades laborales), la necesidad de un apoyo integral a las víctimas resulta una conclusión respaldada por las respuestas mayoritarias de nuestros/as informantes.

-Aún cuando aparecen diferencias significativas entre los sexos en cuanto a los mecanismos más eficaces para luchar contra la violencia de género, puesto que ellos enfatizan más el papel de la educación (62,6% vs. 47,4%) y ellas la importancia del endurecimiento de las penas (28,9% vs. 17%), sin embargo, en ambos casos se destaca mayoritariamente lo relativo a la socialización: educación y concienciación social.

-Aún cuando una mayoría significativa (60,85) exculpa a las víctimas de la violencia de género de su situación, casi la mitad de los varones (45,3%) y un 28,6% de las mujeres las consideran culpables del maltrato que sufren por seguir conviviendo con su agresor.

-Aún cuando se produce una importante coincidencia mayoritaria entre hombres y mujeres en el sentido de gran parte de las respuestas, sin embargo el análisis conjunto de las mismas deja claro que los varones se manifiestan bastante más condescendientes con respecto al problema.

⁶⁶ Entre los cuales se incluía, además del cónyuge o persona a la que estuviera unido por análoga relación de afectividad, los hijos sujetos a patria potestad o pupilos, menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho del agresor.

⁶⁷ Respecto a esta restricción de la regulación legal, v. *Ob. Cit.* LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la ley integral: valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 7, 07-08 -2005, págs. 3 y 6. En el mismo sentido, RAMÓN RIVAS, E.: *Violencia de Género y violencia domestica*, Colección los delitos, N. 78, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.48. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 9, 09-12 -2007, p. 18, quien aunque defiende la constitucionalidad de la Ley reconoce que ciertamente el concepto, de violencia de género en que la ley piensa, traducido en las reformas penales que incorpora, se halla excesivamente circunscrito a las relaciones familiares o de pareja, y se aleja de concepciones más extensas contempladas en instrumentos internacionales. Aunque dicha constatación, lejos de constituir un argumento contra las reformas penales introducidas en la ley quizá debiera tornarse en demanda de un mayor nivel de responsabilización en otros ámbitos de la criminalidad en que ahora no se tiene en cuenta la perspectiva de género, como supuestos de privación de libertad, atentados contra la libertad sexual o delitos contra la vida, por poner algunos ejemplos. Y de modo muy similar, *Ob. Cit.* MAQUEDA ABREU, M^a. L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02-2006, p. 11, al afirmar que, *la violencia de género se presenta enmascarada bajo un referencia más amplia que la acaba asimilando a la violencia doméstica*.

El art.1 de la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)⁶⁸, define la violencia de género como “todo acto violento basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción, la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o la privada”.

Sobre la base de esta definición, se entiende que la violencia de género debe implicar cualquier acto sufrido por una mujer en razón de su sexo, que tenga o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico, y que abarca toda la gama de delitos contra las personas (vida, integridad física y/o psíquica, integridad moral, libertad, libertad sexual, intimidad, honor, etc.). Resulta obvio que este tipo de violencia se produce en el ámbito familiar con una elevada frecuencia, pero también, en el entorno laboral, escolar o cualquier otro ámbito social⁶⁹.

De hecho, la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre , afirma que la violencia de género *se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”, entendiéndose que el síndrome de la mujer maltratada consiste en, *“las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestada en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral.*

Sin embargo, y a pesar de reconocer que la *violencia de género* se extiende a los tres ámbitos citados (familiar, laboral y social), el art. 1.1 de la Ley proclama de forma categórica que: *La presente Ley tiene como objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes están o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.*

⁶⁸ Resolución de la Asamblea General 48/164, de 20 de diciembre de 1993. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27; ratificada por nuestro país en 1983, (BOE de 21 de marzo de 1984).

⁶⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº. 12, 2010, p. 105.

Consecuentemente, sobre la base de todo lo expuesto hasta ahora, a pesar de su denominación genérica (Ley Integral de Medidas de Protección contra la violencia de Género) e, incluso, a pesar de lo manifestado en la Exposición de Motivos de la LO quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma los comportamientos violentos contra las mujeres que se realicen en el ámbito laboral y/o social; y en todo caso, los que no pertenezcan al entorno familiar o doméstico. En definitiva, se produce una confusión conceptual entre la violencia de género y la violencia doméstica. Como puede verse, no basta una definición legal para superar una concepción fuertemente arraigada en la práctica judicial y en la doctrina especializada⁷⁰. Sobre todo si se tiene en cuenta que, desde el punto de vista penal, los principales instrumentos para hacer frente a la violencia contra las mujeres siguen ligados al modelo de violencia doméstica que consagran los arts. 153 y 173.2 del CP, al igual que la normativa sobre órdenes de protección. Por eso, no es de extrañar que la jurisprudencia siga anclada en la “paz familiar⁷¹” como objeto de tutela, ignorando en buena medida las connotaciones de

⁷⁰ Como acertadamente afirma Maqueda Abreu, si el problema que se afirma preocupante, con ayuda de cifras y de una alarma social creciente, más o menos inducida, es la violencia contra la mujer, ¿por qué esos reiterados intentos de disimularla en el contexto neutro –y disperso– de las relaciones familiares o aún asimiladas? Cuestiones bien distintas son esas otras que nos pueden llevar a valorar –críticamente– a esta ley: en particular, si puede proponerse como una ley de género, cuando abandona la atención a otras mujeres del entorno doméstico y social e incluye a seres vulnerables “asexuados”, o también, si ha cumplido de modo adecuado con su objetivo de proteger a las mujeres, siendo así que reserva su capacidad disuasoria penal casi exclusivamente para los actos leves de maltrato físico y psíquico o contra la libertad en el ámbito de las relaciones afectivo-sexuales y prima una intervención punitiva – de oficio– y sin participación de la mujer a la hora de proponer soluciones a los conflictos de la violencia en la pareja. Seguramente se han confundido unas y otra valoraciones. En mi opinión, no es la perspectiva de género –tan polémica– la que hace criticable la ley sino, precisamente, la ausencia de la misma. O mejor, quizás, la ausencia de una perspectiva de género asumible. MAQUEDA ABREU, M^a. L.: “1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, *REDUR* 7, diciembre 2009, p. 30.

⁷¹ En esta sentencia de la AP de Alicante (Sección 1^a). Sentencia núm. 514/2008 de 1 septiembre de 2008, al igual que en otras muchas, intenta combinar a manera de resumen, el bien paz familiar, parece que con preferencia, con el derecho señalado a no ser sometido nadie a trato inhumano o degradante. En cualquier caso, es de destacar la inclinación jurisprudencial por el bien jurídico paz familiar y la consecuente propuesta de agrupación de estas conductas dentro de “los delitos contra las relaciones familiares”: “El delito de maltrato familiar del art. 153, trasladado al art. 173.2 por la reforma de la LO 11/2003, es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal. El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15 - y en el derecho a la seguridad -art. 17 -, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39. Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar. Lo relevante es constatar si en el factum se describe una conducta atribuida al recurrente que atente contra la paz familiar y se demuestre en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y

género que explican la violencia padecida por las mujeres a manos de sus parejas. Una incompreensión con importantes repercusiones prácticas que acaban por restar eficacia a la función preventiva que debería cumplir, sobre todo, el delito de violencia habitual del art. 173.2 del CP⁷².

En cualquier caso, a pesar de ser el ámbito doméstico o de relaciones familiares el ámbito esencial de los comportamientos regulados en la Ley, no se recoge referencia alguna al tipo delictivo que tradicionalmente condenaba el ejercicio, sistemático, de ésta clase de violencia y por tratarse de una figura indudablemente próxima a la violencia de género, y sobre todo, por la necesidad de delimitar conceptos cuyas relaciones y respectivos ámbitos suscitan muchas dudas, será su estudio el que centrará desde este momento nuestra atención.

4. TIPO DE INJUSTO

Título VII del Libro II trata “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, esta denominación legislativa, nos ofrece una pista sobre qué objeto de protección⁷³ subyace en los comportamientos recogidos bajo esta rúbrica. En la regulación contenida en el Título VII podemos distinguir entre tortura en sentido estricto⁷⁴ y los atentados genéricos contra la integridad moral llevados a cabo por particulares, que como ya se ha puesto de manifiesto, tras la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el art. 173 contiene un apartado segundo, como delito

temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de la habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen las dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal. Esta norma penal, ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno”.

⁷² LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político criminal”, en: VV.AA, ECHANO BALDASUA, J. I. (dir.): *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Cuadernos penales, José María Lidón, Nº. 2, Universidad Deusto, Bilbao, 2005, págs. 96.

⁷³ Existe cierto nivel de consenso en la doctrina penal española al considerar que la integridad moral es el bien jurídico protegido por los delitos tipificados en esta rúbrica, V. entre otros, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 167; RODRÍGUEZ MESA, Mª. J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, 2000, p. 174; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Colección los delitos, Nº. 20, 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 23; Sin embargo, BARQUIN SANZ, J.: *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Editorial de derecho reunidas, Madrid, 1992, págs. 230 y ss. considera que el bien jurídico protegido en el delito de tortura es la dignidad, “dado que la multiplicidad de facetas del concepto de dignidad es a nuestro modo de ver, lo que lo hace idóneo para sintetizar en una sola idea un bien jurídico tan difícil de aprehender como el del tipo básico de tortura y tratos inhumanos o degradantes”, de tal modo que “... en el tipo básico de tortura y malos tratos, la dignidad ocupa ese lugar preeminente y se debe desinar, por tanto como bien jurídico protegido”.

⁷⁴ Art. 174 CP tipo básico y art. 175 tipo atenuado.

contra la integridad moral, el ejercicio de violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar o asimilado. Por último, en el art. 176 se consagra una modalidad omisiva y en el art. 177 una cláusula concursal.

A la hora de enfrentarnos al bien jurídico protegido, debemos partir de la distinción entre el concepto de tortura⁷⁵ y el concepto de atentado grave contra la integridad moral que puede ser cometido, en atención al tenor literal de los arts. 175 y 173 CP, tanto por un funcionario público como por un particular⁷⁶.

Ya desde las primeras Sentencias que se pronuncian sobre la cuestión⁷⁷, se desprende que trato degradante es aquél que crea en la víctima sentimientos de terror, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, de envilecerla y de quebrantar su resistencia física o moral. Según el Alto Tribunal fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de enero de 1979, la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante⁷⁸. Poniendo de manifiesto que el trato degradante no tiene por qué ser inexcusablemente constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un “plus” de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos trascendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El primero implica quizás una conducta desde la habitualidad, conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación. La tortura presume por el contrario una conducta más intensa, que en la legislación española por lo común supone la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castigue, como excepción más atenuada, el interrogatorio con intimidación o violencia física.

En la actualidad, los malos tratos ya no son una modalidad atenuada de la tortura -postura que era defendida tradicionalmente por la doctrina-, sino conceptos diferentes, puesto que la primera de ellas, tal y como indicó la Asamblea General de la ONU el 9

⁷⁵ Cometido por funcionario público. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 180-181.

⁷⁶ *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª, 2009, p. 167.

⁷⁷ STS de 29 de septiembre de 1998 y STC de 22 de mayo de 1986, entre otras.

⁷⁸ Entendido por el TEDH como “noción graduada” de una misma escala, con la tortura, admitiendo en ambos casos su calificación tanto por los fines (vejatorios) cuanto por los medios empleados. CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 211.

de diciembre de 1975, no tiene que comportar necesariamente las notas de vejación y humillación propias del maltrato. A su vez los conceptos de tratos inhumanos o degradantes también son diferentes: hay trato inhumano⁷⁹ cuando se inflige un sufrimiento de elevada intensidad y trato degradante cuando se trata al sujeto por debajo de su condición de persona⁸⁰.

A. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173. 2 CP

La importancia del bien jurídico viene dada por las funciones que cumple dentro de la teoría jurídica del delito y por la vigencia del llamado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁸¹.

Como ya se ha puesto de manifiesto, desde su primera regulación, no es el bien jurídico protegido por este precepto cuestión pacífica en la doctrina⁸², polémica derivada principalmente de su situación primigenia dentro del Título dedicado a las

⁷⁹ El TEDH en sentencia de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda vs. Reino Unido) ya incluía, dentro del concepto de trato inhumano, aquellas conductas que producen sufrimiento físico y moral de menos gravedad que las torturas propiamente dicha y dentro del concepto de trato degradante aquellas otras que creen un sentimiento de terror en el sujeto que las sufre.

⁸⁰ *Ob. Cit.* RODRÍGUEZ MESA, M^a. J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, 2000, págs. 28 y ss.; *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16^a, 2009, págs.181 y ss. *Ob. Cit.* CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTOS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 210, estima que trato degradante “puede entenderse cualquier atentado a la dignidad de la persona y especialmente su utilización como medio”. La STC 120/1990 de 27 de julio afirma que el art. 15 garantiza el derecho a la integridad física y moral, “mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también en toda clase de intervención de esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”, por lo que la integridad moral puede ser identificada con la inviolabilidad de la libertad.

Respecto al trato degradante, STS de 8 de mayo de 2002, “En este sentido conviene recordar que el trato degradante supone una intervención aprehensible y no consentida sobre una persona, aun cuando no se trate de una agresión material o física, que objetivamente niegue al sujeto su propia condición de persona, convirtiéndole (tratándole como) en un simple objeto, violando, de este modo, la dignidad que es inherente a su condición de ser humano. Y cuando una conducta de esta naturaleza se lleva a cabo, sobre una persona vulnerable (bien por sus condiciones físicas o psíquicas o por la situación en que se halla respecto del agresor), es decir, cuando se le cosifica y el titular del bien jurídico (la integridad moral que equivale a la dignidad humana) queda sometido a la voluntad de un tercero, el atentado contra el bien jurídico es grave, pues nada hay más grave, (salvo privarle de la vida) que tratar a una persona como una cosa”.

⁸¹ Luzón Peña considera que los bienes jurídicos son las “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad)”, LUZÓN PEÑA, M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Universitas, Madrid, 1996, p. 327.

⁸² Castelló Nicás se expresa en los siguientes términos, “las posiciones doctrinales sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos no convergen en una única dirección ni se pueden sistematizar parcialmente, por la complejidad y los intereses que confluyen, aunque muchas de ellas coinciden parcialmente y presentan un fondo común, a pesar de su apariencia externa diferenciada”. CASTELLÓ NICÁS, N.: “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido” en: VV.AA, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., MORILLAS CUEVAS, L. (coords.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 53.

lesiones⁸³, manteniéndose, no obstante, por un sector doctrinal que el bien jurídico que se protegía era la integridad moral⁸⁴ a pesar de su ubicación sistemática en sede de lesiones. En consecuencia se consideraba que el bien jurídico protegido, al igual que en el resto de los tipos de lesiones, no era otro que la integridad corporal o la salud física o mental, aunque también se hacía referencia al bienestar personal, la incolumidad o indemnidad personal, la seguridad, la dignidad, la paz familiar o incluso una pluralidad de los anteriores⁸⁵. Esta variedad de posturas puede obedecer en parte a un desenfoque

⁸³ Sobre la polémica en relación a la concreción del bien jurídico protegido en el anterior art. 153 CP, *Ob. Cit.* DEL CARPIO DELGADO, J. y GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Colección: Los delitos, Nº. 25, págs. 20 y ss.; *Ob. Cit.* NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº. 12, 2010, págs. 97 y ss., entre otros

⁸⁴ V. por todos, MORILLAS CUEVA, L.: Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 669-672. Afirmación que se ha visto amparada por la modificación legislativa llevada a cabo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

⁸⁵ V. Por ej. *Ob. Cit.* CASTELLÓ NICÁS, N.: “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido” en: VV.AA, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., MORILLAS CUEVAS, L. (coords.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 53-80; ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 121-145; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Como ya se ha destacado, tal es la postura que venía adoptando la jurisprudencia del TS hasta el momento de la última reforma legal - concepción que aún subsistente de modo más graduado-, (aunque no de manera constante, existiendo, enfoques más matizadas dentro de la misma) considerando que el bien jurídico protegido era la paz familiar, de modo que en su concepción no era un delito contra las personas, propiamente dicho, sino contra las relaciones familiares : entre otras, STS Sala de lo Penal, de 24 de junio de 2000: “Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes. Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar”. STS Sala de lo Penal, de 22 de enero de 2002, “puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -artículo 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -artículo 15- y en el derecho a la seguridad -artículo 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39.” Pudiendo afirmarse que el bien jurídico protegido es “la paz familiar”, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.”

STS Sala de lo Penal, de 16 de mayo de 2003: “Por su parte, el art. 153 CP, al establecer la pena correspondiente al delito de violencia doméstica, añade que la misma se impondrá «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de

de la cuestión, favorecido porque efectivamente los actos de violencia en que se concreta el maltrato habitual pueden estar constituidos por agresiones específicas contra tales bienes jurídicos -en ciertos casos contra uno sólo y en otros contra varios de ellos-. A nuestro juicio, dichos ataques tienen un tratamiento penal independiente.

Quienes acertadamente consideraban que el bien jurídico protegido era la integridad moral, se apoyaban primordialmente en la afirmación de que las conductas de violencia habitual en el ámbito doméstico encontraban su fundamento no en los actos de violencia concretos realizados, sino en la repetición o reiteración de los mismos que provocaban en quien los padece una situación de miedo y de tensión, una atmósfera de angustia y constante temor, que supone para la víctima una degradación, humillación y envilecimiento que se prolongan en el tiempo quedando rebajada a una condición inferior a la de persona⁸⁶. Como apropiadamente afirma Ramón Ribas⁸⁷, la víctima se ve sumida una vez que acaba el episodio de violencia, en una atmósfera o situación de angustia, temor, degradación o envilecimiento que se extiende en el tiempo: es la suma de todas esas horas, de todos esos días, la que constituye el injusto del delito de

violencia física o psíquica». La necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia no supone una infracción del principio «non bis in idem». Como se pone de relieve en Sentencias de esta Sala como las de 24-6-2000, 25-10-2001 y 22-1-2002, el delito previsto en el art. 153.2º CP es un delito de hábito, pluriofensivo, con cuya punición se trata de proteger varios bienes jurídicos vinculados, todos ellos, a derechos fundamentales de rango constitucional de los que cabe destacar la integridad física y moral y la dignidad de las personas, la libertad en sus múltiples proyecciones y la familia como ámbito que debe favorecer y no frustrar el desarrollo de la personalidad de quienes conviven en intimidad. Junto a esta caracterización del tipo, que impide se agote la antijuricidad de la conducta con el genérico rasgo de la violencia habitual, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que el sujeto pasivo del delito sea más de una persona –recuérdese la enumeración legal de quienes pueden ser víctimas de la violencia– lo que subraya la autonomía de cada uno de los actos concretos de violencia realizados con respecto al comportamiento global configurado por la sucesión de todos ellos que habrá de ser conceptualizado como una sola infracción. Fue legalmente correcta, en consecuencia, la apreciación simultánea, en la Sentencia recurrida, del delito de violencia doméstica y de las cuatro faltas de lesiones de las que fue víctima la esposa del acusado, no significando infracción legal alguna la aplicación, en el caso, del art. 617.1 CP para castigar aquellas lesiones”. Dentro de la doctrina, Acale Sánchez no señalaba como bien jurídico la convivencia familiar en sentido estricto, sino las condiciones de la misma que posibilitan el libre y digno desarrollo de sus miembros dentro de ésta, esto es, la convivencia familiar como medio para la efectiva realización de una vida digna de quienes la componen, en especial de sus miembros más vulnerables. Indicando que “si el legislador ha decidido castigar las violencias ejercidas en el ámbito familiar y asimilados y no en otros, de determinadas personas frente a otras que están unidas por unos lazos particularmente significativos que no son susceptibles de sustitución por otros (...) ha de entenderse que el bien jurídico protegido tiene que estar relacionado con estas características que distinguen los actos de violencias típicas a los efectos del art. 153, es decir, tiene que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar”. *Ob. Cit.* ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, 2000, p.133.

⁸⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Colección: Estudios de Derecho Penal, 1.ª, Comares, Granada, 2001 págs. 192-193; *Ob. Cit.* RAMÓN RIVAS, E.: *Violencia de Género y violencia domestica*, Colección los delitos, N.º. 78, 2008, págs. 62-63.

⁸⁷ *Ob. Cit.* RAMÓN RIVAS, E.: *Violencia de Género y violencia domestica, ibídem.*

violencia habitual. De modo similar Olmedo Cardenete⁸⁸, quien mantiene, que la búsqueda del resultado material no tiene que centrarse individualmente en cada uno de los actos de violencia, sino, por el contrario, en el efecto que sobre la víctima despliega el ejercicio sistemático de la violencia psíquica o física. Y para su concreción, desgraciadamente, basta con remitirse a las consecuencias que física y psicológicamente comporta el síndrome de la mujer maltratada⁸⁹.

Este estado de agresión permanente configura el injusto específico que desborda los resultados lesivos que cada acción individual pueda constituir y justifica su tipificación autónoma.⁹⁰ Sin embargo, y aunque en sentido amplio, puede considerarse que el ejercicio de violencia habitual acaba generando un clima de agresión o estado de agresión permanente, esta situación no viene acotada por el tipo y no parece necesario, por tanto, para apreciar el delito probar que concurren en la víctima esos sentimientos o sensaciones (incluso, aunque objetivamente pudiera reconocerse un resultado de humillación o envilecimiento de la víctima, tales sentimientos subjetivamente podrían

⁸⁸ OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 1ª. Atelier, Barcelona, 2001, p. 64. Aunque resulta evidente dada la redacción del tipo que el delito de violencia habitual incluye otros muchos sujetos pasivos o víctimas, incluidos hombres.

⁸⁹ Un estudio respecto al mismo se encuentra en, LORENTE ACOSTA, J.A.; LORENTE ACOSTA, M.; MARTÍNEZ VILDA, Mª. E. y VILLANUEVA CAÑADAS, E.: "Síndrome de agresión a la mujer: síndrome de maltrato a la mujer", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 2, 02-07-2000, págs. 1-18, donde se pone de manifiesto que el Síndrome de Maltrato a la Mujer es: "conjunto de lesiones físicas y psíquicas resultantes de las agresiones repetidas llevadas a cabo por el hombre sobre su conyugue, o mujer a la que estuviese o haya estado unido por análogas relaciones de afectividad". El síndrome de maltrato a la mujer (SIMAM) viene definido, pues, por un cuadro lesional resultante de la interacción de los tres elementos que intervienen en las lesiones: el agresor, la víctima y las circunstancias del momento o contexto. A diferencia del Síndrome del Niño Maltratado, resulta típico de este cuadro, la presencia de lesiones de defensa, la inexistencia de lesiones que indiquen extrema pasividad de la víctima (quemaduras múltiples por cigarrillos, pinchazos leves repetidos sobre una misma zona,...), así como la localización de gran parte de las lesiones (o las más intensas) en zonas no visibles una vez que la mujer está vestida. Las víctimas de este tipo de agresiones presentaban una probabilidad 13 veces más alta de tener lesiones en los pechos, tórax o abdomen que las víctimas de otros accidentes. En este sentido suele ser muy frecuente la expresión de la mujer que manifiesta: "mi marido ha aprendido a agredir: me pega, pero no me señala". Los trabajos realizados durante los últimos quince años han demostrado que la sintomatología psíquica encontrada en las víctimas debe ser considerada como una secuela de los ataques sufridos, no como una situación anterior a ellos. Los estudios en dicho sentido se llevaron a cabo realizando análisis comparativos con la respuesta humana al trauma, existiendo una correlación estrecha entre la sintomatología desarrollada por las víctimas del maltrato y la respuesta a determinadas situaciones estresantes. Las lesiones psíquicas pueden ser agudas, tras la agresión, o las denominadas lesiones a largo plazo, aparecidas como consecuencia de la situación mantenida de maltrato.

⁹⁰ Las razones que argumentan esta afirmación están en la propia naturaleza del tipo hasta hace poco regulado en el art. 153, su ampliación a la violencia psíquica, la extensión de los sujetos que rompe el estricto marco del ámbito familiar, su compatibilidad concursal con las lesiones y los efectos que el desarrollo prolongado de los comportamientos descritos en el tipo tienen sobre la víctima que conducen directamente a la tesis aquí defendida. De la misma opinión, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: "El delito de Violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal", en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 72.

no concurrir). El clima, atmósfera o estado de agresión permanente no constituye el resultado material del delito, sino un predicado de la habitualidad, que además no hay que entender en un sentido estrictamente literal⁹¹. Por otro lado, no es necesario, para afirmar la comisión de este delito, la generación de un “clima de terror” en la víctima, pues esto dependería, en último caso, de la propia percepción subjetiva y características personales de quien sufre la violencia⁹².

Por lo dicho podemos concluir que, la idea que da autonomía y sirve de base al delito que se tipifica es por tanto la integridad moral⁹³, entendida como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre⁹⁴. O si se quiere, como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁵, se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor (...). La integridad moral configura un espacio propio y por consiguiente necesitado, susceptible y digno de protección penal. Es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el sólo hecho de serlo, esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la

⁹¹ *Ob. Cit.* BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, N.º 14, 2004, p.16; en el mismo sentido la jurisprudencia.

⁹² V. STS 519/2004 y 28/2004, entre otras.

⁹³ Y es a la hora de delimitar que debe entenderse por integridad moral donde la doctrina no es tan unánime. Afirma, DÍAZ PITA, M.^a M.: “Los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, N.º. XX, 1997, págs. 50 y ss., que la integridad moral es un bien jurídico difuso que arranca del concepto de la dignidad humana, distinto de este y que no puede ser identificado con la integridad psíquica, ya que esta, al igual que la física, forma parte del concepto de salud, por lo que los ataques contra la misma obtendrían respuesta en los delitos de lesiones, privando a los delitos contra la integridad moral de su razón de ser. Y que tampoco puede ser concebida como un derecho de los ciudadanos a actuar conforme a su voluntad e ideas, ya que este derecho se encuentra protegido en otros tipos penales, como pueden ser los delitos contra la libertad. Partiendo de estas premisas y de la descripción típica que en el art. 173 se realiza, entiende, que el derecho a la integridad moral es el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, y ver respetadas su personalidad y voluntad, a no ser degradado a una condición inferior a la de persona. De modo parecido se expresa Muñoz Sánchez, quien asevera, “que el contenido de la integridad moral es el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. *Ob. Cit.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Colección los delitos, N.º. 20, 1999, p. 24.

⁹⁴ *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16^a, 2009, p. 169.

⁹⁵ STS de 1 enero de 2007 y 27 de enero de 2011. Así mismo, en la STS de 22 de febrero de 2005, se señala que la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por una serie de elementos subjetivos, tales como la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota de dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma en que se realiza el ataque. Siendo los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo, b) la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico y c) que el comportamiento sea degradante y humillante para la persona. Idénticas manifestaciones se producen en las STS de 16 de abril de 2003 y de 25 de septiembre de 2007, entre otras.

capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. Asegura, además, que la garantía constitucional de la dignidad, como valor de la calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto⁹⁶.

Respecto a la finalidad de protección que con él se pretende y la necesidad político- criminal del precepto, se desprende que protege a los sujetos vulnerables frente a esa especial victimización, que se constituye en instrumento de perpetuación de una situación de dominio⁹⁷ y que se produce además en un medio cerrado como es el doméstico u otro análogo, que ofrece especiales facilidades para su perpetración y, correlativamente, mayores dificultades de elusión por parte de la víctima, esto es lo que le da un contorno especial, vinculado a una manifestación de la violencia de género.

Se trata de un tipo penal diferente y autónomo⁹⁸ no es ni una mera acumulación de faltas de malos tratos ni una agravación específica de éstas⁹⁹, que en su caso, estaría en relación de concurso de delitos¹⁰⁰ con las faltas o delitos de lesiones, amenazas, injurias u otros en que se hubiera concretado el maltrato habitual. El art. 173.2 CP incluye una clausula concursal en el tipo, conforme a la cual se impondrá la pena “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. Clausula que pone de

⁹⁶ V. complementariamente, *Ob. Cit.* RODRÍGUEZ MESA, M^a. J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, 2000, págs. 27 y ss., 80 y 81, 102 y ss.

⁹⁷ No siendo extraño que el momento de mayor riesgo se produzca cuando la mujer pretende eludirlo, tal como ponen de manifiesto de modo unánime los diversos informes criminológicos. *Ob. Cit.* CARMONA RUANO, M.: “El delito de maltrato habitual”, en: VV.AA, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, 2007, págs. 123 y ss.

⁹⁸ V. en este sentido el FJ. 4^o. De la STS 927/2000, de 24 de junio, en la STS de 5 de octubre de 2005 se afirma: “...con las conductas que integran el delito de violencia doméstica se viene a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima sistemático de maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la integridad física o psíquica de las víctimas sino, esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. (...) La violencia física o psíquica habitual a que se refiere el artículo 173 es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y especialmente la integridad moral de las víctimas (...) (FJ.1^o). De modo similar, STS de 7 de septiembre de 2000, 24 de junio y 10 de enero de 2012.

⁹⁹ *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16^a, 2009, p. 175. *Ob. Cit.* CARMONA RUANO, M.: “El delito de maltrato habitual”, en: VV.AA, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, 2007, p. 127.

¹⁰⁰ *Ob. Cit.* BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, N.º 14, 2004, págs. 17 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: en: VV.AA, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (dir.): *Código Penal comentado*, 2.^a, Bosch, Barcelona, 2004, p. 482.

manifiesto que el bien jurídico protegido es más amplio y relevante que la salud e integridad personales, como se sostenía por parte de la doctrina¹⁰¹. Así, si se aprecia sólo el delito o delitos de resultado no se tiene en cuenta el proceder habitual, y si se castiga sólo por la violencia habitual se deja de valorar la concurrencia de un determinado resultado lesivo.

No es necesario que para su comisión se produzca un resultado material de menoscabo de la integridad física o psíquica¹⁰², se trata en ese sentido de un delito de mera actividad¹⁰³, -en el que lo característico es la manifestación de un trato de

¹⁰¹ Por citar algunos, ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.143; *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 2001, págs. 38-39; *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L.: “Violencia de Género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, 2009, p. 28. Aunque los autores favorables a la consideración del tipo como uno agravado de la falta de malos tratos (inicialmente) justifican y fundamentan la regla del concurso de infracciones en base a que se trata de dos modalidades distintas de ataque a un mismo bien jurídico, de manera que la apreciación sólo de un delito de lesiones no incluiría el dato de que la misma obedecía a un hábito de violencia en el ámbito familiar o cuasi familiar. En la STS 613/2006 (Sala de lo Penal), de 1 de junio, a propósito del análisis del requisito de la habitualidad del artículo 173.2 (en relación con el cual se rechaza el automatismo numérico en ocasiones seguido por aplicación analógica del concepto de habitualidad del artículo 94 CP), se afirma que lo relevante para apreciar dicha habitualidad más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, “siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”. “En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una mayor gravedad que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual” (Fundamento de Derecho Tercero).

Poco antes de dictarse la referida sentencia, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 580/2006 (Sala de lo Penal), de 23 de mayo, sostuvo que el delito de violencia habitual no es “una falta de lesiones elevada a delito por la repetición”, sino que lo esencial será probar un estado de agresión permanente o constante situación agresiva, destacando, a este respecto, que debe seguirse un criterio naturalístico de habitualidad en cuya virtud ésta consistirá en la repetición de actos de idéntico contenido, sin que, no obstante, sea “estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo”. Dicho con otras palabras, a través de la reiteración de conductas de violencia debe crearse “una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato”.

¹⁰² *Ob. Cit.* CARMONA RUANO, M.: “El delito de maltrato habitual”, en: VV.AA, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, 2007, p. 127; V. STS 687/02; 16/4; 321/2004, 11/2003: “Es un delito de mera actividad: El resultado es ajeno a la acción típica, por lo que, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo, existirá un concurso real, y, así, el último inciso del texto vigente, expresa “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

¹⁰³ Para Conde-Pumpido, el artículo 173.2 recoge una conducta que consiste en el ejercicio de violencia física o psíquica, que no requiere para su consumación la causación de un resultado lesivo, por lo que, en caso de que éste se produjese, entraría en concurso real con la pena correspondiente al delito o delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia. *Ob. Cit.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: en: VV.AA, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (dir.): *Código Penal comentado*, 2004 págs. 538 y 539. De la misma opinión Carbonell Mateu y González Cussac, “no se requiere la causación de menoscabo de la salud, esto es, se perfecciona sin necesidad de que exista resultado. Por tanto no es un delito de lesiones, pues no es preciso que se produzcan”. *Ob. Cit.* CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENQUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, p. 215; La jurisprudencia, entre otras, SAP de Badajoz, de 14 de julio de 2004, se

victimización en el contexto de la relación entre el agresor y la víctima o víctimas descrito en el tipo-. Aunque es cierto que los ataques a la integridad moral lesionan ésta, y es por ello que el tipo se configura como un delito de lesión (del bien jurídico) y no de mera puesta en peligro del mismo. Pero esta lesión del bien jurídico que constituye por así decirlo “el resultado jurídico” no se traduce en el resultado exterior material o “modificación del mundo exterior aprehensible por los sentidos” (como lo definiera a principios del siglo XX un conocidísimo penalista alemán) que permite definir una infracción penal como delito de resultado como lo son por ejemplo, el homicidio y el hurto, (quien estaba vivo, muere y la cosa que estaba en poder de su dueño pasa materialmente a la esfera de dominio del sustractor). Es precisamente porque se trata de un delito de mera actividad que si a raíz de infringir tratos degradantes típicos, se causan además lesiones (físicas o psíquicas) o la muerte, existirá un concurso de infracciones entre el delito contra la integridad moral y las lesiones u homicidio. Se trata, en consecuencia, de un delito que se consuma con la mera realización de la conducta que lesiona el bien jurídico protegido (menoscabando su integridad moral) al igual, por ejemplo, que el delito de injurias del artículo 208 del CP que se consuma con la realización de una conducta (realizar una acción o proferir una expresión) que lesiona el bien jurídico protegido honor (que lesiona la dignidad de la persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación). Pues bien, así calificado el tipo del artículo 173.2 del CP , como de mera actividad en el que la acción para su relevancia típica exige “un resultado jurídico” que no es otro que la lesión del bien jurídico, es por ello, un delito de lesión en oposición a los delitos de peligro abstracto en los cuales la conducta se limita a poner en riesgo (de lesión) al bien jurídico protegido (peligro concreto) o se castigan, sin requerir lesión o peligro concreto alguno, en base a su peligrosidad general (peligro abstracto).

Lo que se proscribe es la violencia física o psíquica en el ámbito de las relaciones familiares o cuasi familiares, que en el precepto se mencionan, no solo ya por el deterioro de la convivencia que supone el empleo de esa violencia sino por el peligro de que la misma pueda llegar a materializarse en resultados lesivos para la integridad

pronuncia al respecto y entiende que “el art. 173.2 CP, se trata de un delito de mera actividad, lo que equivale a que el resultado es ajeno a la acción típica, por lo que si además de violencia se produce un resultado lesivo (como en el caso de autos) o se constriñe la libertad del sujeto pasivo, existirá un concurso real sancionando separadamente tales conductas , y así, el último inciso del párrafo primero del texto vigente, expresa que las penas que corresponden al delito han de entenderse *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*”.

física y psíquica. Aunque también es considerado por la doctrina como un delito de de peligro abstracto¹⁰⁴, para otros como un delito de resultado¹⁰⁵.

B. CONDUCTA TÍPICA

El concepto de violencia habitual o malos tratos habituales abarca una realidad tan heterogénea que resulta difícil fijar el común denominador de las conductas castigadas; por ello se acude a los términos con los que se fija la acción típica y al círculo de autores y víctimas del delito.

La conducta típica regulada en el número segundo del art. 173 CP consiste en “ejercer habitualmente violencia física o psíquica”. Se trata, por tanto, de establecer qué debe entenderse por ejercer violencia física o psíquica, y qué relevancia tiene el término “habitualmente” en la descripción típica realizada.

¹⁰⁴ *Ob. Cit.* SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª, 2011, p. 187; *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª, 2002, p. 125; Giménez García, entiende que el Código Penal ha optado por la autonomía del tipo como tal, independiente de las penas que pudieran imponerse por los resultados producidos, con aplicación del concurso de delitos y no de normas, lo que permite calificar este delito de peligro y no de resultado, pues no se trata de un tipo agravado de la falta de malos tratos, GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “La habitualidad en el maltrato físico y psíquico: evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 Código Penal”, en: VV.AA, COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M. (dir.): *La violencia en el ámbito familiar: aspectos sociológicos y jurídicos*, Nº. 5, CDJ, CGPJ, Madrid, 2001, págs., 101- 131. *Ob. Cit.* BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, Nº. 14, 2004, p.18. Su estructura técnico-jurídica es la de un tipo de peligro abstracto para la salud e integridad personales. Dicho dato pone también de manifiesto el carácter independiente de este delito (art. 173.2) frente al nuevo delito de lesiones, amenazas leves con armas y malos tratos (art. 153) dentro del mismo ámbito de personas, a lo que hay que añadir la consabida afección de la integridad moral que la violencia habitual puede llevar aparejada para las víctimas. Así pues, para la realización de este delito no es exigible la producción de ningún resultado, sea de lesiones u otro. Ni siquiera se requiere por el tipo un resultado material o de peligro concreto de un trato degradante. Por tanto, punto de referencia de lo injusto específico del tipo del art. 173.2 es el peligro abstracto de menoscabo de la integridad corporal y salud de los distintos individuos que integran (o, en algunos casos, han integrado) el núcleo de convivencia o relación en que el autor desarrolla su actividad violenta y sean objeto reiterado o permanente de las acciones violentas de aquél (...). Así pues, a lo que directamente afecta la violencia física o psíquica es a la salud física o mental, aunque sea en términos de peligro y no de lesión. Pero consustancial a ello será también el peligro abstracto para la integridad moral de las víctimas, (...).

¹⁰⁵ Olmedo Cardenete, aunque con relación al antiguo artículo 153, entiende que no se trataría de un delito de peligro concreto, ya que se caracteriza porque el agresor ejerce habitualmente violencia sobre la víctima, siendo entonces un delito de resultado, por el efecto que despliega el ejercicio sistemático de violencia sobre ella, cuales son las consecuencias que comporta el denominado “síndrome de la mujer maltratada”. Con relación a la violencia psíquica, dejando aparte los problemas probatorios que pudiesen existir, incluye este autor los comportamientos que deterioran progresivamente la personalidad y autoestima de la víctima y las conductas vejatorias o humillantes, pero que no deben identificarse con la agresión a la integridad física ni con los insultos o injurias, pues es necesario que los actos de violencia psíquica sean interpretados restrictivamente. *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 1ª. Atelier, Barcelona, 2001, págs. 473 y ss.

B.1 VIOLENCIA FÍSICA

Respecto a la violencia física, existe acuerdo doctrinal en considerar que se trata de la aplicación de una fuerza física o acometimiento material sobre el cuerpo del agredido¹⁰⁶, o actos de acometimiento físico sobre el cuerpo del sujeto pasivo que inciden sobre su integridad física con independencia de que ésta se manifieste o no en la lesión efectiva de la salud del mismo¹⁰⁷. En definitiva, debe ser entendida como cualquier manifestación agresiva o de maltrato (golpes, contusiones, rodillazos, tirones de pelo, zarandeos, empujones bruscos, bofetadas, patadas, etc.), cualquiera que sea su gravedad con tal de que el cuerpo de la víctima resulte violentado. Por lo que la conducta típica debe traducirse en el ejercicio de la *vis in corpore* con o sin menoscabo de la integridad física del sujeto objeto de la misma. De manera que integrara la conducta prohibida cualquier acto de fuerza física tanto si causa resultado lesivo a la integridad (delito o falta de lesiones¹⁰⁸) como si no la produce (maltrato de obra).

¹⁰⁶ *Ob. Cit.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “El delito de Violencia domestica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p. 88; *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Domestico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 1ª. Atelier, Barcelona, 2001, p. 79; *Ob. Cit.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Colección: Estudios de Derecho Penal, 2001 págs.202.

¹⁰⁷ CASTELLÓ NICÁS, N.: “Concepto general de violencia de género: un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, Mª. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs.73y ss., en términos similares, “habrá de entenderse cualquier acto agresivo de acometimiento que suponga una intromisión o injerencia en el cuerpo de la víctima, con independencia de las secuelas que ésta produzca, ya sean de grave entidad, constitutivas de un atentado a la integridad física de la persona, o de escasa relevancia, con tal de que haya quedado patente el contacto físico del autor respecto de su víctima. Ahora bien, no es exigible un contacto material cuerpo a cuerpo, bastando la utilización de instrumentos mediante los cuales se produzca la intromisión física en el cuerpo de la víctima, el cual si ha de resultar violentado.

¹⁰⁸ La distinción entre la falta y el delito parte: de las lesiones que objetivamente requieran para su sanidad una primera asistencia facultativa, considerándose ésta como el primer contacto que el lesionado tenga con el médico o personal facultativo, pues así se desprende de la referencia a “facultativa”. En cuanto a la “necesidad”, aunque la lesión pueda no ser tratada por profesional sanitario, debe ser de tal entidad que objetivamente requiera la intervención de un profesional ya que no puede dejarse en manos de la víctima el decidir si necesita o no tratamiento -piénsese por ej., en la rotura de un dedo o contagio de una enfermedad, en los que el sujeto que la padece prefiere curarse a sí mismo o acudir a la medicina alternativa natural, en nuestro contexto serian lesiones que requieren objetivamente tratamiento- , ni tampoco quedar en manos del facultativo más o menos diligente con lo que esto supone a la hora de calificar jurídicamente los hechos. Si después de esa primera asistencia es necesario tratamiento médico estaremos ante un delito. Finalmente como dice BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I: *El delito de lesiones*, (Estudios Jurídicos), Universidad Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 24 y ss., no constituiría un delito de lesiones, aunque sí posiblemente un delito de coacciones, o en su caso, contra la integridad moral, la disminución de la integridad corporal que no supone menoscabo de la salud: corte de pelo, barba, daños de prótesis artificiales (lo que de por sí ya puede constituir un delito de daños), etc. Al igual que no constituye una lesión la acción que objetivamente supone una mejora para la salud, aunque incida negativamente en la integridad corporal (amputación de una pierna gangrenada); V. complementariamente, *Ob. Cit.* CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. en: VIVES

Con la Ley 14/1999 se incluye, en el anterior artículo 153 del CP, actual artículo 173.2, la violencia psíquica¹⁰⁹ como alternativa o acumulación a la física.

B.2 VIOLENCIA PSÍQUICA

La violencia podrá ser calificada como psíquica¹¹⁰, cuando se produzca menoscabo de la salud mental del sujeto pasivo, es decir, cuando se utilicen medios y

ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, págs. 133 y ss.; *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª, 2009, págs. 96 y ss.; *Ob. Cit.* SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª, 2011, págs. 86 y ss.; La jurisprudencia viene, sin embargo, advirtiendo que no es correcta la identificación entre tratamiento y necesidad de una segunda o ulterior asistencia : “ tratamiento médico y primera asistencia no son expresiones contrapuestas “ afirma la STS 625/2002, de 10 de abril, en la STS 411/2000, de 13 de febrero, se define el tratamiento médico como, “ aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable, debiendo requerir algo más que la mera asistencia, pero siendo indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico, o la haya encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica” , “ el tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo en la salud que exige de unas actividades consideradas desde el punto de vista médico como objetivamente necesarias para devolver el miembro o la parte del cuerpo o de la mente afectados por la lesión al estado anterior a la aparición de la causa de aquel menoscabo, con independencia del éxito que finalmente se alcance”; en similares términos la STS de 18 mayo de 2007, “el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga un mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerle remedio. La prescripción de medicamentos para su curación y de una actuación de sutura para reponer los tejidos afectados es el tratamiento médico diferenciador del delito y la falta de lesiones”. Y en la STS de 23 de octubre de 2008, por tratamiento médico debe entenderse “toda actividad posterior a la primera asistencia (...) tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico”, “siendo indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la haya encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica”. Debe destacarse al respecto, que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2002, establece, “la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta”.

¹⁰⁹ RAMÓN RIVAS, E.: “Los delitos de violencia de género: objeto de protección”, en: RAMÓN RIVAS, E, ARROM LOSCOS, R., NADAL GÓMEZ, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 29. Destaca este autor, la esencial importancia que posee, la violencia psíquica frente a la física. La segunda, aunque puede dar lugar a episodios sumamente graves, muchas veces tiene, aisladamente considerada, escasa relevancia; la primera por el contrario, es la que le confiere a la violencia habitual su carácter *actual*, pues la víctima teme constantemente nuevos episodios de violencia física (aunque no vuelvan a producirse o, incluso, aunque nunca se hubieran producido) sin necesidad, por cierto de realizar nuevas manifestaciones que exterioricen la amenaza del mal.

¹¹⁰ Muñoz Conde considera que la equiparación de la violencia psíquica a la física no plantea ningún problema especial en el plano teórico, aunque sí en el práctico, por las dificultades probatorias que plantea la primera, *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª, 2002, p. 124; *Ob. Cit.* DEL CARPIO DELGADO, J. y GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Colección: Los delitos, N.º. 25, págs. 32-34, exigen cierto paralelismo con las violencias físicas,

considerando que ambas deben ser actos de acometimiento. Anteriormente, GRACIA MARTÍN, L.: en: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L.; (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 453, criticaba que en CP no se hubiese incluido en el precepto puesto, “que la violencia psíquica puede dar lugar a un afectación de la integridad y salud personales incluso más grave que la derivada de la violencia psíquica”. La Circular 1/1998 sobre “Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar”, opinaba de modo similar. DEFENSOR DEL PUEBLO, *La violencia doméstica contra las mujeres*. Informes, Estudios y Documentos, Madrid, 1998. págs. 107 y ss., afirmaba que la violencia psíquica es cualquier acto o conducta intencionada que produce desvaloraciones, sufrimientos o agresión psicológica a la mujer”, y “ puede ser a través de insultos, vejaciones, crueldad mental, gritos, desprecio, intolerancia, humillación en público, castigo, dar muestras de desafecto, amenaza de abandono, subestimar...” para terminar afirmando que “ es frecuente que se den comportamientos de maltrato psicológico y que socialmente sean aceptados y estén dentro de los límites de la normalidad”. Otros autores, sin embargo, aceptaron con reservas su inclusión, argumentando que la diversidad de manifestaciones de la violencia psíquica iba a implicar un difícil deslinde entre los comportamientos que debieran constituir infracciones penales, y aquellos otros que simplemente fueran el reflejo de un grave deterioro de la convivencia familiar y que no tuvieran relevancia penal suficiente. DEL MORAL GARCÍA, A.: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, en: VV.AA, *Delitos contra las personas*, Manuales de formación continuada, CGPJ, N.º. 3, Madrid, 1999, p. 320, respecto a la expresión violencia psíquica, “ha de buscar un equilibrio entre una amplitud desmesurada, que produzca una panjudicialización, convirtiendo en diligencias previas, por maltrato habitual, toda la vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas; o una interpretación tan restrictiva que exigiese la producción de resultados lesivos y que casi redujese a la nada la ampliación del tipo”. De la misma opinión, Ob. Cit. MORENO VERDEJO, J.: “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en: VV.AA, POLO GARCÍA, S., PERAMATO MARTÍN, T. (dirs.): *Aspecto procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CDJ, N.º. I, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 34 y ss., razonando que también han de encuadrarse dentro del concepto de violencia psíquica, “los actos idóneos para causar lesiones de carácter psíquico, aunque no conlleven contacto físico y aunque de hecho no lleguen a producir esa alteración de la salud psíquica”.

Por otro lado la autonomía de la misma cuando se produce como daño colateral de una lesión física, bien inferida a la propia víctima o a un tercero, aun resultando problemática, puede tener sustantividad propia. Piénsese por ejemplo en el daño psíquico, que se traduce después en distintas patologías o trastornos y que se producen directamente como consecuencia de uno o varios acometimientos físicos a la víctima inmediata o a un tercero. Respecto a la lesión del tercero, GÓMEZ RIVERO, C.: “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, *Revista Penal*, N.º.6, 2000, p. 80-81, argumenta el fundamento de su punición autónoma del siguiente modo: “cuando la lesión psíquica al tercero se contextualiza en el marco de una relación fáctica que no es implícita a la agresión, sino que forma parte de un entorno especial que el agresor busca o al menos acepta como escenario singular de su conducta, de tal suerte que hace directamente a otros partícipes del clima de violencia hasta involucrarles y socializarles en el mismo. Claro ejemplo de lo primero, esto es, de los casos en los que procura expresamente dicho contexto situacional, es el supuesto enjuiciado por la S. T.S. de 9 de junio de 1998, en el que el sujeto propicia de forma intencional la presencia de su hijo que se convierte de esta forma en testigo obligado del asesinato de su hermana de 11 años; lo segundo, esto es, el ejercicio de la violencia en el marco de un escenario especial que el agresor se limita a aceptar, será el caso cuando la alteración psíquica que experimenta quien no es destinatario directo de la agresión esté motivada por una relación de convivencia que indefectiblemente le implica con los sujetos activos y pasivos del conflicto. Son, en definitiva, los casos en los que la lesión psíquica se refiere a un tercero que convive en el domicilio familiar y que guarda una relación parental o análoga con el agresor. Tanto en uno como en otro supuesto lo importante es que las repercusiones psíquicas no recaen sobre personas que de forma más o menos circunstancial pueden verse anímicamente afectadas, sino sobre aquéllas que entran en una relación directa e inmediata con su agresor, quien, con intención directa o no, les implica y hace partícipes de la violencia. Por eso, porque ya no se trata de terceros que de forma accesoria o secundaria se ven eventualmente afectados por los daños al ser querido sino que forman parte directa del marco agresivo en el que el sujeto activo despliega sus actos de violencia, puede afirmarse que las lesiones psíquicas que éstos sufran resultan plenamente abarcadas por el ámbito de protección de los delitos de lesiones y malos tratos y, por ello, deben ser valoradas de forma autónoma”.

La compatibilidad de la condena por lesiones psíquicas con el ejercicio habitual de la violencia se ha declarado expresamente en STS 261/2005, de 28 de febrero y 1152/2005 de 5 de octubre, y calificándose como violencia psíquica en concurso con otros delitos la SAP Barcelona, STS 15/2005, de

actuaciones u omisiones idóneas para provocar dicha merma en el equilibrio mental del agredido. Sin embargo, la ausencia de proyección corporal de la agresión no obsta, en modo alguno, la posible comisión de un delito de lesiones¹¹¹. Así, Díez Ripollés¹¹² afirma que son adecuados para la consumación del delito “los medios de naturaleza psíquica, es decir, aquellos comportamientos que, a través de su incidencia sobre el equilibrio psicofísico del sujeto, terminan afectando a su integridad o salud física o mental, entre los que cabe citar: suministro de informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas, privaciones afectivas, tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o de pérdida de autoestima, percepciones imprevistas que dan lugar a reacciones de susto o temor, acumulación o privación de estímulos creadores de confusión mental”. La Sentencia del Juzgado de lo Penal nº. 1 de Sevilla, de 9 de septiembre de 2001, establece que, “por tanto, una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones (aunque este extremo no es pacífico ya que algún sector doctrinal excluye la posibilidad de comisión por omisión), así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado”. La SAP de Barcelona, de 19 de septiembre de 2000, por su parte, establece: “Y si bien es cierto que, no existe certificación facultativa, acreditativa de la secuela psíquica que haya podido dejar en la perjudicada, lo cierto es que hay que deducirlo por las actuaciones de la misma: el hecho de sentirse amenazada

11 de enero, en la STS 717/2005, de 18 de mayo, en la que se confirma una condena por violencia psíquica habitual, en concurso con homicidio en grado de tentativa, quebrantamiento de medida cautelar, tenencia ilícita de armas y falta de amenazas y malos tratos, “ el delito de violencia física o psíquica habitual, a que hace referencia el art. 153 del Código Penal 1995, en su redacción anterior a la LO 11/2003, ya que la pena impuesta de un año de prisión, cuando tal precepto dispone una banda cuantitativa que arranca en seis meses y llega hasta los tres años de prisión. Ahora bien, dada la inusitada brutalidad de los hechos enjuiciados, tanto referidos a la víctima (María Virtudes), como a su hijo (recuérdese el episodio en el cual, tras una discusión en la cabina del camión que utilizaba el acusado para su trabajo, éste reacciona de forma tan violenta que llega incluso a coger al niño de nueve meses, «zarandeándolo fuertemente, sin causarle lesiones, a la vez que decía que iba a matarlo e, incluso, hizo un gesto para advertir que lo iba a tirar». Más violencia es difícil de evaluar en un comportamiento de violencia de género. Al no existir circunstancias modificativas, la pena se ha de situar en su mitad, en virtud de tal agresividad, y en consecuencia, imponer la pena por tal delito en año y medio de prisión”;

¹¹¹ El único requisito de carácter negativo es que ninguno de tales actos implique un acometimiento material sobre el cuerpo del sujeto pasivo, pues entonces puede ser calificado como violencia física.

¹¹² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 45 y ss.

y la posibilidad de que se pudiera cumplir esa amenaza; las continuas comunicaciones con la Guardia Civil, en busca de protección y el estar temiendo por la vida de su hija, hacen que este Tribunal estime la existencia de ese quebranto psíquico en la perjudicada. Que, de haberse probado la existencia de una gravedad del quebranto psíquico, podría pensarse como delito autónomo”.

Por tanto, la violencia psíquica a la que nos estamos refiriendo comprende un amplio abanico de modalidades comisivas, sin que, en principio sea posible dar una definición exacta de la misma, pero pudiendo entenderse que abarcaría todos aquellos comportamientos violentos que no impliquen un contacto corporal directo con la víctima, independientemente de su entidad¹¹³, y por otro lado, quedarían excluidos todos aquellos supuestos que no representen el más mínimo peligro para el bien jurídico que se protege, esto es, la integridad moral¹¹⁴. La ampliación del tipo que se produce desde el ámbito de la conducta típica es considerable, porque la violencia psíquica comprende sin duda los actos de intimidación o *vis compulsiva*, concepto empleado en numerosas figuras delictivas en el Código penal junto al de violencia (física). Pero no se reduce a ser un mero sinónimo de la intimidación, sino que puede ir más allá abarcando con carácter general los tratos degradantes, los actos que atentan contra el honor, amenazas o someter a la víctima a un acoso constante¹¹⁵; sin embargo no es unánime la

¹¹³ Aunque si llegan a ser de tal entidad como para ser constitutivas de lesiones psíquicas valorables psiquiátricamente integraría un ataque a la salud del sujeto pasivo (salud mental) y consiguientemente un delito de lesiones psíquicas y por otro lado un delito contra la integridad moral cuando se atente contra la persona en cuanto tal con comportamientos irrespetuosos para el ser humano, hallándonos ante un concurso de delitos. Y es que, como reza la STS 477/2009 de 10 de noviembre, resultando aquí indiscutido el carácter activo del sujeto acusado ejerciendo la violencia, “el predicado típico de dicho verbo se circunscribe a la violencia (física o psíquica). La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo para su integridad física. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquélla. El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su **autonomía** respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008 de 3 de octubre, una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer (v. art. 10 CE 1978). En nuestra Sentencia 1050/2007 de 19 de diciembre dijimos, reiterando la Sentencia núm. 105/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª.), de 14 febrero, respecto a dicha autonomía que: “...La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es **distinta de las concretas agresiones** cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

¹¹⁴ *Ob. Cit.* NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹¹⁵ Como el que relata la STS 394/2003, de 14 de marzo, que confirma una condena por maltrato psíquico habitual, en la que el sujeto activo perseguía a su ex novia amenazando con matarla si la veía con otro.

opinión doctrinal cuando se trata de la aceptación o no de insultos. Olmedo Cardenete¹¹⁶ muestra muchos recelos “el concepto típico de violencia psíquica no puede, desde luego, acoger el desarrollo habitual de discusiones en el día a día de cualquier hogar”.

Aunque es cierto que en todas las relaciones de convivencia se discute en mayor o menor medida, una cosa es discutir y otra insultar, el insulto es un “impulso violento” que comporta un ejercicio de violencia psíquica, de modo que casos como los que el mismo autor cita, como proferir comentarios que pueden suponer un desprecio o ridiculización de la otra persona, o elevar la voz en público, son actos de violencia psíquica, que no pueden justificarse por el deterioro de una relación¹¹⁷. El insulto es siempre una grave falta de respeto, un ataque indigno, un menosprecio y humillación que lleva al insultado a sentirse gravemente herido en su fuero interno¹¹⁸, máxime si se profieren de manera habitual.

Aunque lo apuntado no obsta a que haya de tomarse con cierta prudencia desde el punto de vista del principio de legalidad, que incluye la garantía básica de *Lex stricta* y *Lex certa*¹¹⁹. Pero sin llegar a caer en una banalización del tipo penal que lleve, paradójicamente, a restringir su aplicación, tal como apuntaba Antonio del Moral. El bien jurídico protegido es aquí, precisamente, la integridad moral, y resulta preciso acotar la intervención penal de tal suerte que no abarcase la punición de conductas que, aún afectando a esa integridad, en una amplia interpretación de tal bien jurídico, no se compadecerían con el carácter de *ultima ratio* que aquella intervención penal debe tener dentro del Ordenamiento jurídico en un Estado social y democrático de Derecho. Y

¹¹⁶ *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 2001, p. 88.

¹¹⁷ “La hostilidad verbal crónica en forma de insulto, las burlas reiteradas, la actitud despótica traducida en prepotencia y actos de anulación de la personalidad del otro, las amenazas explícitas o larvadas, el cinismo patológico, el desprecio exteriorizado en actitudes o palabras degradantes, las palabras zahirientes... suponen actos de violencia emocional, entre muchos otros, que podrían integrar el concepto de violencia psíquica”, DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en: VV.AA, ALHAMBRA PÉREZ, P. (dir.): *Encuentros “violencia doméstica”*, de 9 de abril de 2003, CGPJ, Madrid, 2004, p. 480.

¹¹⁸ Aunque el mismo autor refleja que según algunos estudios, los citados comportamientos son vividos por las víctimas como actos de violencia psíquica. *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 2001, págs. 88-89.

¹¹⁹ Conductas que constituían las antiguas causas de separación o de divorcio, o son título legitimador para el ejercicio de acciones de prodigalidad, sin embargo carecen de la virtualidad precisa para integrar el comportamiento penal que nos ocupa, (por ejemplo, la infidelidad de uno de los miembros de la pareja puede dejar secuelas psicológicas en el otro, pero no por ello puede reputarse delito, por el contrario podría ser delictiva la conducta de quien simula una infidelidad con el propósito de dañar psíquicamente al otro). *Ob. Cit.* MORENO VERDEJO, J.: “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en: VV.AA, POLO GARCÍA, S., PERAMATO MARTÍN, T. (dirs.): *Aspecto procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, 2007, p. 35.

también desde una perspectiva sistemática se advierte que, si cualquier acto puede menoscabar la integridad moral de la víctima, bastaría que el legislador, al tipificar el comportamiento del citado apartado se limitase a requerir la habitualidad y la específica relación intersubjetiva, sin necesidad de acotar el modo comisivo con la locución *violencia física o psíquica*.

B.3 HABITUALIDAD

Respecto a la habitualidad, si consideramos que atentan a la integridad moral todos aquellos comportamientos que humillen, degraden, envilezcan y, en definitiva, instrumentalicen al sujeto que los padece, utilizándolo como cosa y reduciéndolo a una condición inferior a la de persona, resulta notorio que los insultos o humillaciones realizadas en el curso de una discusión aislada y esporádica no determinan este resultado. Pero, esos mismos insultos, vejaciones, humillaciones, amenazas realizadas habitualmente durante un periodo prolongado de tiempo aunque sean esencialmente las mismas, el resultado que provoca la constante repetición, obviamente no lo es.

En este punto es donde adquiere relevancia el segundo de los elementos que configuran la conducta típica descrita en el art. 173.2 CP. La exigencia de habitualidad en el ejercicio de esa violencia. El delito del artículo 173.2 se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina una convivencia insoportable para la víctima, un clima de violencia dentro de un determinado entorno.

Los criterios legales a tener en cuenta para constatar la habitualidad se vertebran alrededor de cuatro datos¹²⁰; pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo (siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar) y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.

La habitualidad, es un término de clara raíz criminológica o concepto factico,¹²¹ viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la

¹²⁰ De la misma opinión, *Ob. Cit.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “El delito de Violencia domestica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p. 92; Aunque gran parte de la doctrina considera que estamos ante una definición legal. Entre otros, *Ob. Cit.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Colección: Estudios de Derecho Penal, 2001, págs.192 y ss.; *Ob. Cit.* ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, 2000, págs. 111 y ss.;

¹²¹ En igual sentido, *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 15^a, 2004, p. 189; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “El delito de Violencia domestica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p. 92; La Circular 2/1990 de la Fiscalía

conurrencia de los elementos citados, que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Otra explicación derivaría en una concepción subjetiva de la habitualidad (configurándola como un elemento subjetivo del injusto), donde lo relevante no sería la repetición de los actos violentos, sino que las situaciones violentas fueran expresión de que el sujeto se ha formado un hábito, inclinación o tendencia a su realización¹²². Tal concepción subjetiva de la habitualidad no es acertada, porque no configura correctamente el contenido del injusto específico de esa figura delictiva, la habitualidad la refiere el tipo a la violencia y no al agresor o sujeto activo. De otro modo conduciría a resultados contraproducentes político-criminales. Si se considera que lo que constituye el fundamento del tipo es precisamente “el hábito del autor como factor de riesgo incrementado para la integridad o salud personales de cualquiera de los miembros del grupo de convivencia que sean potenciales sujetos pasivos de su conducta violenta habitual¹²³”, se está diciendo que no realiza el tipo la reiteración de violencias, amén, de que sólo será relevante la agresión o ataque al bien jurídico protegido cuando se pueda acreditar el hábito o tendencia del autor. Con independencia de la inclinación o no del

General del Estado, de 17 de Octubre, lo califica de “naturalístico”. Con la denominación de “criminológico”, v. STS de 22 de enero de 2002 y de 24 de junio de 2000, entre otras. En esta misma dirección apuntaba el Informe aprobado por el Pleno del CGPJ con Fecha de 19 junio de 1998: “lo exigencia de habitualidad del artículo 153 del CP, debería ser entendida no tanto en un sentido técnico-jurídico, como reincidencia, sino mediante una interpretación más amplia y progresiva, en un sentido criminológico-social, como conducta agresiva repetida y dilatada en el tiempo, con o sin condenas previas, de forma que la sentencia condenatoria firme precedente pueda constituir una prueba más de la habitualidad que, no obstante, podría también demostrarse por otros medios, como la existencia de denuncias anteriores, el testimonio de personas pertenecientes al mismo ámbito vecinal etc.” *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 2001, p. 94. “la cuantificación numérica es importante, pero no suficiente y el problema interpretativo no se soluciona fijando una cifra. Hay que atender a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por esos episodios de violencia reiterados que, aunque sean espaciados, están presentes de una forma latente en todo momento”.

¹²² Configurando el tipo contenido en el art. 173.2 del CP como un delito de tendencia o de hábito. De esta opinión, *Ob. Cit.* BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, N.º 14, 2004, págs.24-25, “la habitualidad evidencia un elemento subjetivo de lo injusto de **tendencia** interna, esto es, la inclinación o hábito a la reiteración del ejercicio de los actos típicos...”, “la habitualidad de las acciones no es un objeto que debamos considerar en el ámbito del dolo, pues es algo más, es un elemento subjetivo de lo injusto. No basta con que el sujeto sepa que en varias ocasiones se ha comportado violentamente contra determinadas personas, sino que es necesario que éste haya adquirido un hábito”.

¹²³ *Ob. Cit.* GRACIA MARTÍN, L.: “Comentario al artículo 153 CP”, en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L; (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, págs. 459 y ss.

autor a ejercer violencia, no existe base legal para la exigencia de esa tendencia, pues, como ya se ha resaltado, la habitualidad la refiere el tipo a la violencia y no al agresor¹²⁴ y porque el apartado tercero del art. 173, alude a los criterios legales a tener en cuenta para apreciar la habitualidad entre los cuales no se halla el hábito o tendencia subjetiva del agresor.

Lo importante es que el bien integridad moral, eminentemente personal, haya sido lesionado a través un comportamiento violento realizado con habitualidad lo que requerirá, que las diversas violencias, aun ejercidas puntualmente sobre diversos sujetos, se proyecten también sobre los demás o como mínimo sobre uno de ellos. Sólo de esta forma se evitara definir el delito del art. 173.2 como un delito de autor, imponiéndose una interpretación atenta al injusto, esto es al bien jurídico y a su lesión.

La esencia del delito de malos tratos radica en la sistematicidad de la agresión dirigida contra personas con las que se mantienen o se han mantenido ciertas relaciones de carácter familiar o análogo. En el vigente CP no existe una definición de habitualidad que tenga una validez general. El artículo 94 CP aporta un concepto de habitualidad, pero tan sólo a efectos de aplicación del régimen de sustitución y suspensión de penas: “A los efectos previstos en la sección 2ª de este Capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello¹²⁵”. La eficacia de la definición de habitualidad contenida en dicho precepto debe limitarse al mismo.

En la parte especial del CP, dejando por ahora al margen el delito de violencia habitual, sólo en el delito de receptación del art. 299¹²⁶ CP se incluye la habitualidad en sus elementos típicos. Por otra parte esta misma circunstancia es tenida en cuenta, pero como agravante específica, en el delito de abuso de información privilegiada del

¹²⁴ *Ob. Cit.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Colección: Estudios de Derecho Penal, 2001, p.232; *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 2001, p. 83; *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª, 2002, p. 125, estima que con la redacción dada al precepto por la L.O. 14/1999, no es posible seguir defendiendo la tesis que mantenía Gracia Martín en relación con la regulación anterior, en el sentido de que la habitualidad era un “elemento subjetivo de lo injusto”. Considerando que esta teoría es portadora casi de una especie de tipo de autor.

¹²⁵ Tanto por su ubicación sistemática dentro del Capítulo III del Título III, dedicado a las penas como por la propia remisión con la que se inicia el precepto “a los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este Capítulo...”, la eficacia de la definición de habitualidad contenida en dicho precepto debe limitarse al mismo.

¹²⁶ Dada la redacción del precepto, sólo adquiere relevancia típica un aprovechamiento habitual, quedando en la atipicidad las conductas que consistan en aprovechamientos aislados.

artículo 285.2 CP. Otro de los casos en los que la reiteración de acciones resulta relevante es respecto al impago de prestaciones establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, art. 227 CP, en el que se exige un impago durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos. Por lo que un sólo impago en la prestación debida no conforma del tipo penal descrito.

Por eso el concepto de habitualidad ha sido uno de los “caballos de batalla” a la hora de aplicar este precepto. Entendiéndose, tradicionalmente, la interpretación de este elemento del tipo del art. 173.2 de dos formas opuestas, una formal, marcadamente garantista, y otra material, más flexible.

Los autores partidarios de la teoría formal proponen concretar de forma precisa tanto el número de agresiones como el espacio temporal en el que éstas deben producirse para poder apreciar la habitualidad. Acudiendo para ello a la definición prevista en el artículo 94 CP y, extrapolando esta previsión, consideran que son necesarias tres¹²⁷ o más agresiones en un período no superior a cinco años para poder aplicar el delito de malos tratos habituales. Otros consideran que debe entenderse como habitual la comisión, en un plazo de seis meses, de dos o más actos violentos. Esta propuesta interpretativa se basa en el plazo de prescripción establecido para las faltas en el artículo 131.2 CP.

La interpretación material, en cambio prescinde del “automatismo numérico” anterior y entiende que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento¹²⁸. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad superior que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual¹²⁹. De tal modo que el número de actos violentos concretos que se hayan producido deja de ser concebido como un criterio constitutivo de la habitualidad para ser considerado como un mero

¹²⁷ La exigencia de que concurren tres actos tiene su origen en que ese era el número que requería el art. 458 del CP de 1848 para la aplicación del tipo agravado de hurto habitual, *Ob. Cit.* GRACIA MARTÍN, L.: “Comentario al artículo 153 CP”, en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L; (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, p. 99.

¹²⁸ Gómez Rivero, interpreta que, “Si bien sin hacer especial mención al aspecto cuantitativo, esto es, al número de actos de violencia necesarios, el legislador quiso dejar claro que lo decisivo no puede ser la perspectiva formal de los actos de violencia enjuiciados, algo que la emparentaría más bien con el concepto de reincidencia, sino una valoración criminológico-social que ponga el acento en la realidad conflictual material que está en su base”. *Ob. Cit.* GÓMEZ RIVERO, C.: “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, *Revista Penal*, Nº.6, 2000, p. 70.

¹²⁹ V. STS 1 de junio del 2006.

indicador de la misma¹³⁰. En todo caso, -como ya se ha dicho- la habitualidad es algo más que una suma de actos aislados. Lo que, por otra parte, significa que se podrá apreciar la habitualidad aunque no puedan concretarse los distintos actos de violencia de forma total: puede bastar la referencia realizada por la víctima a que la situación se repite con frecuencia para llegar a la convicción determinante de un pronunciamiento condenatorio. Hay que atender a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por esos episodios de violencia reiterados que, aun espaciados, están presentes de una forma latente en todo momento. Por eso no parece lo más acertado que se hable en el precepto de “actos de violencia” “acreditados”, expresiones que parecen sugerir que cada uno de los episodios violentos aparezca perfectamente descrito en sus circunstancias. La jurisprudencia más reciente acoge este criterio para fundamentar la habitualidad¹³¹.

En cuanto a la proximidad temporal, no se cumplirá esta circunstancia en los casos en que entre las diferentes agresiones medie un lapso temporal tan corto como para impedir la apreciación del tipo¹³², *v. gr.*: si en un mismo día hay tres actos de violencia pero esa situación no vuelve a producirse con posterioridad no se dará la

¹³⁰ Así, en la STS de 7 de junio de 2000, considera acreditada la habitualidad a partir de dos actos de violencias físicas, afirmando que “En este caso ... no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgida aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de agresión de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja que permite su consideración como habitual”.

¹³¹ STS como la 414/2003, de 24 de marzo; la 1750/2003, de 18 de diciembre; la 645/2004, de 14 de mayo; 725/2004, de 7 de junio; 1016/2005, de 12 de septiembre; 1036/2005, de 19 de septiembre, entre otras, consolidan esta jurisprudencia en cuanto que no se trata de computar episodios violentos concretos sino que se llegue a declarar probado un “modo de comportarse respecto a las personas que le rodean” aunque para ello haya de tenerse en cuenta el número de actos y la proximidad temporal. En este mismo sentido, la SAP de Sevilla de 24 de febrero de 2004, “lo relevante para apreciar la habitualidad, más que una pluralidad numérica de agresiones, es la repetición y frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento”; 607/2008, de 03 de octubre de 2008; 765/2011, de 19 de julio de 2011, “En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más”. Conforme con esta idea, como señalara Gracia Martín - haciendo referencia al art. 153-, el concepto de violencia habitual debe interpretarse como un concepto fáctico, no sujeto a requisitos formales, como sucede con respecto a la reincidencia, aunque sí será necesario probar la realización de un número de actos suficientes para inferir la habitualidad”; *Ob. Cit.* GRACIA MARTÍN, L.: “Comentario al artículo 153 CP”, en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L; (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, págs. 456 y ss.; *Ob. Cit.* DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en: VV.AA, ALHAMBRA PÉREZ, P. (dir.): *Encuentros “violencia doméstica”*, 2004, p.483.

¹³² De la misma opinión se muestra, *Ob. Cit.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Colección: Estudios de Derecho Penal, 2001, p. 230; *Ob. Cit.* SANZ MULAS, N.: “Tutela Penal”, en: VV.AA, SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a. A., MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M^a. (coords.) : *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2005, p. 148.

habitualidad. Tampoco se apreciara la habitualidad cuando entre los diferentes actos violentos medie un prolongado espacio de tiempo, pudiendo considerarse que el respeto mutuo¹³³ durante largas temporadas de convivencia rompe la habitualidad. Aunque del examen de la doctrina y la jurisprudencia no se extrae ninguna aclaración o regla a aplicar en este aspecto concreto. Puesto que las STS y las Sentencias de las Audiencias Provinciales sobre el art. 173.2¹³⁴ no abordan el problema, debido a que el lapso temporal que media entre las agresiones no hace necesaria ninguna consideración en los fundamentos jurídicos sobre el requisito de la proximidad temporal. Aunque en diversas sentencias como la de la AP de Valladolid, Sección 2ª, 973/1998, de 23 septiembre, se ha apreciado habitualidad, sin hacer referencia alguna a la circunstancia de la proximidad temporal, ante el hecho de tres agresiones distintas separadas entre sí por periodos de de 1 año y 3 meses y 1 año y 5 meses, respectivamente. En la SAP de Valencia, Sección 5ª, 169/1999, de 15 de abril, se integran en la habitualidad hechos acaecidos en 1998, otros varios de 1996 y una amenaza producida una vez iniciado el procedimiento que supuso la ampliación de la denuncia. En la SAP de Cáceres, Sección 1ª, 41/2001, de 14 de mayo, se aprecia proximidad temporal, entre hechos comprendidos entre diciembre y marzo del año siguiente. Por su parte, la SAP de Valladolid, Sección 2ª, 245/2001, de 31 de marzo, niega proximidad temporal entre hechos constitutivos de falta acaecidos dos en mayo y uno en enero del año siguiente.

Sin que aquí se entienda que sean posibles unas reglas predeterminadas con carácter general, dada la necesaria flexibilidad en cada caso para apreciar todas las circunstancias del contexto, en la Reunión de Fiscales de Violencia Familiar de marzo de 2000 se aprobó como conclusión IV.9 que: “ no cabe negar la proximidad temporal, como regla general, entre aquellos actos violentos constitutivos de faltas distanciados por plazo no superior a seis meses, ni entre los actos violentos constitutivos de delito si el lapso temporal no excede de un año”. Como se puede apreciar no se fijan límites para su exclusión, sino parámetros para la inclusión de los actos dentro de la noción de habitualidad.

La tercera aclaración que efectúa el apartado 3 sobre el concepto de habitualidad es que cabe justificarla, mediante los actos violentos que resulten acreditados sobre los diferentes sujetos pasivos recogidos en el art. 173.2 CP.

¹³³ Partiendo de la premisa de que para la cuantificación hay que tener en cuenta tanto los episodios de violencia física como los de violencia psíquica.

¹³⁴ La mayoría de las Sentencias consultadas emanan de las Audiencias Provinciales debido a que la pena prevista en el art. 173.2 impide -salvo conexidad- que el asunto llegue en casación al TS.

Es indiferente que los actos recaigan sobre la misma víctima o sobre diferentes víctimas del núcleo familiar o cuasi familiar - tal y como reza el precepto- , siempre que se lleve a cabo la acción típica, la cual, no tiene modalidades comisivas limitadas siempre que produzca el menoscabo de la integridad moral¹³⁵. Si bien el concepto de violencia aquí requerido es distinto de los concretos actos de violencia, lo que es fundamental en sede de concursos¹³⁶.

El problema estriba en determinar quién es el sujeto pasivo: cada uno de los integrantes del núcleo familiar que ha sufrido alguno de los episodios violentos o bien todos ellos conjuntamente.

Está claro que la habitualidad puede construirse con actos de violencia ejercidos sobre distintos sujetos pasivos, ahora bien es preciso que estén integrados en el mismo marco de convivencia. Considerando que no podrá apreciarse la habitualidad si se repiten actos de violencia con el cónyuge y el ex-cónyuge, sin perjuicio de que cada entorno familiar pueda dar lugar, si los actos son reiterados en uno y otro entorno, a la existencia de dos delitos del artículo 173.2 en relación de concurso real¹³⁷. Considerando que esto es así, debido a que dado que el bien jurídico protegido es la integridad moral y ésta tiene un marcado y evidente carácter individual, el sujeto pasivo del delito será aquél sobre el que se haya ejercido violencia de un modo habitual, pero si son varios los que la han sufrido todos ellos serán víctimas produciéndose un concurso de delitos. Aunque no es preciso ser objeto de un determinado episodio de violencia física para colegir que los efectos de ésta se producen también o alcanzan sobre quien no la sufre de modo inmediato, si se piensa que igual que alcanzó al otro podría haberle

¹³⁵ Que se puede producir empleando engaño, violencia, intimidación, etc. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código Penal: el maltrato habitual”, VV.AA en: NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 188.

¹³⁶ *Ob. Cit.* CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, págs. 214 y 215.

¹³⁷ De la misma opinión, *ob. Cit.* DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en: VV.AA, ALHAMBRA PÉREZ, P. (dir.): *Encuentros “violencia doméstica”*, de 9 de abril de 2003, 2004, págs. 486; *Ob. Cit.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “El delito de Violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p. 96, quien sostiene, “ (...) que existirán tantos delitos de violencia habitual como personas sometidas a trato degradante”. A sensu contrario, *ob. Cit.* GRACIA MARTÍN, L.: “Comentario al artículo 153 CP”, en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L.; (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, págs. 80, que afirma que se dará sólo un delito ya que parte de que “ lo que constituye el fundamento del tipo es precisamente el hábito del autor como factor de riesgo indiscriminado para la salud e integridad personales de cualquiera de los miembros del grupo de convivencia”, de modo que la pluralidad de sujetos pasivos deberá valorarse únicamente como factor agravatorio de la pena.

alcanzado al uno, éste último sufrirá la violencia en sentido psíquico, angustiándose por el dolor sufrido por aquél y por el temor a sufrir en primera persona una nueva agresión¹³⁸. Del mismo modo si en un centro privado o público un sujeto agrede habitualmente a varias personas sometidas a guarda y custodia cometerá tantos delitos del art. 173.2 como personas hayan sido maltratadas sistemáticamente¹³⁹. Como ya se ha dicho lo importante es que a través de la habitualidad se establezca una relación personal, entre quien agrede y quienes son agredidos (mediata o inmediatamente), que humilla o degrada a estos últimos y son sometidos a una voluntad ajena que se impone gracias al ejercicio habitual de la violencia en sus diversas manifestaciones.

Finalmente, la referencia legal a que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores sigue siendo objeto de diversas interpretaciones, que pueden analizarse al hilo de los diferentes supuestos que pueden presentarse.

a) Actos ya enjuiciados y respecto de los cuales ha recaído sentencia condenatoria.

El hecho de que haya recaído ya sentencia condenatoria por delitos o faltas de lesiones, vejaciones o amenazas no excluye la sanción por el delito del art. 173.2 aunque para integrar éste se tomen en consideración también las faltas o delitos ya enjuiciados¹⁴⁰.

¹³⁸ Precisa, *ob. Cit.* MORENO VERDEJO, J.: “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en: VV.AA, POLO GARCÍA, S., PERAMATO MARTÍN, T. (dirs.): *Aspecto procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CDJ, N.º. I, 2007, p. 39, que determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. Consideración que resulta relevante a efectos de responsabilidad civil o adopción de medidas cautelares.

¹³⁹ Se evidencia en estos casos que el bien jurídico protegido no puede ser la “preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad o dicho de otro modo la paz familiar” como esgrime la STS 108/2005, de 31 de enero, Fundamento de Derecho 8º, ya que inexistente la relación familiar no puede protegerse esta, por otro lado como acertadamente apunta, *ob. Cit.* RAMÓN RIVAS, E.: *Violencia de Género y violencia domestica*, Colección los delitos, 2008, p. 85, no cabe exigir bajo amenaza de sanción penal, mantener una comunidad de amor. Ciertamente son exigibles ciertas obligaciones jurídicamente establecidas pero entonces, son estas y los bienes que están destinadas a servir, los que deben protegerse. Deben castigarse, además, los diversos atentados contra cualesquiera bienes que, con la familia como marco se produzcan, pero, no ella, como comunidad de amor, que por lo demás, muchas veces deja de serlo simplemente porque aquél desaparece.

¹⁴⁰ Entre otras, la STS 687/2002 de 16 de abril, en su FJ. 5º., es clara al respecto “la conducta típica es compatible también con la existencia de condenas anteriores por hechos violentos, pues se trata de reconocer típicamente dicho comportamiento desde la perspectiva de la habitualidad, y no cabe alegar infracción del principio *non bis in idem* tan estrechamente vinculado con la cosa juzgada (sólo en el caso de que los mismos episodios hubiesen sido ya subsumidos en el delito del art. 153) puesto que son hechos distintos”. Igualmente, en la misma dirección, la STS 932/2003, de 27 de junio.

Aunque esto no es óbice, para que en el ulterior proceso en el que se dilucida la existencia de un delito de maltrato habitual pueda existir discrepancia valorativa, no existiendo eficacia material de cosa juzgada. Aunque evidentemente la/s sentencia/s condenatoria/s será/n un elemento importante de convicción, no son un elemento irrefutable. Al igual que será necesario reproducir la actividad probatoria, ya que la existencia de sentencias condenatorias no exime de prueba para el caso concreto, según se infiere del art. 173.3 al decir “actos de violencia que resulten acreditados”.

b) Actos no enjuiciados, que son objeto del mismo proceso o de otro distinto, respecto de los que sigue viva la responsabilidad penal por los actos de violencia concretos.

Cuando no se ha interpuesto denuncia por los episodios individualizados de violencia, todos los hechos –tanto los constitutivos de falta como lo que en su caso pudieran dar lugar a un delito- podrán ser valorados para conformar la tipicidad del art. 173.2, originando un concurso de delitos¹⁴¹ que arrastrará, en su caso, las correspondientes sanciones por esas faltas o delitos. Aunque la compatibilidad entre ambas infracciones no soluciona todos los problemas, sino que trae de la mano otros derivados de la necesidad de coordinar los procesos por unas y otras infracciones, pues el enjuiciamiento no será necesariamente conjunto. Por ello resulta especialmente útil el Registro¹⁴² y el establecimiento de las normas de reparto adecuadas para su acumulación en un sólo proceso. Ya que si los diversos hechos hubieren sido denunciados en otras ocasiones y se detectara a través de dicho Registro o de cualquier otro modo (v. gr.: en el interrogatorio o declaración¹⁴³ de la víctima), lo oportuno es acumular todas las causas en una sola para que sean conocidos conjuntamente (art. 17.5¹⁴⁴ LECr). Dicha acumulación derivada de la conexidad, conlleva aparejados

¹⁴¹ Del art. 77 del CP y no de normas, criterio que aparece reforzado por la nueva ubicación sistemática del delito de violencia habitual. Sobre este particular la STS de 16 de mayo de 2003, en la que se declara de manera inequívoca la posibilidad de enjuiciamiento separado, es decir en concurso de delitos-, de la violencia habitual y otros delitos o faltas en que se hubiere concretado dichos episodios y la no conculcación del principio *non bis in idem*.

¹⁴² La creación del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la violencia doméstica por la Ley 27/2003, de 31 de julio, a través del art. 544 ter, obedece a esas ideas.

¹⁴³ Sobre la credibilidad y verosimilitud de la declaración de la víctima como única prueba de cargo v. STS de 7 de julio 2000.

¹⁴⁴ Como expresaba la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, “La exclusión de la causa de conexidad del art. 17.5 de la LECr en la regulación de la competencia por conexión de los Juzgados de violencia contra la mujer, impone en los supuestos de simple coincidencia temporal de los delitos individuales y diferentes cometidos contra la mujer y estas otras personas, incluso unidas al autor por los vínculos descritos en el art. 173.2 CP deban tramitarse separadamente ante el JVSM y ante el Juzgado de Instrucción ordinario respectivamente, pero en ocasiones, el tratamiento unitario de determinados fenómenos de pluralidad delictiva y la acumulación prevista en el art. 300 LECr constituirá

efectos que no se agotan en el ámbito procesal si no que alcanzan al derecho sustantivo (reglas de determinación de la pena, suspensión condicional de la ejecución de las posibles condenas que recaigan, etc.).

c) Actos no enjuiciados en los que, como falta o delito individualmente considerados se hubiera extinguido la responsabilidad penal por prescripción.

Resulta irrelevante tanto haber sido enjuiciada ya autónomamente como faltas o delitos las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido las unas y los otros hayan prescrito, para apreciar el delito de violencia habitual. En cuanto a la sanción por el hecho concreto, sí se exceptúa su punición por prescripción, pero nada impide valorar esas agresiones para integrarlas como indicios de la conducta a los efectos del art. 173.2¹⁴⁵. En ese terreno se mueve la STS 592/2004, de 3 de mayo, donde se alega prescripción de determinados hechos, se afirma que “una cosa es que pudiera aplicarse (...) el instituto de la prescripción a determinados hechos constitutivos de delito, y otra muy distinta que esos hechos y acciones no puedan tener la consideración de pruebas demostrativas de la habitualidad en las acciones de maltrato. O lo que es lo mismo, no por exonerarse al sujeto activo de la acción de su responsabilidad penal puede deducirse de ello que quede borrada sin efecto probatorio alguno la realidad fáctica de sus acciones agresoras y, por tanto, su empecinamiento y habitualidad en ser llevadas a cabo”. La STS 1016/2005, de 12 de septiembre¹⁴⁶, da un paso más y estima

una verdadera obligación procesal, bien porque afecta a la continencia de la causa -constituida por los elementos comunes a los enjuiciamientos de los distintos delitos- bien por su trascendencia sobre la calificación jurídica que en su momento haya de efectuarse (Auto del TS de 17/12/2001). Así ocurrirá con la posibilidad de aplicar en relación con los hechos realizados contra los diferentes sujetos pasivos del círculo familiar de forma sucesiva en el tiempo la existencia de un delito de violencia psíquica o física habitual del art. 173.2 CP, ya que conforme al apartado tercero de ese mismo artículo, para apreciar la habitualidad ha de atenderse al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, *con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas* de las comprendidas en este artículo.

Por tanto, en los supuestos de delito de violencia habitual, cuando la nota de la habitualidad dependa, además de la agresión a la mujer, de la acreditación de otras agresiones a hermanos o ascendientes en los términos previstos en el art. 173.2 CP, se interesara la acumulación de los eventuales procedimientos incoados por estas últimas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si no hubiera concluido la fase de instrucción, a fin de que los hechos sean enjuiciados en un mismo proceso y resueltos en la misma Sentencia”.

¹⁴⁵ De acuerdo con el principio establecido en el art. 132.1 del CP el delito del art. 173.2, no empezará a prescribir sino desde el momento que cesa la conducta.

¹⁴⁶ Así se deduce de las múltiples STS, “en el caso presente estamos ante unos hechos ocurridos en el seno de la convivencia de la referida pareja. Era necesario que pudieran ser objeto de acusación no sólo por los delitos o faltas existentes en cada uno de tales enfrentamientos, sino también por esta infracción penal referida a la violencia habitual entre personas convivientes –o con relaciones incluso sin tal convivencia (nuevo art. 173.2)–. Al efecto, tenían que encontrarse en el seno del mismo procedimiento todos los hechos que pudieran integrar esta nueva figura de infracción penal. Y ello **hacía necesaria la reapertura de las mencionadas diligencias previas** 8449/2001 del Juzgado de Instrucción 14”. (...) “Para los casos de acumulación de diferentes infracciones penales (delitos o faltas) dentro del mismo

que no cabe computar la prescripción infracción por infracción, si no que ha de computarse respecto de todo el complejo delictivo, lo que lleva a estimar que sólo no ha prescrito el delito de ejercicio habitual de la violencia si no que ni siquiera están prescritas las faltas por los episodios que lo integran objeto de sanción independiente.

d) El último supuesto posible es el del enjuiciamiento por un delito del art. 173.2 cuando previamente han recaído sentencias absolutorias o autos de archivo o de sobreseimiento¹⁴⁷ por las faltas o delitos de lesiones, vejaciones o maltrato psíquico individualizados.

En numerosas ocasiones se van interponiendo denuncias que finalizan en archivo o en sentencia absolutoria por falta de pruebas derivada de la incomparecencia de las víctimas. En una enésima denuncia éstas, habiendo superado ya el temor o abandonada la falsa ilusión de que la situación se podría solucionar sin intervención

procedimiento, viene diciendo que no cabe hablar de prescripción individualizada de cada una de ellas: hay que tener en cuenta al respecto la infracción que exija mayor tiempo para la prescripción, de modo que, si dentro del mismo procedimiento se tramita un delito y una falta, esta última no prescribe mientras no lo haga aquél. Como recuerdan las Sentencias de esta Sala, por todas la STS 1247/2002, de 3 de julio, y las que cita, la prescripción del delito tiene un doble fundamento, material y procesal: por un lado, se reconoce a la prescripción una naturaleza jurídica material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. Por otro lado, desde la perspectiva procesal, se destacan las dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio. **En los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario.** Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina de esta Sala, **estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal.** Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. En el mismo sentido se han pronunciado, además, entre otras muchas, las sentencias de esta sala de 25.190, 17.10.97, 29.7.98, 12.5.99, 31.10.2002 y 14.11.2003. Aplicando la anterior doctrina al caso presente, hallándose acumulados como objeto del presente procedimiento el hecho constitutivo de falta ocurrido el 3.11.2001 con otras infracciones integrantes de diferentes figuras de delito y no habiendo transcurrido el plazo de prescripción establecido para estas últimas, **es claro que no cabe tener por prescrita la falta de lesiones por la que condenó la sentencia recurrida.** Por tanto, hemos de corroborar el criterio defendido en la sentencia recurrida (párrafo último del fundamento de derecho 1º) donde se razona la inaplicación al presente caso de la prescripción de la mencionada falta.”

¹⁴⁷ Los autos de sobreseimiento provisional y archivo, dictados por el Juez con base en el 641 de la LECr, no producen eficacia de cosa juzgada material, - ni la retirada de la denuncia ni la renuncia a las acciones civiles y penales tienen aptitud para fundamentar un auto de sobreseimiento cuando se trata de una infracción penal perseguible de oficio-, de modo que las diligencias correspondientes pueden reabrirse en cualquier momento, por más que haya adquirido firmeza la resolución al no haberse recurrido.

judicial, comparecen y no sólo relatan con detalle la última agresión sino que dan cuenta de la retahíla de denuncias que luego no fueron sostenidas o que no pudieron finalizar con una sentencia condenatoria. No cabe indiscutiblemente volver a enjuiciar esos hechos concretos, salvo que se tratase de autos de sobreseimiento provisional, en cuyo caso sí procederá la reapertura y acumulación.

A partir del alcance de la cosa juzgada penal, que sólo tiene una eficacia negativa o excluyente¹⁴⁸ (careciendo por tanto de una eficacia positiva o prejudicial) el TS -en la ya citada- Sentencia 687/2002, de 16 de abril, sostiene, “ que es aplicable al caso la doctrina según la cual en el proceso penal no se da el efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada (excepto quizá cuando un pronunciamiento anterior ha declarado la inexistencia del hecho), por lo que igualmente un Tribunal distinto puede valorar de forma diferente hechos archivados con anterioridad conforme a la prueba desarrollada en su presencia”.

En el mismo sentido la SAP de Madrid, (Sección 23ª.) de 5 de julio de 2000: “... las razones que lleven a poner fin a esos otros procedimientos pueden ser variadas, ya que, incluso si hubieren concluido con sentencia absolutoria, la misma pudiera responder a cuestiones procesales que no afectasen a la realidad de fondo, por cuyo motivo el concepto de habitualidad hay que construirlo desprovisto de eventuales incidencias de otros procesos. El resultado y los efectos de ese resultado en el proceso de que se trate serán los que, en relación con el mismo, deban ser, pero, a salvo los efectos de cosa juzgada, no deben ir más allá, ya que lo contrario supondría supeditar el proceso por malos tratos habituales a lo que en otro se dijese, con lo que de limitación para el principio de libre valoración de la prueba ello supone. Resumiendo, pues, el tema de la habitualidad es cuestión de prueba ajena a cualquier avatar judicial que pueda interferir en el concepto con el riesgo de producir una disfunción de ese concepto naturalístico que entendemos debe serle dado”.

Si consideramos que la absolución no impediría el ejercicio de acciones civiles posteriores por los mismos hechos, salvo que la sentencia declare probada su inexistencia (art. 116 LECr), y que la absolución por un delito o falta de lesiones o amenazas, o maltrato, no implica forzosamente la absolución por el delito de maltrato habitual puesto que lo que se enjuicia no es cada acto individualizado o aislado (excluido por la cosa juzgada), sino la situación creada, puede volverse sobre los

¹⁴⁸ Es decir lo afirmado o declarado probado en una sentencia firme no vincula en otros procesos posteriores, v. por todas, STS, 1284/1999, de 21 de septiembre.

mismos hechos para estimar si existe o no una situación de maltrato habitual y condenar por el delito del art. 173.2 CP.

Afirma Del Moral¹⁴⁹ “que la Sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre en un proceso previo cuyo objeto fuese un concreto caso aislado de lesiones - especialmente si en ella no se afirma paladinamente la inexistencia del hecho- impedirá un nuevo enjuiciamiento de estos hechos, pero no su valoración a los fines de considerar que ha habido habitualidad en un proceso abierto posteriormente por el delito del art. 153 CP. En la medida en que en el segundo proceso se está valorando una situación permanente y se evita condenar específicamente por cada episodio individualizado, no se está vulnerando el principio de la cosa juzgada.”

Hay que señalar, no obstante, que el TS en la Sentencia 805/2003, de 18 de junio, asevero: “las denuncias por supuestos malos tratos que concluyeron en sentencia absolutoria no pueden ser tomadas en consideración para apreciar la habitualidad.” “... el principio de presunción de inocencia establece que toda persona es inocente mientras no se acredite lo contrario, y en el caso de que una acusación concluya en sentencia absolutoria por no haberse acreditado los hechos, sea por incomparecencia de la denunciante sea por otra razón diferente, lo cierto es que la sentencia firme dictada impone la consecuencia de que el denunciado debe ser a todos los efectos considerado inocente de los referidos hechos, por lo que no pueden valorarse posteriormente esos mismos hechos en contra del acusado tomando en consideración una versión inculpatória frontalmente contradictoria con cosa juzgada”.

Aclarar, que se trata de una afirmación *obiter dictum*, que no representa la razón del fallo, ya que en la sentencia se confirma la condena señalando que, aún no teniendo en cuenta los hechos por los que se había dictado sentencia absolutoria, existían elementos de juicio suficientes para integrar el delito en ese caso concreto.

B.3.1 Dificultad probatoria

Si bien es cierto que, en determinados casos, la instrucción de la violencia doméstica no reviste excesivas complicaciones, la investigación de la violencia habitual entraña una mayor complejidad, de modo que las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido resultarán en la mayor parte de los casos poco idóneas en orden a intentar recabar las pruebas suficientes que permitan fundamentar un eventual fallo condenatorio por parte

¹⁴⁹ *Ob. Cit.* DEL MORAL GARCÍA, A.: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, en: VV.AA, *Delitos contra las personas*, Manuales de formación continuada, CGPJ, 1999, págs. 331y ss.

del órgano encargado del enjuiciamiento. Las Diligencias Previas parecen el cauce procedimental más adecuado que permite recabar diligencias de investigación y otros informes que puedan resultar útiles.

Modos de probar la habitualidad: La habitualidad no califica al autor del delito, sino a la propia conducta típica, y por ello, como elemento normativo, debe ser acreditada. Por otro lado, la garantía de defensa exige concretar mínimamente los hechos con datos que permitan al acusado identificar el episodio a que la víctima se refiere y defenderse de ello, lo contrario llevaría a una gran inseguridad que privaría al acusado del ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías.

Lo que puede efectuarse desde una triple perspectiva no excluyente entre sí¹⁵⁰:

a) Acreditación judicial: cuando con ocasión de la investigación de este delito, se aportan testimonios de denuncias interpuestas por la víctima, o, en su caso, de las sentencias condenatorias detectadas.

b) Acreditación médica: a través de los diversos partes o informes médicos - hayan dado o no lugar a la incoación de diligencias-, pero que en base a ellas puede fundarse razonada y razonablemente la existencia de tal maltrato habitual.

c) Acreditación mediante prueba testifical: ya de la víctima¹⁵¹ de las personas que hubieren podido presenciar o tener conocimiento de los hechos presuntamente delictivos, otros familiares, vecinos o agentes de la autoridad que puedan ofrecer al Juez datos suficientes para llegar a la conclusión de estar en presencia de un maltrato habitual (STS 1309/2005).

C. SUJETOS DEL DELITO

El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente o sujeto activo¹⁵² -que puede ser tanto hombre como mujer- y amplía el mismo respecto a la

¹⁵⁰ V. complementariamente, GÓMEZ VILLORA, J. M^a.: “Cuestiones prácticas en la instrucción de los delitos de violencia contra la mujer, con especial referencia a la jurisprudencia emitida en estos tipos de delitos”, en : VV.AA, GÓMEZ VILLORA, J. M^a. (dir.): *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004, IX, CGPJ*, Madrid, 2007, págs. 165 y ss.

¹⁵¹ La STS 935/2005 de 15 de julio, señala que “la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del TS como por la del TC”.

¹⁵² V. STS 409/06, 13/2004; La ley describe el delito mediante una proposición cuyo sujeto es el *sujeto activo* de aquel, el sujeto activo no se identifica con el autor. Con la categoría de sujeto activo se analizan los diversos modos con los que se describe un elemento del hecho típico: es por consiguiente un elemento de la formulación del tipo, el concepto de autor tiende por el contrario a la realización del tipo. Debido a que en la proposición normativa no hay autores sino sujetos activos; y a la inversa; en la realidad no hay sujetos activos sino autores. Pero que sujeto activo y autor sean categorías conceptuales distintas, no significa que se hallen desconectadas. El sujeto activo, como elemento del hecho típico, circunscribe el ámbito de los posibles autores. De manera que no se podrán ser autores de la

tipificación anterior; así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, se integran aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla.

Por otro lado, al incluir a los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro, se hace clara referencia a situaciones de subordinación del sujeto pasivo con respecto al agresor, pero no parece exigir que tal situación derive necesariamente de las relaciones de afectividad, parentesco o afines que habitualmente integraban la violencia doméstica. Este enfoque que se le ha dado al precepto aleja de su esencia la supremacía totalizadora de la paz familiar como exclusivo objeto de protección y de delimitación del tipo, aunque en la mayoría de los casos se verá afectada, y abre las puertas a perspectivas más amplias.

El **objeto material**¹⁵³ del delito está representado por el cuerpo y el estado anímico o emocional (el espíritu) del sujeto o de los sujetos que sean receptores de los actos de violencia física o psíquica habitual.

El delito presenta la estructura de un delito especial propio¹⁵⁴, puesto que **sujeto activo**¹⁵⁵ sólo podrá serlo aquél que esté unido al pasivo por los vínculos que el

correspondiente figura del delito quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto en la fórmula legal. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 323.

¹⁵³ Entendiendo por tal, según la opinión común, la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica.

¹⁵⁴ De la misma opinión, entre otros, *Ob. Cit.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: en: VV.AA, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (dir.): *Código Penal comentado*, 2ª. , 2004, p. 538; *Ob. Cit.* BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, N.º 14, 2004, p. 18. *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 1ª. 2001, págs. 50 y ss. *Ob. Cit.* FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, 2002, p. 96; *Ob. Cit.* GRACIA MARTÍN, L.: “Comentario al artículo 153 CP” en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L; (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, p. 69; *Ob. Cit.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.ª, 1996, p. 410, pone como ejemplo de delito especial propio el delito de malos tratos habituales (antiguo art. 153). Definiendo los mismos como, “aquellos en los que la realización del tipo exige una repetición de actos, sin que normalmente la figura penal precise el número exacto de ellos que hay que realizar para entender cometido el delito”.

¹⁵⁵ Aunque no se requiere para su tipicidad la agresión por parte de un hombre sobre una mujer, el sujeto activo al igual que el pasivo se configura sin distinción alguna respecto al sexo.

precepto describe. Estando definido el autor en la mayor parte de las ocasiones por su relación con la víctima del delito.

En cuanto a la **culpabilidad** sólo se admite el dolo¹⁵⁶, aunque en principio deben aceptarse todas las clases de dolo resulta difícil imaginar supuestos de dolo eventual.

Si bien conceptualmente son posibles las formas de participación, parece que toda persona que ejerce violencia física o psíquica sobre otra comete el tipo como autor, por lo que dada la amplitud de la redacción típica será, en la práctica, difícil concebir esas formas de participación, así como las formas imperfectas, pues aunque se requiere un resultado de lesión del bien jurídico protegido, la mera realización de la actividad normalmente ya lo supone. Sin embargo conceptualmente son posibles.

No se incluyen modalidades típicas omisivas, debido a que no es posible puesto que no se compadecen con el verbo típico “ejercer”, dado que sólo cabe hablar de comisión por omisión (concebida como la omisión impropia regulada en el art. 11 CP) en los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado material, y el delito objeto de estudio es un delito de mera actividad. Aunque, no han faltado ocasiones en que se haya castigado, bajo aplicación del art. 11 comportamientos no activos. Pero, además de venir referidos a la versión del precedente art. 153, se imputaban a persona tenida por coautora de la violencia física ejercida por otro, respecto de cuya violencia se estimaba que el omitente tenía el dominio del hecho¹⁵⁷.

De las relaciones típicas entre los sujetos activo y pasivo¹⁵⁸ pueden diferenciarse los grupos siguientes:

¹⁵⁶ Como es sabido la forma dolosa en cualquiera de sus manifestaciones, conlleva un elemento intelectual que se extiende al conocimiento de los elementos del tipo y, como elemento más discutible, uno volitivo según el cual el sujeto debe querer realizar la conducta y eventualmente producir el resultado pese al conocimiento que ya posee, o al menos aceptar este último aún sin quererlo realmente. Se habla de dolo eventual, cuando al autor se le representa como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar, y pese a ello, actúa asumiéndolas. En el dolo eventual, pues *querido* es lo que el autor ha *asumido*; *Ob. Cit.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.ª, págs. 550 y ss.

¹⁵⁷ Más adelante se incidirá sobre este particular.

¹⁵⁸ El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta, o dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. Aunque es preciso distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto (pasivo) de la acción, aunque normalmente puedan coincidir ambos. V. gr. la propiedad de una persona puede resultar quebrantada si se le sustraen los bienes que se encuentran en posesión de un tercero, aunque pueda ser éste el sujeto sobre el que recae la acción. Sólo la titularidad del bien jurídico determina la condición de sujeto pasivo. Como consecuencia ha de afirmarse, que pueden ser sujetos pasivos todas las personas físicas o jurídicas que ostenten la condición de titulares de derechos o intereses. *Ob. Cit.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.ª, p. 330; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª, Reppertor, Barcelona, 2009, págs. 220 y ss.

a) Relaciones conyugales o ex-conyugales o personas que se encuentren o hayan estado unidas por análoga relación de afectividad¹⁵⁹, aún sin convivencia.

Se incluyen por tanto las uniones matrimoniales¹⁶⁰ y de hecho, de personas del mismo o diferente sexo, y los separados de hecho o legalmente, debido a que el fundamento material de lo injusto se determina por la existencia de una relación de poder que proporcionan esas relaciones y tal situación puede persistir aun cuando se ha producido una separación o ruptura del vínculo, no resultando determinante la convivencia¹⁶¹ si no la relación de dominio que ejerce un sujeto sobre el otro. Por otro lado, la violencia sistemática después de poner fin a la convivencia demuestra que el autor sigue tratando a su ex pareja o ex cónyuge como un objeto a su libre disposición, puesto que en muchas ocasiones, la ruptura de la convivencia se convierte en el detonante de la agresión, al no aceptar el autor que la persona salga de su círculo de dominación.

Asimismo, cuando el legislador del año 2003 reformó el artículo 173.2 del CP e introdujo “o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, la protección de la norma penal alcanza sin duda alguna, entre otras, a las relaciones de noviazgo presentes o pasadas, que como ya se apuntó en su momento, son las relaciones que trascienden de los lazos de amistad,

¹⁵⁹ En sus inicios, esta expresión fue criticada por la doctrina argumentando que alude a una situación de efectividad análoga a la conyugal y tal efectividad no es consustancial a toda relación conyugal y menos cuando se da una situación de agresión habitual, proponiéndose por diversos autores, la expresión “relación estable de pareja”, así, FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 97, *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L.: Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, 2002, p.676; *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 1ª. Atelier, Barcelona, 2001, p.53.

¹⁶⁰ No se pierde la condición de cónyuge durante la separación matrimonial, aunque sí tras el divorcio: el sujeto pasivo de la acción o víctima tenía la cualidad de cónyuge del agresor al momento de ocurrir los hechos, no siendo cierto que esa cualidad la perdiese después de la separación de ambos, agresor y víctima, pues, obvio es decirlo, una cosa es la separación de hecho y otra muy distinta la ruptura del vínculo matrimonial, v. (STS 592/04, 3/2005).

¹⁶¹ La inclusión del inciso “aun sin convivencia” fue consecuencia de la aprobación por unanimidad de la enmienda número 143 del Grupo parlamentario Catalán, cuya justificación se basaba en la ampliación del círculo de sujetos pasivos que tienen o hayan tenido una relación afectiva sin convivencia. Las palabras de la diputada Pigen Palmes en la Comisión de Justicia e Interior ponen claramente de manifiesto que esta es la voluntad de la Ley: “La enmienda aceptada por el Grupo Parlamentario Popular admite que la violencia doméstica se refleja en las relaciones de afecto aunque no hubiera habido convivencia, con lo cual, además de los cónyuges, ex-cónyuges, convivientes, ex-convivientes, se podrán contemplar aquellos delitos cometidos por personas que hubieran tenido relación de novios o novias aunque no hubiese mediado convivencia”. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones. Nº. 776, de 17 de junio de 2003. En el mismo sentido en el Pleno del Congreso de los Diputados (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno. Nº. 264 de 26 de junio de 2003).

afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y “more uxorio”, en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vincula, considerando que sólo podrán excluirse aquellas que se mantienen de modo esporádico u ocasional que no impliquen una relación de pareja estable, las de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual.

La STS 510/2009, de 12 de mayo, estima que lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es “que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedan por tanto excluidas del concepto de “análogo relación de afectividad” las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer” (...) “La protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional”.

Asimismo, la SAP de Madrid, Sección 2ª, de 12 de mayo de 2005, ante la alegación del recurrente de que se trataba de una relación simplemente sexual y esporádica, considero que el recurso no podía prosperar: “ Con la nueva terminología del precepto se ha pretendido englobar aquellas situaciones fácticas, cada vez más frecuentes en las que no existe fidelidad, unidad o un futuro en común, como las situaciones de noviazgo o de “amantes”, a la que es equiparable la que mantenía Héctor con Beatriz, como se desprende de su propio testimonio prestado en la comparecencia celebrada el día 25 de febrero de 2004 ante el instructor en la que el denunciado manifestó expresamente “que la quiere muchísimo”; envía dinero a sus hijos así como cartas, llevan tres años juntos y tienen relaciones sexuales sin que exista convivencia porque él está casado, según el testimonio reiterado de la denunciante; reconociendo el denunciado que le entrega dinero a Beatriz”.

En idéntica dirección, la SAP de Valencia de 19 de enero de 2005, “ ... incluso sin “amor, sólo con “sexo”, siendo por otra parte de probanza diabólica la existencia de amor, e incluso sin compromiso ni intención de matrimonio, existe la *relación de afectividad* a la que se refiere el CP, cuando existen relaciones de “pareja”, contactos personales más o menos continuos entre las partes, diarios, de fines de semana o esporádicos, en la calle, en algún concreto domicilio o en otros lugares, a los que la Ley

atribuye la eficacia de poner a cargo de sus miembros una obligación de respeto hacia la otra parte, muy superior al generalmente debido a cualquier otro ser humano, de forma que su transgresión es igualmente, más gravemente penada”.

SAP Alicante, Sección 1ª, de 5 de octubre de 2007, respecto a la relación de noviazgo: “Debe considerarse que existe una especial vinculación entre los arts. 153, 171, 172 y 173.2 del CP en relación a los sujetos activos y pasivos del delito, ya que son idénticas las relaciones familiares protegidas por estos delitos y es este último precepto el que se refiere a las personas relacionadas entre sí por una relación de afectividad aun sin convivencia, y en este ámbito deben incluirse a los novios, ya que la denominada *mens legislatoris* ha incluido a estas relaciones Así, como señala la doctrina mayoritaria que se ha ido pronunciando sobre esta cuestión, la norma ha eliminado el término “de forma estable” que caracterizaba, en el anterior art. 153 del CP, la relación existente entre los sujetos activo y pasivo del delito. Esta expresión, también incluida en el vigente art. 23 del CP, tiene como misión principal la protección de las relaciones *more uxorio*, pero, con la anterior regulación, quedaban excluidas las relaciones en las que no existía una convivencia estable en la misma casa, como era el caso del noviazgo, por lo que en efecto, tras la reforma por Ley 11/2003, se entiende que la interpretación más adecuada es la de la ampliación a la relación de noviazgo, o pareja estable sin convivencia, ya que se elimina la referencia y exigencia de “la relación estable” bien referida al ámbito matrimonial o de las parejas de hecho, con lo que al no ser exigible tampoco la convivencia entre los sujetos activo y pasivo debe entenderse que se incluye en el art. 153, 171 y 172 CP a la relación de noviazgo, o de pareja que tiene una relación más o menos estable pero que no conviven, ya que ésa fue la intención del legislador en la redacción del precepto incluido en la Ley 11/2003 a raíz de las continuas reivindicaciones que se efectuaron desde distintos foros. *Mens legislatoris* que es, evidentemente, importante a la hora de interpretar los conceptos antes mencionados relacionados con la exclusión de “la relación estable” y a las personas con relación de afectividad aun sin convivencia”.

Llegados a este punto surge la duda de si las mujeres menores de edad pueden o no ser sujetos pasivos de la violencia de género en cuanto a si dispone de la capacidad necesaria para decidir el inicio de una relación sentimental. Como es sabido los artículos 12 de nuestra Carta Magna y 315 del CC, fijan la mayoría de edad a los 18 años, pese a ello, en nuestro Ordenamiento jurídico son diversas las normas que otorgan capacidad al menor de edad. En el Código Civil existen numerosos ejemplos en los que se otorga a

los menores facultados para realizar por sí mismos actos con eficacia jurídica: por citar algunos de ellos:

Pueden otorgar testamento a los 14 años (artículo 663 CC); art. 48 CC permite contraer matrimonio con dispensa del Juez de Primera Instancia a los menores a partir de los 14 años; el art. 1329 CC autoriza al menor que con arreglo a la Ley pueda casarse a otorgar por sí sólo capitulaciones matrimoniales en las que pacte el régimen de separación o el participación. Igualmente puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres o de su tutor (art. 157 CC); el art. 177.1 CC exige el consentimiento del menor mayor de 12 años para constituir su adopción; el art. 443 CC permite a los menores en general adquirir la posesión de las cosas, el art. 625 CC aceptar donaciones y el artículo 320 CC autoriza al Juez para conceder la emancipación de los hijos mayores de 16 años.

Aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, parece claro que las mujeres que no la han alcanzado gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental que las sitúa, sin duda alguna bajo la esfera de tutela penal que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género¹⁶². Máxime si se tiene en cuenta que el artículo 17 de la LOVG, así lo recoge, al disponer que “todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley.” Por otro lado, la norma penal no está condicionada a la mayoría de edad, ni exige ni define las circunstancias que deben concurrir para acreditar una relación sentimental requisito que deberá ser objeto de prueba¹⁶³.

¹⁶² Siempre y cuando la relación que se mantiene -al igual que en el resto de supuestos- traspase lo meramente episódico. Como señala *Ob. Cit.* ESCOBAR JIMENEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004 de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista Sepin Penal*, Nº. 18, noviembre- diciembre 2005, págs. 9 y ss., “que exista una relación nutrida, en el vínculo afectivo, de cierta intensidad y compromiso, y en lo temporal, de una aceptable permanencia o duración”; asimismo v. complementariamente; v. Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado: “Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer”.

¹⁶³ SAP Zaragoza, Sección 3ª, de 23 junio de 2006, “(...) Entendemos que con independencia de que sea objeto de prueba en el juicio el hecho de la agresión, amenaza o coacción es preciso acreditar por los medios probatorios admitidos en derecho la existencia de la relación estable, y en este caso sería posible valorar la declaración de la víctima como ocurre en estos supuestos con gran frecuencia, - elevando a la categoría de prueba de cargo el Tribunal Supremo esta declaración- y también por las numerosas pruebas testificales que puedan acreditar que la relación de pareja sin convivencia no se refería a una mera relación esporádica u ocasional, sino con cierto rango de permanencia. Por otro lado, la cuestión relativa a la edad de las partes es irrelevante en cierta medida. Así, llegado el caso de que nos encontremos con uno de los miembros de la pareja en edad, en este caso, el varón con mayoría de edad y **la víctima sea menor de edad**, pero mantengan una relación estable deberíamos entender aplicables los preceptos tipificados en el CP como delito en lugar de considerar el hecho como una mera falta de amenaza, coacción leve o golpe sin causar lesión. **Y ello es evidente porque la mujer menor de edad que tiene una relación estable con un chico mayor de edad debe tener la misma protección que la**

b) Relaciones de parentesco.

Se trata de determinar en cuáles de los supuestos enunciados en el precepto se exige o no el requisito de la convivencia entre determinados parientes para calificar las conductas definidas como delitos de violencia doméstica. Al respecto se han establecido dos posturas jurisprudenciales que resumen el Auto de la AP de Castellón, de 12 de julio de 2006, y la SAP de Barcelona, de 31 de enero de 2007. Se transcribe a continuación un fragmento de esta última:

“La confusa redacción del art. 173, 2 del CP ha llevado a que su interpretación no sea pacífica, hasta el punto de seguirse dos criterios discrepantes en las diferentes Audiencias Provinciales. Una interpretación considera que, atendiendo a la situación de la conjunción copulativa “o”, en el listado de personas contenidas en el ámbito de la violencia doméstica se incluirían todas las que están unidas por aquellas relaciones de parentesco, con independencia del dato de la convivencia, la cual sólo operaría en el supuesto de los menores o incapaces al utilizar la expresión “que con él convivan”, y en el supuesto de cualquier otra persona amparada en cualquier otra relación debido a que se utiliza la expresión “por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”; concluyendo que en la generalidad de las relaciones de parentesco próximo no es precisa la convivencia para que se produzca el aumento de reproche penal, exigiéndose la convivencia sólo cuando no existe relación de parentesco o asimilable¹⁶⁴, en cuyo caso se exige que la agresión se produzca en aquella situación de convivencia.

mujer mayor de 18 años. De ninguna manera se puede establecer el marco de protección de la víctima en la mayor o menor de edad de esta, sino en la necesidad de que si se ha acreditado que existido una relación de pareja en mayor o menor medida, el Estado de derecho no puede beneficiar al infractor por el hecho de la minoría de edad de la víctima. Incluso, es sabido que en estos casos hasta existen tipos penales que establecen una específica agravación por la menor edad de la víctima ... En definitiva, y como se ha expuesto al comienzo de la presente resolución es la propia relación de hechos probados la que delimita que deba estimarse el recurso de la fiscalía y revocar la condena por falta para señalar que los hechos son constitutivos de delito de violencia de género del art. 171.4 CP por concurrir todos los elementos del tipo penal; además, en la propia sentencia se recoge que el acusado reconoció que llevaba año y medio saliendo con la víctima y que no vivían juntos, pero ello entra en el tipo penal del art. 171.4 CP al referirse a la relación sin convivencia y la propia juez penal niega credibilidad a la exculpación del acusado respecto a que no profirió las amenazas, afirmando la juez que la exculpación del acusado queda desvirtuada por la propia declaración de la víctima y su madre, añadiendo en el FD 2º que la víctima declaró que habían sido novios un año y siete meses, lo que también reconoce el acusado en cuanto a la naturaleza estable y no esporádica de la relación mantenida. Desde luego, para la Sala esta relación tiene la suficiente entidad para ubicarla en el tipo penal por el que acusa la fiscalía del art. 171.4 CP no aceptándose en esta alzada el contenido del FD 3º de la sentencia recurrida en cuanto a la valoración relativa a la imposibilidad de que la víctima tenga una relación equiparable, ya que **la propia adjetivación de "inmadurez", no acreditada en ningún caso, por cierto, reflejada en la resolución al final conllevaría una situación de desprotección de la víctima si se aceptara que ello deriva en calificar los hechos como mera falta en lugar de un delito de violencia de género**, habida cuenta que además se califica de inmaduro al acusado que con 19 años ha amenazado a la víctima con matarla, según consta en la relación de hechos probados”. (La negrita es nuestra).

¹⁶⁴ Interpretación que se defendió en la Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado.

Frente al anterior criterio, la otra línea interpretativa sostiene que efectuando una interpretación gramatical y sintáctica del precepto, sólo puede concluirse que en el caso de parientes ascendientes, descendientes y hermanos-, al estar mencionados justo con anterioridad a los menores o incapaces “que con él convivan”, para que pueda darse el tipo penal de violencia doméstica se precisa el requisito de la convivencia, al armonizarse mejor esa interpretación con la “ratio legis”, es decir, la finalidad del legislador para penalizar como delito conductas que, en principio, deberían tener la consideración de faltas, que no es otra que la evitación de los malos tratos físicos y psíquicos en el seno del ámbito familiar o doméstico por su mayor reprochabilidad penal”.

La sentencia opta por la segunda de las posibilidades expuestas con el siguiente razonamiento: “Aunque ambos criterios sean defendibles en derecho, en esta Sección nos hemos inclinado por el segundo de los criterios apuntados, teniendo en cuenta que el referido art. 173.2 se introdujo en el CP por LO 11/2003 de 29 de septiembre, en cuya Exposición de Motivos se hace referencia a “las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos”, que avala la interpretación que defendemos, pues de ese texto se desprende que la intención del legislador era circunscribir la mayor reprochabilidad penal a las agresiones cometidas en aquel ámbito de convivencia familiar”.

Muchas otras resoluciones adoptaron la misma posición¹⁶⁵. Por su parte el TS en su Sentencia de 16 de marzo de 2007¹⁶⁶, llegó a la misma conclusión que la sentencia

¹⁶⁵ SAP de Murcia, de 25 de octubre de 2005; SAP de Asturias de 21 de julio de 2005; SAP de Madrid, de 11 de julio de 2005. En contra, sin embargo, se pueden citar las SAP de Cáceres de 2 de septiembre de 2005, la SAP de Girona de 9 de febrero de 2005 o la SAP de Navarra de 22 de junio de 2005.

¹⁶⁶ Con el siguiente argumento: “El Art. 173, 2º CP, en su primer inciso, se refiere -como posibles sujetos de la violencia que castiga- al que sea o hubiera sido «cónyuge» y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por «una análoga relación de afectividad», y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera «aun sin convivencia». Después lo hace a los «descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad». Y, en fin, a menores o incapaces que convivan con aquél o que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro. La redacción del precepto y la variedad de situaciones que contempla ha dado lugar a inevitables problemas de interpretación. Al respecto, en el caso de la segunda categoría de sujetos, que no está acompañada de referencia alguna a convivencia, en contraste con lo que ocurre en la primera categoría, se ha entendido en ocasiones que, precisamente por ello, a sensu contrario, debería entenderse que no opera tal requisito. Pero lo cierto es que la norma que, pertenece al derecho punitivo, admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psicó-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además,

de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2007. A nuestro juicio la dicción del precepto parece clara y nos inclinamos por la tesis expuesta en un primer momento en la SAP de Barcelona de 2007, que coincidía con la interpretación efectuada por la Circular 4/2003 de la FGE. Con la solución interpretativa que se ofrece como válida tanto en la SAP de Barcelona como en la STS de 16 de marzo del 2007¹⁶⁷, al entender que en el supuesto específico de los “descendientes, ascendientes o hermanos” para que resulte de aplicación el precepto considerado (también en el caso del art. 153 CP) se extiende la exigencia de convivencia¹⁶⁸, lo que obliga a excluir del tipo supuestos que merecen el mismo desvalor, hermanos sobre hermanos, o las violencias habituales que ejerce un hijo sobre su padre o abuelos, con los que no convive pero que visita a diario y los somete a conductas violentas, físicas o psíquicas, y que generan, en muchas ocasiones un terror evidente en sus progenitores que, a menudo, son gente de edad avanzada.

En estos casos, sancionar por simples faltas no siempre representa una respuesta penal proporcionada, por lo que tal vez sería conveniente un tratamiento legislativo diferenciado de los sujetos considerando que el tipo fue creado con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, -entendida ésta en un sentido laxo¹⁶⁹, en sus asimiladas formas de convivencia o incluso, conclusa o inexistente la misma-.

un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura. Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los «descendientes, ascendientes o hermanos» sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del art. 153 CP. Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político-criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del CP/1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/1999, mantenía la misma exigencia; y fue la Ley Orgánica 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de «violencia de género».

¹⁶⁷ La CONSULTA N.º. 1/2008 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: “Acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del código penal”, *Revista General de Derecho Penal*, N.º. 10, Madrid, a 28 de julio de 2008, págs.1-10, acoge este criterio jurisprudencial.

¹⁶⁸ Aunque esto será, en relación con los ascendientes, descendientes o hermanos del agresor o de su cónyuge o conviviente, en los casos en los que no se encuentren incluidos en el ámbito de protección de la norma por cualquier otro de los supuestos a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, en atención a su situación de dependencia.

¹⁶⁹ No se comprende sólo la familia nuclear: No puede entenderse que el precepto se refiere a una familia estricta, por cuanto dentro del artículo y fuera de él, el Código Penal contiene referencias a miembros de una familia que no responde al modelo estricto sino a otro muy ampliado (STS 962/2008, 17/2012).

Para mayor abundamiento, en esos supuestos de agresiones entre dichos parientes en que no exista convivencia y se dé una efectiva situación de riesgo para la víctima, podría ésta quedar en situación de desprotección, pues si el hecho violento tiene como resultado una lesión constitutiva de falta no puede acordarse medida cautelar de protección alguna en favor de la misma, ya que las del artículo 544 bis de la LECr únicamente se pueden adoptar en procedimientos por delito y las del artículo 544 ter de la LECr sólo se refieren a supuestos de violencia de género.

Según la doctrina la tipificación de las violencias ejercidas habitualmente sobre descendientes, ascendientes o hermanos, sin la exigencia de la convivencia obedece¹⁷⁰ a que la mera existencia de esa relación de parentesco puede fundamentar la existencia de una relación de poder o dominio que hace a la víctima especialmente vulnerable por su dependencia.

Debe repararse en que respecto a los descendientes, como el Código no hace distinción alguna, es indiferente que sean o no mayores de edad. Y en cuanto a los “descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente” ha de permanecer vigente la relación de parentesco, ya que no se refiere el precepto en estos casos a los ex-cónyuges o ex-parejas. De tal modo que disueltos éstos dejaran de estar incluido en el tipo los hermanos del cónyuge (cuñados) o del conviviente, o los padres (suegros) del cónyuge. La referencia a los hermanos es una novedad, que se había reclamado¹⁷¹.

¹⁷⁰ V. por todos, *ob. Cit.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “El delito de Violencia domestica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p.83.

¹⁷¹ Mayoritariamente ha sido aceptada como positiva por la doctrina, DEL ROSAL BLASCO, B.: “La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: legislación vigente y propuesta de reforma”, en: VV.AA, *Congreso: Violencia Doméstica*, Observatorio sobre la violencia doméstica, 12 y 13 de junio 2003, CGPJ, 2004, Madrid, págs. 340 y ss. En el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999, Madrid, 2000, se sugería una congruente propuesta de reforma enfocada desde tres ángulos: sustantivo penal, procesal y extrapenal. Del primero, especial objeto de nuestra atención, destacan las siguientes: a) ampliar el círculo de sujetos incluyendo en el art. 153 toda conducta que implique ejercicio habitual de la violencia física o psíquica sobre descendientes –y no sólo hijos– del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente, sobre ascendientes también del cónyuge o conviviente, y sobre hermanos e hijos de hermanos, siempre que estas personas formen un núcleo de convivencia familiar. V., asimismo, Circular 1/1998 sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

Por su parte, el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros afirma –en referencia a la violencia doméstica– que “la valoración de la reforma emprendida ha de ser necesariamente positiva en múltiples aspectos por cuanto responde a muchas de las reclamaciones y observaciones efectuadas no sólo a nivel doctrinal sino institucional, algunas de ellas procedentes incluso de esta propia Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial,

c) Menores o incapaces que con él (con el sujeto activo) convivan.

De modo expreso se exige el requisito de convivencia con el autor; en cuanto a los incapaces no es necesaria una relación de parentesco. Tampoco es precisa la declaración judicial de incapacidad (art. 25CP)¹⁷². Respecto a los menores¹⁷³, tampoco se exige relación de parentesco, siendo suficiente que convivan en el domicilio familiar por cualquier razón¹⁷⁴, por ejemplo una estancia de vacaciones, estudios etc.

d) Menores que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento¹⁷⁵ o guarda de hecho de uno (el autor) u otro (su cónyuge o conviviente).

Lo que fundamenta el injusto específico es que el sujeto pasivo quede integrado en el núcleo de convivencia familiar o similar del sujeto activo- al igual que ocurre con el caso anterior-. En relación con los pupilos, no se exige relación de parentesco. Aunque surge la duda en el caso de que la tutela está asumida por una persona jurídica, tal y como permite la legislación civil (art. 242 del CC¹⁷⁶), si es viable la aplicación del art. 31 del CP¹⁷⁷, ya que se explicita en el precepto que: quien actué en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la persona en cuyo nombre o representación obre.

e) Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar.

Permite entender comprendidos a sobrinos, tíos o ancianos acogidos en una familia e incluso a los empleados de hogar que prestan en la casa servicios de tipo

y, en consecuencia, avaladas por la experiencia práctica recogida en el cotidiano trabajo de Jueces y Fiscales”.

¹⁷² Art. 25 CP.: “A los efectos de éste Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o sus bienes”.

¹⁷³ Por menores debe entenderse, según las normas civiles, toda persona no emancipada que no haya cumplido los dieciocho años de edad. Art. 315 CC: *La mayor edad comienza a los 18 años cumplidos*.

¹⁷⁴ Ob. Cit. NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M^a. T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en: VV.AA, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, 2006, p. 87.

¹⁷⁵ Violencia sobre una niña en estado de acogimiento familiar: El comportamiento de la acusada hacia la niña, que por razón de acogimiento estaba obligada a cuidar y darle el cariño necesario, se enmarcó en una situación de absoluto desprecio hacia su integridad y su dignidad, consecuencia de la violencia manifestada habitualmente; V. STS 1212/06, 25/2010.

¹⁷⁶ Que dispone: “podrán ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

¹⁷⁷ En puridad, está pensado para delitos y relaciones típicas muy distintas a éstas.

doméstico. En definitiva, personas que conviven por cualquier circunstancia en el núcleo familiar con independencia de la relación que les una al sujeto activo y que no encajan en el resto de las circunstancias definidas en el precepto¹⁷⁸.

f) Personas que por su especial vulnerabilidad¹⁷⁹ se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Faraldo Cabana ha defendido la apreciación de las variables edad, enfermedad o discapacidad como parámetros a tener en consideración en tanto la vulnerabilidad y el sometimiento frente a quienes les maltratan proviene de su natural situación de dependencia; esto es, el sujeto activo es quien tiene la obligación de garantizar su desarrollo equilibrado y debe ocuparse de su bienestar y seguridad, elementos que por otro lado no afectarían necesariamente a la mujer, planteado desde un prisma de inferioridad¹⁸⁰.

Esta relación de sujetos pasivos, al igual que la del anterior apartado, ha sido incorporada en la reforma del año 2003. Se incluyen a personas sometidas a un acogimiento residencial¹⁸¹ o régimen de centros, esto es, cuando la tutela sea ejercida

¹⁷⁸ STS de 17 de diciembre de 2008, resulta ilustrativa: “Es decir, aparece que Eduardo y Juan utilizaban un hogar, en sede única, para desarrollar sus vidas, con un matiz de dependencia corporal que colocaba a Juan en un plano de superioridad, debido al padecimiento que sufría Eduardo. No siendo el rol atribuido a Juan distinto del repartido en algunas vidas familiares.

No se incluye una relación de afectividad; pero tampoco se exige siempre tal condición dentro del círculo de sujetos pasivos. Y no cabe desconocer que, en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, queda claro que la norma trata de abarcar la violencia doméstica aunque no sea estrictamente familiar. Así las cosas, la Audiencia debió trasladar el hecho desde el art. 617.2 CP, al art. 153, 1 y 2, en relación con el 173.2 CP y castigarlo como delito. Y el motivo deducido por el Ministerio Fiscal ha de ser estimado”.

¹⁷⁹ DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, M^a. : “La expresión “persona especialmente vulnerable” en el ámbito de la violencia de género y doméstica y asimilada (art. 148.5, 153.1 y 173.2 del CP”, en: VV.AA, NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 215, considera que este círculo de sujetos es el que más se aparta de la violencia familiar o doméstica, pues la relación entre agresor y víctima no se cimientan sobre relaciones de efectividad, parentesco o afines, sino más bien de prestación contractual de servicios. Considerando que desde esta postura resulta cuanto menos chocante la determinación de los sujetos amparados por esta expresión ya que dejaría fuera a personas especialmente vulnerables, dependientes fácticamente de sus cuidadores en sus propios domicilios y no en centros públicos o privados, aunque reconoce que estarían amparados por la cláusula “cualquier otra relación por la que se encuentre integrado en el núcleo de convivencia familiar”. De la misma opinión, *Ob. Cit.* SANZ MULAS, N.: “Tutela Penal”, en: VV.AA, SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a. A., MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a. (coords.) : *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2005, págs. 150 y ss.

¹⁸⁰ *Ob. Cit.* FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, La Ley N.º 17, 2006, p.82; en términos similares, *Ob. Cit.* CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, en: VV.AA, BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.): *La nueva ley contra la violencia de género*, 2005, p. 270.

¹⁸¹ *Ob. Cit.* FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, 2002, págs. 109-110, reclamaba con anterioridad a la reforma una fórmula parecida para la inclusión de estas personas.

por el director de un centro sin que tengan por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo, -menores en guarderías o colegios¹⁸², toxicómanos en centros de deshabituación-. Igualmente se incluyen ancianos o personas discapacitadas que de manera permanente viven en residencias caracterizadas por una relación de sujeción o dependencia de sus cuidadores¹⁸³. Plantea dudas la delimitación respecto al sujeto activo, sí se puede entender en términos puramente fácticos o bien optar por una interpretación estrictamente jurídica. Por ejemplo, una persona que atiende un asilo de ancianos realizando labores de limpieza o de asistencia sanitaria no tiene a las personas internadas bajo su custodia o guarda, pues tales tareas no pertenecen a su ámbito de funciones, y sin embargo de hecho se encuentra respecto de ellas en la misma posición de fuerza en que se puede encontrar el personal de seguridad de un centro psiquiátrico respecto de los internos, que sí los tienen bajo su custodia¹⁸⁴.

En las conclusiones elaboradas por los Fiscales encargados del servicio de violencia familiar tras su reunión de marzo de 2000 (punto III.1), se especifica, con acierto que aunque el sujeto pasivo del maltrato sea uno, ello no excluye la posible condición de víctimas o perjudicados de otras personas distintas de aquél que sufre directamente las violencias. Lo que resulta relevante a la hora de adoptar decisiones en materia de responsabilidad civil, medidas de protección de víctimas y alcance de medidas cautelares que puedan dictarse.

5. LA CUESTIÓN DE LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN

Otro tema no resuelto con claridad en la regulación específica del Código en relación a estos delitos es el de la conducta omisiva del que teniendo obligación de impedir los comportamientos de agresión doméstica no lo hace. Acaso el primer problema a resolver, y que ya muestra la división de la doctrina alrededor de estas hipótesis, es el de la naturaleza del delito, esto es, si nos encontramos ante un delito de mera actividad o de resultado, cuestión clave a la hora de decantarse por alguna de las

¹⁸²Ob. Cit. DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, M^a. : “La expresión “persona especialmente vulnerable” en el ámbito de la violencia de género y doméstica y asimilada (art. 148.5, 153.1 y 173.2 del CP”, en: VV.AA, NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, 2009, págs.215.

¹⁸³Ob. Cit. MORILLAS CUEVA, L.: Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, p. 677, proponía expresamente la inclusión de este párrafo para acoger y otorgar protección a este tipo de sujetos.

¹⁸⁴FARALDO CABANA, P.: *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal*, Colección los delitos, N^o. 79, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

posibles soluciones frente a actuaciones de esta índole. La posición aquí defendida es que estamos ante un delito de lesión del bien jurídico protegido -integridad moral- lo que no implica que se trate de un delito de resultado. Ya que esta última adjetivación sólo es posible, siguiendo a Quintero Olivares¹⁸⁵, en relación con delitos que protegen bienes jurídicos materiales, en cuyo caso sí puede producirse un resultado entendido éste en sentido material. Tratándose de bienes ideales o espirituales la posibilidad de que se produzca un resultado no existe, debiendo acudir al concepto de lesión del bien jurídico, de naturaleza eminentemente valorativa. Por lo que no es preciso hallar una muestra de lesión o secuela, sino un daño de naturaleza moral.

Todos los delitos deben suponer un atentado, bien en forma de lesión bien en forma de peligro, de un bien jurídico, también los delitos de mera actividad, en los cuales sin embargo, por proteger un bien jurídico sin soporte material no cabe buscar un resultado. Olmedo Cardenete¹⁸⁶ considera que el resultado podría consistir en la apreciación del Síndrome de la mujer maltratada¹⁸⁷, a nuestro juicio existe una confusión entre delito de lesión del bien jurídico y delito de resultado. En los delitos de injurias o calumnias aún calificados como delitos contra el honor, no es preciso indagar o constatar si realmente se menoscabo su fama -imagen pública-, o si éste vio dañada su propia estimación (autoestima). En los delitos de amenazas tampoco es necesaria la comprobación de que el sujeto amenazado sintió realmente miedo o que su libertad de decisión se ha visto reducida por mor de la misma, siendo suficiente la seriedad y credibilidad de la amenaza. Otro tanto sucede en el delito objeto de estudio, sin necesidad de hallar resultados imposibles o próximos al delito de lesiones (menoscabo de la salud psíquica o física), debe ser suficiente demostrar que el ejercicio continuado de violencia implicó una humillación o cosificación de las víctimas con independencia de que manifieste determinados síndromes¹⁸⁸ por lo que se trata en ese sentido de un delito de mera actividad¹⁸⁹. Recordar asimismo, que el delito del art. 173.2 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la

¹⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, G. /MORALES PRATS, F.: *Parte General. Derecho Penal*, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2005.

¹⁸⁶ *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, p. 64

¹⁸⁷ Como ya se ha dicho, si es mujer la víctima, pues el tipo recoge un amplio elenco de sujetos pasivos, incluidos hombres.

¹⁸⁸ Evidentemente será factible probar la existencia de miedo, angustia, etc.

¹⁸⁹ En precisamente porque se trata de un tipo de mera actividad que, si a raíz de haber infligido tratos degradante típicos, se causan lesiones (físicas o psíquicas) o la muerte, existirá concurso de infracciones entre el delito contra la integridad moral y las lesiones u homicidio.

producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 173 es lo que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar el clima de violencia y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

En la STS 1061/2009, de 26 de octubre, se dice “que en la doctrina más moderna se considera que la delimitación de la autoría y de la participación resultan especialmente dificultosas en el caso de los delitos de omisión; entendiendo, sin embargo, la mayoría de la comunidad científica que la participación activa en un delito de omisión impropia es posible, tanto en la cooperación o complicidad, y ciertamente complicada en la participación a título de inducción. La participación por cooperación necesaria -eventualmente por complicidad- resulta del grado de la omisión, y éstas son igualmente categorías muy difíciles de distinguir.

Por ello, y dogmáticamente, se postula que tales problemas plantea la participación omisiva en un delito de comisión por omisión. Así, un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, el omitente es siempre *partícipe*, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúe deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector doctrinal mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si el omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado *partícipe*, pues en tales casos, también, un interviniente activo solamente podría ser considerado *partícipe*. Finalmente, desde una tercera posición se argumenta que el garante que no evita la producción del resultado es siempre autor, y que la autoría en los delitos de omisión no puede ser explicada a partir del dominio del hecho. Si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, parificados a los delitos de propia mano, y los delitos con elementos subjetivos

especiales, en los que el omitente partícipe no puede ser autor - en el concepto de ejecutor material- y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe”.

Respecto al delito que nos ocupa, la jurisprudencia ha dado soluciones dispares, a pesar de que los supuestos de hecho enjuiciados sean muy parecidos, por no decir prácticamente iguales:

La SAP de Castellón, 23 de febrero de 2000, J.M. esposo de V., repite actos violentos, con proximidad cronológica, contra D., hijo de ambos; no constando que participase V. en las agresiones a D., ni activa ni pasivamente. En relación con la posible autoría y participación ya de forma activa, ya pasivamente de la acusada V., en los delitos que le imputó la acusación pública, entiende que “no se ha producido prueba mínima de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de la acusada.

Existen sospechas o conjeturas, pero éstas son del todo insuficientes para basar sobre ellas la condena de V., y también que lo presenciase salvo en una ocasión, en los momentos finales en que su marido al ir a pegar al niño y ponerse V. en medio para evitarlo, llevándose ella los golpes dirigidos en principio al bebé”, relatando al Tribunal que “nunca llegó a imaginar que su marido pudiera agredir a su propio hijo, un bebé de escasos meses, ni siquiera cuando se lo advirtió el médico especialista. Por otra parte, de conocerlo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 454 del Código Penal estaría exenta de pena (encubrir al cónyuge)”. En este Fundamento de Derecho se remite a la hipótesis del art. 454, con lo que se deduce que en el caso de haber existido pruebas suficientes del conocimiento de la madre de los malos tratos del padre sobre el hijo de ambos, la ubicación típica de dicha conducta materna estaría dentro del encubrimiento. Tesis esta de muy difícil aceptación.

La STS de 26 de junio de 2000 por el contrario , afirma, “cuando el sujeto no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante más en estos supuestos en los que los deberes de protección y garante que la madre tiene respecto de su hijo derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal ínsito en el art. 154 del Código Civil, que impone a la madre velar por el niño e incluso recabar el auxilio de la autoridad en su caso para dicho cumplimiento”. Estimándose en el fallo que la madre es autora por omisión, en relación con el delito de violencia habitual del art. 153, en cuanto, acepta su posición de garante y entiende que la no evitación del resultado lesivo ha de equipararse a su causación positiva, ya que atendiendo a la

valoración de los hechos probados “había sido informada por el médico pediatra de las agresiones de que era objeto el niño y de la circunstancia, también probada, de que los hematomas eran perfectamente visibles y que, en consecuencia, su conocimiento y pasividad la convierte en autora del mencionado delito, tanto más desde la entrada en vigor en el Código de 1995 del art. 11 que regula de manera genérica la susodicha comisión por omisión”.

En la SAP de Barcelona, de 20 de febrero de 1998, en un supuesto de hecho prácticamente idéntico al enjuiciado en la sentencia transcrita anteriormente, se revoca la sentencia de instancia en la que se condenó como autora por omisión de un delito de violencia continuada del art. 153 con base en el art. 11 del Código Penal a M. P., madre de un menor a quien su pareja J. había hecho objeto de malos tratos habituales, sin que aquélla los denunciase. Parte la Sentencia de que el elemento central de la fórmula del artículo es el criterio de la equivalencia al exigirse que la no evitación del resultado equivalga a su causación, puesto que se trata de imputar un resultado típico a una omisión del mismo modo que se imputa dicho resultado a una acción que lo causare, “siendo precisamente tal equivalencia o identidad estructural la que permitirá admitir que un tipo penal pueda realizarse tanto por acción como por omisión”. Junto al juicio formal de equivalencia el art. 11 requiere la posición de garante al exigir la infracción de un especial deber jurídico del autor. Este último no lo presenta como desencadenante en todos los casos de la identidad estructural entre la acción y la omisión porque “la expresión “se equiparará” (la omisión a la acción) no puede interpretarse en su sentido gramatical estricto, como un mandato de automática equiparación “ex lege” cuando concurren las fuentes formales a que alude (...) por cuanto sería incongruente con el inciso primero del precepto donde, junto al especial deber jurídico que el segundo concreta, se exige que las conductas sean equivalentes en el sentido del texto de la Ley”. Consecuentemente con lo dicho, “aunque M.P. ostenta una posición de garante respecto a su hijo al estar obligada por la ley a velar por él, no será sin embargo suficiente para considerarla autora por omisión de las infracciones penales por las que fue acusada, pues para ello sería preciso tal como se viene argumentando que la no evitación del resultado equivaliera a su causación “según el sentido de la ley”, requisito que no puede estimarse concurrente en el supuesto analizado por cuanto ceñida en la instancia la omisión de la acusada a la falta de denuncia por su parte de las acciones que iba ejecutando quien se hallaba unido sentimentalmente a ella de manera estable, ya a la autoridad o sus agentes, ya a los facultativos que atendían al hijo menor de ambos de los

menoscabos físicos que se ocasionaban, considera el Tribunal que no puede decirse que quien no denunció las agresiones sufridas por el menor ejerció habitualmente violencia física sobre éste y le lesionó. Al no ser factible en el caso enjuiciado conjugar los verbos típicos en presencia del hecho omisivo que trata de subsumirse en él, no podrá afirmarse que la no evitación del resultado fue equivalente a su causación”.

En cambio, la STS de 22 de enero de 2002, sobre hechos probados prácticamente idénticos a los anteriores se pronuncia del siguiente modo: “la imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el “deber de garantía” o “posición de garante” que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva”. En consecuencia ratifica la condena de instancia de ambos acusados, en concepto de autores de un delito de malos tratos del art. 153, en el caso de la madre en comisión por omisión.

La comisión por omisión en aplicación genérica del art. 11¹⁹⁰, presenta luces y sombras que hacen parcial y difícil cualquier decisión que se tome. Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia cuyas diversas alternativas ponen de manifiesto su complejidad. Aunque, en el Acuerdo Plenario del TS de fecha 21 de julio de 2009, el TS considero que *“el tipo delictivo del art. 173.2 del C. Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo”*, a salvo los actos activos contributivos a la violencia, en cuyo caso se acordó que *“sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien*

¹⁹⁰ El art. 11 del CP se refiere a la comisión por omisión señalando que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación, equiparándose a tal efecto la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. Por tanto los requisitos para su apreciación son:

1) que se haya producido un resultado de lesión o de riesgo propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley;

2) que se hay omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 exigiendo que la no evitación del resultado equivalga a su causación;

3) que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado; y

4) que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente (STS 9 de octubre de 2000). V. SSTs de 29 de enero de 2007, de 26 de octubre de 2009, de 26 de marzo de 2010, de 17 de mayo de 2010.

contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante”.

Por nuestra parte, entendemos, calificado el tipo del artículo 173.2 del CP,-como se ha hecho en su momento-¹⁹¹, unido a lo precedentemente expresado, y partiendo de la premisa (que es de común conocimiento) que la comisión por omisión sólo es factible en los delitos de resultado material pero nunca en los delitos de mera actividad; en los que la acción para su relevancia típica exija “un resultado jurídico” que no es otro que la lesión del bien jurídico y son, por ello, delitos de lesión en oposición a los delitos de peligro abstracto (así la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 del CP¹⁹²) en los cuales la conducta se limita a poner en riesgo (de lesión) al bien jurídico protegido. La imposibilidad dogmática del cumplimiento de un tipo de mera actividad en comisión por omisión halla claro reflejo en el artículo 11 del CP que regula precisamente esta modalidad omisiva, enumerando sus exigencias legales, y estableciendo que, “los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado” (como por ejemplo el homicidio) sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el texto de la Ley, a su causación¹⁹³ (de aquel resultado material). Dicho en términos sintéticos: la comisión por omisión sólo es posible en los delitos de resultado material¹⁹⁴. Lo expuesto no puede conducir, sin embargo, a la absolución de quien ostentando una posición de garante no hace nada para evitar los resultados lesivos, sino sólo a exigir la responsabilidad penal de los mismos en virtud de una conducta que, sin poder ser calificada de autoría por lo antedicho, puede perfectamente ser calificada como una intervención (activa) penalmente relevante a título de cómplice. Ya que este tipo de conductas, aunque desde luego accesorias respecto de la conducta del autor material, contribuyen activamente a mantenerla con actos simultáneos, en cuanto su

¹⁹¹ V. el apartado del bien jurídico protegido.

¹⁹² Como ya se ha dicho en su momento.

¹⁹³ “... para que podamos hablar de comisión por omisión el verbo típico ha de poderse conjugar en presencia del hecho omisivo que trata de subsumirse en él”, *Ob. Cit.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.^a, págs. 363 y ss.

¹⁹⁴ Así habría que entender excluidos aquellos tipos que en virtud de su formulación, se hallan circunscritos a formas de actuación positiva. Dicho de otro modo cuando el tipo consiste en la realización de determinadas acciones, son estas las que han de realizarse para poder apreciarla, sin que entonces tenga virtualidad la fórmula genérica. No cabrá hablar de comisión por omisión en las infracciones en las que el delito no “consiste” en la producción de un resultado material. En tales supuestos podrá haber omisiones relevantes porque la interpretación de los tipos referidos permita albergar directamente en ellos determinadas conductas omisivas; pero no será de aplicación ninguna genérica “comisión por omisión”. *Ob. Cit.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.^a, págs. 363 y ss.

actuación no se limita a saber o consentir las condiciones indignas en que se encuentra la víctima, sino que en su posición de garante tienen la obligación legal de evitar tal situación, lo que permite calificar su conducta como complicidad en lo que se refiere al delito del 173.2 CP. Al margen de lo expresado, no hay dificultad para poder imputar al garante en comisión por omisión los posibles resultados lesivos para los distintos bienes jurídicos de la persona en que se concretan los actos de violencia física o psíquica, y que entran en concurso con el delito del art. 173.2 CP; v. gr. además de un delito del 173.2 se ocasiona la pérdida o inutilidad de un órgano principal (art. 149 CP), por este último, sí procedería la condena como autor por comisión por omisión del art. 11 del CP.

6. TIPO AGRAVADO

Se erigen en subtipos agravados la realización de una sola de las acciones integrantes de la habitualidad, que se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. Se han previsto los cuatro supuestos ordenados de forma alternativa, con lo que no es preciso que concurran habitualmente, sino que basta con que uno de los mismos se produzca en alguno de los actos de violencia que sirven para integrar el delito habitual para apreciar la agravación (como se desprende de la redacción dada por el legislador a la norma “cuando alguno o algunos ...”).

a) En presencia de menores.

Implica que el menor o menores no son las víctimas directas del delito o falta concreto en que se materializa el acto de violencia, pero sí aparecen como espectadores del mismo. La utilización del término “menores” no significa que sea necesaria la presencia de varios de ellos para apreciar la agravación, siendo suficiente que sea testigo uno, al igual que tampoco se agravara más por el hecho de que sean varios. La agravación obedece a que el desvalor de la acción es mayor en la medida en que éstos se ven mediatamente involucrados en la acción o acciones violentas, con el consiguiente peligro de que también en ellos, como personas particularmente vulnerables que son, se produzcan desequilibrios psíquicos y emocionales ante la contemplación de tales actos. Así, es precisa que la presencia del menor sea advertida por el agresor pues todos los elementos del tipo han de ser abarcados por el dolo del autor; aunque no es necesario que la presencia sea física, basta con que el menor esté en una posición o situación que

le permita percibir los hechos¹⁹⁵. Por otro lado de debe tratarse de menores integrados en el círculo de sujetos descritos en el art. 173.2 del CP, no siendo necesaria una relación de parentesco¹⁹⁶.

No se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor. Aunque debería ser procedente la misma, a nuestro juicio resulta incoherente el que no sea así (se castiga con más pena la agresión a un tercero en presencia de un menor que la agresión a ese mismo menor)¹⁹⁷. Polaino Navarrete¹⁹⁸, argumenta que “la comisión del delito en presencia de menores puede ser de imposible apreciación, siempre que el propio menor sea la persona especialmente desvalida que asuma la condición de sujeto pasivo del delito”.

b) Utilizando armas.

Circunstancia que demuestra un mayor desvalor de la acción, el plus de antijuridicidad viene dado por el mayor riesgo o peligro para la víctima. La referencia a armas es en un sentido estricto porque cuando el legislador las ha querido equiparar a instrumento peligroso así lo ha hecho, como en el artículo 242.3 del CP en el caso del robo con violencia o intimidación o en el art. 148.1º, al referirse a la agresión utilizando armas, instrumentos, medios o métodos peligrosos.

¹⁹⁵ La *ratio* del precepto parece en que el texto legal propender a impedir un efecto multiplicador de la violencia, evitando que ésta se interiorice por los menores y, en el futuro, los menores sean igualmente maltratadores; no debemos olvidar que la violencia no es algo innato, sino que se aprende, y se aprende con facilidad. Pero situada así esta agravación supone un agravamiento de la pena no basado en un incremento objetivo de la peligrosidad objetiva de la acción para con el bien jurídico-penalmente protegido, sino que ese plus de penalidad sólo cabe basarlo en un pronóstico incierto de agresividad del menor, que podrá reproducir o no a lo largo de su vida. Si bien parece una constante el que muchos maltratadores en edad adulta han sido maltratados --o han sido testigos del maltrato-- en su infancia o juventud, no cabe inferir la conclusión contraria: que todo maltratador actual ha sido testigo de maltratos anteriores; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley*, AÑO XXVII, N.º. 6420, 2006, p. 6.

¹⁹⁶ Así se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003 de 30 de diciembre: “Se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 del CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Contempla esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores”.

¹⁹⁷ *Ob. Cit.* SANZ MULAS, N.: “Tutela Penal”, en: VV.AA, SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a. A., MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a. (coords.) : *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2005, p. 153, considera esta autora que sería de aplicación igualmente la agravante, pues de lo contrario se castigaría mas levemente conductas que tienen un mayor contenido de injusto.

¹⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, M.: “La Ley Integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: luces y sombras”, en: VV.AA, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Sevilla, 2007, p. 53.

Por otro lado, al hacer referencia el precepto a la expresión “utilizando armas” se infiere que no basta con que sea simplemente portada o exhibida, sin perjuicio de que estos hechos puedan ser constitutivos de otra infracción penal.

Esta circunstancia puede ser a su vez ser constitutiva de delito, si la agresión se verificó con armas o en el domicilio de la víctima cabe que nos hallemos ante un delito de tenencia ilícita de armas - si carece de la correspondiente licencia-, o de allanamiento de morada si la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador. En todo caso los problemas concursales que se derivan de la contemplación de estos subtipos se examinarán más adelante.

c) En el domicilio¹⁹⁹ común o en el de la víctima²⁰⁰.

¹⁹⁹ Haciendo una breve retrospectiva de la actual agravante específica de domicilio, la encontrábamos como genérica en el art. 10.16º CP/1973 cuando se castigaba con mayor pena “ejecutar el hecho en la morada del ofendido cuando no haya provocado el suceso”. Agravante de lugar, ubicación o espacio semejante a la también recogida en el art. 10.13º CP/1973 cuando agravaba si el hecho se ejecutaba “en despoblado”. Su fundamento no era otro que proteger “la paz del hogar”. Esta agravante presumía una mayor energía criminal porque la morada interpone un obstáculo, que ha de ser vencido, entre el delincuente y el objeto material de la acción, y supone hallarse en la creencia de disfrutar de un mayor protección en ese ámbito, que disminuye la normal tensión vigilante de la víctima facilitando hallarla desprevenida. La Jurisprudencia, inicialmente, entendió que la agravante genérica de “ejecutar el hecho en la morada del ofendido” ofrecía un carácter marcadamente objetivo, por cuanto resaltaba una mayor antijuridicidad de la conducta del agente, suponiendo según, STS, Sala 2ª, de fecha 16 de octubre de 1986, “una agravación por razón del “lugar” de perpetración del delito, entrañando una mayor “antijuridicidad” del comportamiento del agente, el cual, para la consecución de sus ilícitos propósitos, no respeta ni siquiera la santidad del hogar ajeno protegido constitucionalmente, y que lo ultraja y profana infringiendo la especial protección que la Ley dispensa al domicilio de las personas físicas, siendo esta circunstancia, “inherente” al allanamiento de morada”, ... hallándose, una concreción “específica” de la mencionada circunstancia genérica en el número 2º, del artículo 506 del CP, pues, siquiera no sea “nemine discrepante”, el concepto de casa habitada coincide virtualmente con el de morada, debiéndose entender por la susodicha morada, conforme a la Sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1958, “ no sólo la casa donde una o más personas viven habitualmente, que es lo que constituye domicilio legal de las mismas, sino que también tiene esta consideración el lugar o estancia reservada a esa persona, aunque sea accidentalmente, para la residencia, descanso y satisfacción de las condiciones de la vida doméstica”, habiendo agregado, la Sentencia de 8 de mayo de 1970, que se estima “morada”, en sentido muy amplio, “todo lugar, más o menos habitable, reservado a una persona o familia, donde reside, descansa y satisface las condiciones de la vida doméstica, cualquiera que sea el título en virtud del cual disfrute la habitación, siéndolo, por tanto, además de las casas, pisos o apartamentos, las habitaciones de hoteles o pensiones, destinadas al alojamiento de los huéspedes o empleados”. Finalmente, los “requisitos” de la circunstancia, sintéticamente expuestos, son los siguientes: “1º.- Que el delito se haya perpetrado en la morada del sujeto pasivo; 2º.- Que la referida morada lo sea del citado ofendido y ajena respecto al ofensor u ofensores; 3º.- Que el infractor se represente que la ejecución del delito en aquel lugar significa una falta de respeto al hogar ajeno y que, pese a ello, no se abstenga de actuar, y 4º.- Que el sujeto pasivo no haya provocado el suceso”.

Como se ve, no se mostraba exigente de ningún elemento subjetivo del injusto, debiendo entrar en juego por el simple hecho de que el autor del delito conociera la cualidad de la ajenidad y quisiera dolosamente efectuarlo, sentencia de 24 de marzo de 1971. Agravante que se podía apreciar lo mismo si se entra en la vivienda con aquiescencia de su titular y luego se realizan en ella los hechos delictivos, STS de 29 de febrero de 1988, como si se lleva a cabo mediante la utilización de la violencia, STS de 16 de septiembre de 1986. Sin embargo, no se podía apreciar esta agravante cuando ofendido y ofensor tenían el mismo domicilio, STS de 25 de octubre de 1962. Frente a esta concepción objetiva, se abrió paso la que también exigía un elemento subjetivo o teleológico de búsqueda o aprovechamiento por el autor del lugar. Así se decía, en relación con la de despoblado, pero aplicable obviamente también a la de domicilio, que

El actual Código Penal no contempla como agravante genérica el domicilio, si bien establece en su art. 22.2 como agravante “ejecutar el hecho..., aprovechando las circunstancias de lugar..., que debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad del delincuente”. Sin embargo, la Jurisprudencia dejó claro que “en virtud del principio de legalidad y taxatividad de los tipos penales impide acoger la agravante de morada en la circunstancia de lugar a que se refiere el citado artículo 22.2” (STS 11 de marzo de 1997), más aun cuando la mayor antijuricidad de un hecho realizado vulnerando el respeto que se debe al hogar ajeno tiene además sanción penal específica la parte especial del Código Penal, concretamente en el allanamiento de morada y domicilio de personas jurídicas que se recogen en los artículos 202, 203 y 204 del vigente Código y, cuando el allanamiento fuera de la morada de personas reales en el 490, así como, en forma de agravante específica del delito de robo, su realización en casa habitada (art. 241).

Respecto al delito objeto de estudio, existen dos posturas al respecto:

a) La que considera que debe descartarse que se trate de un supuesto de agravación objetiva por el mero hecho de encontrarse víctima y agresor en dicho lugar, precisando que se haya buscado finalísticamente el mismo para perpetrar la agresión, es decir, que se aproveche intencionadamente el domicilio para la ejecución delictiva, por las mayores facilidades para la agresión, por la mayor impunidad de la misma, etc.

dos elementos habrían de concurrir para la configuración de la agravante de despoblado, que ha de dar lugar a que recaiga un mayor reproche sobre la conducta de quien busca para la comisión de un delito un lugar en que se encuentre la víctima en situación desamparada por la imposibilidad de recibir ayuda humana: a).- uno objetivo o topológico, de realizarse el hecho en lugar desierto, o suficientemente alejado de donde se congreguen, permanente o transitoriamente o puedan pasar o afluir, gentes, y b).- el subjetivo o teleológico de búsqueda o aprovechamiento por el agente del elemento objetivo para una más fácil ejecución del delito, sin la eventual presencia de personas que perturben o puedan impedir la realización del mismo, auxiliando a la víctima o presenciando su comisión y determinando así la posibilidad de testimoniar sobre su ocurrencia (STS de 8 de febrero de 1991 y 19 de abril de 1995).

²⁰⁰ El artículo 15 bis de la LECr, incorporado por la LO 1/2004, dispone que: “En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima”, norma que trata de favorecer la situación procesal de la víctima en su relación con el órgano jurisdiccional y que puede suponer una excepción a la norma general del *forum delicti commissi*. Es necesario determinar lo que se entiende por domicilio de la víctima ya que el nuevo precepto no precisa si se está refiriendo al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos punibles o el que tenga al tiempo de presentar la denuncia. Esta decisión ha sido sometida a un Pleno no jurisdiccional por la Sala de lo Penal del TS que, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, ha acordado “que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio y es el criterio mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado”. V. asimismo sobre este particular, el Auto de 7 de noviembre de 2007, de la Sala de lo Penal del TS (Sección 1ª).

b) La que considera que la agravante pretende sancionar el plus de antijuricidad derivado de que el ataque se produzca en la morada común o de la víctima, así como por la mayor peligrosidad que ello supone por ser un lugar donde con más facilidad podrá ejecutarse la agresión al ser más difícil la intervención de terceros, bastando que el dolo del autor alcance el hecho de hallarse en el domicilio común o de la víctima y querer realizar el delito²⁰¹.

Considerando que las agravantes son elementos accidentales del delito que suponen en ambos casos un mayor desvalor de la acción, ya que son circunstancias de lugar²⁰² que facilitan o aseguran la ejecución de los actos de violencia y que las víctima en estos supuestos puede encontrar mermadas sus posibilidades de defensa, huida o auxilio de terceros o de la autoridad o sus agentes. El plus de antijuricidad está en que el acto se comete en el espacio que debería dar a las personas la mayor intimidad y seguridad que pueden tener, acentuado pues el temor, la angustia y la indefensión de la víctima, al igual que evidentemente facilita tanto la ejecución como la impunidad del hecho, por lo que no es preciso para apreciarlas ningún elemento subjetivo del injusto ni que al autor se le represente dicho espacio como especialmente propiciatorio para el hecho o buscado de propósito para sus intereses. Se parte de la base de la *mayor peligrosidad objetiva* del sujeto activo para la indemnidad de la víctima²⁰³.

Interpretar los requisitos exigibles a la agravante de domicilio del art.173 al amparo de una interpretación sistemática en relación con el artículo 22.2 plantea problemas importantes: 1º.- que literalmente nada exige el art. 173.2 párrafo segundo de aprovechamiento del domicilio, a diferencia de lo dispuesto expresamente en el artículo 22.2ª; 2º.- mal puede ser este precepto usado como guía interpretativa cuando la jurisprudencia mantiene que no está incluido en él el domicilio y, 3º.- resulta incompatible con el fundamento y la naturaleza tanto del delito de violencia doméstica como de la agravante de domicilio que se contiene en el art. 173.2.

Cuando el domicilio es sólo de la víctima, esta circunstancia es independiente de un posible delito de allanamiento de morada, pues no lo implica per se, ya que el sujeto activo puede encontrarse en el domicilio de la víctima por voluntad de ésta aunque la

²⁰¹ SAP Tarragona, de 9 de diciembre de 2003.

²⁰² *Ob. Cit.* NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M^a. T.: “Lesiones, malos Tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en: VV.AA, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, 2006, p.100.

²⁰³ *Ob. Cit.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley*, AÑO XXVII, N^o. 6420, 2006, p. 6.

voluntad viciada por el engaño debe estimarse como contraria y la entrada como allanamiento. Es indiferente el título en base al cual el morador es titular del domicilio (relación jurídico-formal: propiedad, usufructo, etc., o mera situación fáctica, precario, etc.)²⁰⁴.

En principio todos los “moradores” están legitimados para permitir la entrada de alguien pero hay un principio general que dice que el que prohíbe la entrada es de mejor derecho, es decir, que en caso de que uno consienta y otro niegue la entrada en la morada, prevalecerá el derecho del que niega²⁰⁵.

d) O se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza²⁰⁶.

Estas medidas están recogidas en el art. 48 CP, en los arts. 544 bis y 544 ter LECr y en los arts. 61 y siguientes de la LOVG.

En estos casos es también mayor el desvalor de la acción y no el desvalor del resultado. Cuando se quebranta una de las consecuencias jurídicas del art. 48²⁰⁷ CP el sujeto activo se beneficia para realizar los actos de violencia de una circunstancia inesperada por la víctima, o que al menos frustra sus expectativas de seguridad personal vinculadas al ordenamiento jurídico, como es que aquél incumpla la obligación a la que está sometido por imposición judicial de no acudir al lugar de residencia del sujeto pasivo, no aproximarse o comunicarse con él sus familiares o con aquellas otras personas que determine el Juez o Tribunal. De este modo el autor se aprovecha o busca

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 287 y ss.

²⁰⁵ Cfr. STS 29 de octubre 1980.

²⁰⁶ Art. 468 CP, 1. “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”. Redacción según Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

2. “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”. Redacción según Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Obsérvese que la pena prevista en el art. 468 por el quebrantamiento de penas y/o medidas cautelares que, por definición, no son privativas de libertad, sino restrictivas de la misma, es idéntica a la prevista para el quebrantamiento no violento de la pena o medida cautelar privativa de libertad.

²⁰⁷ La obligatoriedad en la imposición de la pena accesoria no se extiende a las faltas de los arts. 617 y 620 CP, pues en ellas se mantiene la discrecionalidad judicial. Art. 57.3 CP: “podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un periodo de tiempo que no exceda de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los art. 617 y 620”.

provecho de la confianza que genera o ha de generar en la víctima la imposición por los órganos jurisdiccionales de una de estas medidas²⁰⁸.

Con independencia de la tesis que se sostenga respecto al bien jurídico protegido en el tipo del art. 468.2 CP, el correcto funcionamiento de la administración de justicia - bien como único objeto de tutela, bien compartido con el de la indemnidad de la víctima- siempre se ve conculcado con el quebrantamiento, por lo que el consentimiento de la persona respecto de la que se ha establecido la pena o medida debe ser irrelevante a la hora de atenuar o agravar la pena, en todo caso se verá afectado un bien público sea el respeto a las decisiones judiciales -la administración de justicia-, sea de modo mediato la indemnidad de las víctimas, cuyo carácter es irrenunciable e indisponible.

7. CUESTIONES CONCURSALES

Como se ha advertido ya en numerosas ocasiones, y de acuerdo con la expresa previsión legal, la pena establecida en el art. 173.2 se impondrá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica²⁰⁹. La compatibilidad entre el delito de violencia habitual y los concretos actos aislados de violencia aparece expresamente reconocida²¹⁰

²⁰⁸ En sentido similar, *Ob. Cit.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley*, AÑO XXVII, Nº. 6420, 2006, p. 6, “demuestra una mayor peligrosidad que la primera vez que cometió su fechoría y desbarata la confianza tanto de la víctima, en primer lugar, como del resto de la sociedad, en la tranquilidad que debe conllevar el saber que el sujeto está sometido a una medida cautelar o definitiva de alejamiento o de prohibición de contacto”; *Ob. Cit.* NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M^a. T.: “Lesiones, malos Tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, 2006, p.100, considera asimismo que, “el fundamento de la agravación reside en este supuesto en la intención de reforzar el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad tendentes a proteger a las víctimas de violencia de género y domestica y encaminadas específicamente a evitar la producción de nuevas agresiones a las víctimas de malos tratos durante la tramitación del proceso o una vez finalizado el mismo”.

²⁰⁹ Además de esta clausula contenida en el norma de modo específico, conviene recordar que el art. 177, que da cierre al Título VII del CP, encierra una clausula concursal, del siguiente tenor: *Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley.*

²¹⁰ En este sentido, STC 77/2010, de 19 de octubre, efectuando un repaso de la doctrina desarrollada por el interprete supremo de la CE acerca del principio non bis in idem, basado en la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, responde al interrogante de si la violencia habitual conforma una realidad independiente y distinta de los diferentes hechos en que la habitualidad se funda. “Para tener por acreditada la habitualidad no basta la realización de una pluralidad de actos de violencia “sino que es preciso que estos se hallen vinculados por una relación de proximidad temporal... de manera que se pueda declarar probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o varias las víctimas del mismo”. Lo que pretende sancionar el tipo penal “no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos sino... la existencia de una clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar”. Por tanto, el delito de violencia habitual no es equiparable a la mera suma de actos violentos sino que “estamos ante un aliud en el que lo

tanto por el anterior artículo 153 como por el actual artículo 173. Procediendo aplicar, como regla general, el concurso de delitos, y no un concurso de leyes.

Sin ánimo de exhaustividad dichos actos podrán ser constitutivos de, homicidio, lesiones - físicas o psíquicas-, coacciones, amenazas, detenciones ilegales, agresiones sexuales, etc., ya sea como delito o falta, en su caso.

a) El concurso con malos tratos de obra, o lesiones que no requieran primera asistencia facultativa o tratamiento médico quirúrgico.

En este punto el legislador ha optado expresamente por la vía del concurso real y la jurisprudencia y doctrina así lo acogen sin mayores problemas, dado el diverso contenido de injusto y estructura del delito del art. 173.2 con esos delitos o faltas, (aunque en la actualidad esta posibilidad se ha visto sensiblemente limitada, pues como ya se ha visto, se han elevado a la categoría de delito conductas anteriormente penadas en el Libro III del CP).

Pese a la opinión doctrinal que ha sostenido la absorción de las conductas constitutivas de un delito del art. 153 por el delito del 173.2 entendiendo que se produciría un *bis in idem*, cabe sostener que no es así, habrá fragmentos del hecho comunes a las infracciones que se aplican en concurso, pero esto no presupone vulneración del mencionado principio en tanto en cuanto el fundamento de la valoración penal en uno y otro precepto que entran en concurso son distintos²¹¹, al igual que los

relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar”. Concluye por ello que entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de delitos “no hay una exacta identidad”, por lo que no cabe apreciar quebranto de principio non bis in idem. Por lo expuesto, el art. 173.2 del CP al disponer que la condena por el delito de violencia habitual procede “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia física o psíquica”, no vulnera el principio non bis in idem”.

²¹¹ STS 761/2006 de 10 julio, (hace referencia al art. 153 CP hoy 173.2) “El siguiente motivo se articula también por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 617.1º CP. Al margen de reiterar la alegación de que en el relato de hechos probados de la sentencia no se establece de forma clara y precisa la existencia de un nexo causal entre la acción del recurrente y las lesiones que se describe, alegación que se opone frontalmente al texto del Hecho Probado y que por ello debe ser rechazada; al margen de ello, dícese, argumenta el recurrente que la aplicación del art. 617.1 del Código Penal, no es compatible con la aplicación del art. 147 del mismo texto, lo que supondría penalizar el mismo hecho por dos preceptos distintos. La aplicación del art. 147, tanto si se aplica el párrafo primero como el segundo del mismo precepto ya incluye las posibles faltas que tuvieron su origen en los mismos hechos. El motivo debe ser desestimado.

Y para ello conviene recordar que el delito del art. 153 CP debe ser analizado desde la perspectiva de los valores constitucionales, pues, a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar al maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la

bienes jurídicos protegidos, el delito del 173.2 no juzga las violencias individualmente consideradas únicamente permiten evidenciar un injusto desconocido que no resulta de la suma de aquellas²¹², las presupone; como a lo largo del trabajo se ha dicho en incontables ocasiones.

Aunque uno de los puntos donde surgen mayores discusiones dogmáticas y más variopintas soluciones prácticas es a la hora de coordinar los subtipos agravados del 153 y del 173.2 CP.

Si se parte de la compatibilidad de las condenas por los delitos de los arts. 153 y 173, ya sobradamente razonada, surgen las dudas de si las agravaciones- prácticamente idénticas en ambos preceptos²¹³ se extenderán a los arts. 153 y 173 simultáneamente, o sólo a uno de los preceptos.

Si concurre una agravante en los casos de enjuiciamiento conjunto de la conducta concreta y la habitual, para no vulnerar el principio *non bis in idem*, -puesto que es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos delitos diferentes- parece lógico concluir que se aprecie la agravación sólo en el delito del art. 173, lo que vendría impuesto por el principio de

infancia y protección integral de los hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios. Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un macrocosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes. Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Por ello, el legislador ha establecido la sanción de este delito «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». La sentencia señala en el Hecho Probado diversos actos de agresiones físicas –con independencia de una persistente y mantenida situación de violencia psíquica por una actividad continuada de degradación y desprecio a la esposa– concretando las consecuencias lesivas que se le apreciaron a la víctima en dos ocasiones en que fue asistida en centros sanitarios, que sirven de presupuesto fáctico para la apreciación de las dos faltas de lesiones que acertadamente sanciona el Tribunal a quo, con independencia de las lesiones psíquicas sufridas también por la víctima. El motivo debe ser desestimado”.

²¹² V. (STS 92/2009) “Hay que sancionar por separado el delito de violencia habitual del art. 173.2 y las demás infracciones concretas que hubieran podido cometerse en la realización de cada una de esas acciones. Es decir, entre aquellas figuras de delitos o faltas individualizados y este delito habitual hay un concurso real a penar conforme a lo dispuesto en el art. 73: han de imponerse todas las penas correspondientes a las diferentes infracciones”.

²¹³ Con la salvedad de que en el art. 153 CP no se hace referencia al quebrantamiento de medidas de prohibición.

alternatividad del art. 8.4ª del CP. De otro modo si consideramos un delito del art. 153 en su modalidad agravada y un delito del 173 simple, conllevaría menos pena que los supuestos menos graves, art. 173 y falta del art. 620, puesto que la falta no contempla tal agravación deberá necesariamente aplicarse al 173.2 CP, existiendo un agravio comparativo.

Si por haber sido enjuiciado anteriormente el acto de violencia concreto, se condeno por el art. 153 apreciando la agravación, es obvio, que esa circunstancia agravante no podrá ser tenida en cuenta de nuevo en el posterior proceso que se siga por maltrato habitual para agravar el tipo del art. 173²¹⁴.

Cuando concurren varias circunstancias agravantes p. ej., en el domicilio y en presencia de menores, se aplicara el subtipo agravado tanto en el acto concreto violento como, en su caso, en el delito de violencia habitual del 173.2. Si concurriesen las circunstancias agravatorias en uno sólo de los delitos se tendrá en cuenta una de ellas para agravar la pena y la otra será tenida en consideración a efectos de valorar, dentro del tramo de la mitad superior de la misma, el alcance o extensión concreta que se solicita²¹⁵.

b) Amenazas leves con y sin armas u otros instrumentos peligrosos (171.4 y 5)²¹⁶, coacciones leves (172.2) y el ejercicio habitual de violencia.

Tanto las amenazas como las coacciones²¹⁷ son conductas susceptibles de ser calificadas como violentas a los efectos de integrar el concepto del delito del art. 173.2

²¹⁴ En idéntico sentido, *Ob. Cit.* MORENO VERDEJO, J.: “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en: VV.AA, POLO GARCÍA, S., PERAMATO MARTÍN, T. (dirs.): *Aspecto procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CDJ, Nº. I, 2007, p. 55; ESCUCHURI AISA, E.: “Manifestaciones delictivas de la Violencia de género”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, Mª. Á. (coords.), SILVA SÁNCHEZ, J. Mª. y ROBLES PLANAS, R. (dirs.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 271.

²¹⁵ Este es el criterio acogido por la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

²¹⁶ Como ya se ha dicho desde el 29 de junio de 2005 se eleva a la condición de delito las amenazas leves realizadas, contra personas especialmente vulnerables, pareja o ex-pareja. En el apartado 5., se elevan a la categoría de delito las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos si el amenazado es cualquier otra persona de las mencionadas en el art. 173.2 distinta de las contempladas en el punto 4., por lo que no se prevé este supuesto agravado para estas personas. Por su parte en el art. 173.2 se sanciona al que de modo leve coaccione a personas especialmente vulnerables, pareja o ex-pareja. Las coacciones leves ejecutadas sobre el resto de sujetos explicitados en el art. 173.2 y que no encuentren acomodo entre los delitos de coacciones, para su punición, se deberá acudir al art. 620 CP.

²¹⁷ Nos encontramos ante ataques a la fase de la formación de la voluntad, o a la de motivación del sujeto. La figura de las amenazas persigue la tutela de la libertad, considerada en su faceta subjetiva, como es el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; y en su aspecto objetivo, como es el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que supone una amenaza (STS 15 de octubre de 2004). Sera coacción todo aquél acto violento a la fase de

siendo por ello plenamente trasladables en este sentido las reflexiones realizadas al analizar las relaciones concursales entre el delito del 173.2 y el 153. Las conductas tipificadas en los arts. 171 y 172, al igual que los bienes jurídicos protegidos son disímiles de las que son objeto de consideración en éstos desde una perspectiva individual, por lo que no se conculca el principio *non bis in idem* (art. 25 CE).

c) Concurso del art. 147.1CP con el 173.2.

La aceptación de que se produce un concurso delictivo entre el delito de violencia habitual y los concretos actos de violencia cometidos, es clara e inequívoca por las razones expuestas en líneas supra.

El problema estriba en el párrafo segundo del art. 147.1 CP²¹⁸, en el que se establece la pena de prisión de seis meses a tres años al que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 del Código. Sí se computan las faltas para conformar el delito del 147.1 párr. 2º, es posible valorarlas nuevamente para acreditar o presuponer el delito de maltrato habitual, cuando precisamente lo que se castiga en este párrafo segundo del 147 es la habitualidad o reincidencia. Resulta obvio que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro precepto son heterogéneos (en uno la integridad moral, en el otro la integridad corporal y/o salud física o mental) pero aun así, su concurrencia es dudosa, dado que la pena de prisión de seis meses a tres años es muy superior a la resultante de sumar las asociadas a cada falta, pudiendo entenderse que la habitualidad ya ha sido legalmente contemplada, en ese caso²¹⁹.

Parece más razonable la aplicación del art. 173.2 en concurso con las diversas infracciones individualmente consideradas del art. 617 CP, por otro lado, si una de las faltas se produjo seis meses antes sin que haya habido ninguna actuación que interrumpa la prescripción, ya no podrá valorarse para constituir el presupuesto del art.

ejecución de la voluntad y amenaza todo ataque a la fase de formación de la misma, (STS 12 junio del 2000 y 12 junio de 2004).

²¹⁸ Art. 147 CP: 1. “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código”.

²¹⁹ Para Muñoz Conde, cuando coincide la violencia habitual del art. 173.2 con el supuesto previsto en el art. 147.1 párr. 2º, “la única posibilidad de distinguir estos supuestos de lesiones y el delito contra la integridad moral es exigir para la aplicación de éste último que se dé el menoscabo grave de la integridad moral a que se refiere el art. 173.1”, advirtiendo que la subsunción de los hechos en los dos preceptos no llevaría asociada su simultánea aplicación “conforme a la regla concursal del art. 173. 2 pues se infringiría el principio *non bis in idem*”, *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª, 2004, p. 190.

147²²⁰, pero nada obsta para integrarlas como indicios de la conducta a los efectos del art. 173.2 CP.

Aunque resulta aun mas embarazoso, si al referirse al 617 entendemos que abarca también los supuestos previstos en el art. 153.1 y 2, puesto que, en virtud del mismo se convierte en delito las conductas de quien por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el CP, o golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión. De este modo quien cometa en el plazo de un año las conductas descritas en ambos números del precepto podría serle aplicable lo establecido en el art. 147.1 párrafo 2º. Aunque si se tiene en cuenta que la suma de las penas - propias - de cada delito individualmente considerado del 153.1 y 2, esto es, respectivamente, prisión de seis meses a un año y prisión de tres meses a un año²²¹, resultarían, en este caso, normalmente superiores a la que correspondería por el art. 147.1 *in fine*; podría apreciarse un concurso real de delitos entre estas infracciones individuales.

Aunque la solución más adecuada, a nuestro juicio, resulta la anteriormente propuesta para el caso de concurrencia del 173.2 y la falta del 620 CP.

d) Respecto a las lesiones del art. 148.1 y el art. 173.2 CP.

La cuestión radica en dilucidar si es compatible la agravación derivada del uso de armas del art. 173.2 CP con la de similar factura del art. 148.1 con independencia de que el bien jurídico sea distinto y se permita el castigo conjunto por ambos delitos, el subtipo agravado del art. 173 contempla el mismo agravante, si se descarta por el *bis in idem* -principio tantas veces aludido- la doble aflicción de una misma circunstancia al delito habitual y al singular por razón de un mismo hecho, habrá que atender al principio del art. 8.4 del CP, ya que el precepto más grave excluye a los que se castiguen con pena más leve. Así cuando surge el concurso entre el art. 147 habiéndose utilizado armas en la lesión y el art. 173.2, la solución del art. 8.4 nos lleva a calificar por el tipo básico el art. 173.2 en concurso con el 147 en relación con el 148.1º CP²²².

²²⁰ Ni sancionarse individualmente el hecho concreto ya que estará exceptuado de punición por prescripción.

²²¹ Prescindiendo de referirnos ahora a las restantes penas previstas en dicho artículo.

²²² *Ob. Cit.* MORENO VERDEJO, J.: "Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia", en: VV.AA, POLO GARCÍA, S., PERAMATO MARTÍN, T. (dirs.): *Aspecto procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CDJ, Nº. I, 2007, p. 56; MERLOS CHICHARRO, J.A.: "Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de violencia doméstica", EJ/MF, IV, Madrid, 2003, págs. 627 y ss.

Ahora bien, la cuestión estriba en determinar cómo deben operar si son varias las circunstancias agravantes que concurren del 148 con el art. 173.2 CP. Cuando se comete una agresión por quien sea o haya sido esposo o compañero sentimental de la víctima (4ª circunstancia) utilizando armas (1ª) o con ensañamiento o alevosía (2ª) y causando un resultado del art. 147.1 del CP, suscitado el problema de si todas las circunstancias han de ser tenidas en cuenta como específicas del art. 148, con la consecuencia penológica de poder sancionar tal conducta con la pena que considere el Juez adecuada dentro del parámetro marcado en dicho precepto (de 2 a 5 años de prisión)²²³ o, si una de esas circunstancias se ha de tener en cuenta para aplicar el subtipo agravado y el resto como circunstancias agravantes genéricas, de manera que ante una agresión con armas u objetos peligrosos a quien fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al imputado por una análoga relación, sería de aplicación el art. 148.1 del CP con la circunstancia mixta de parentesco del (art. 23) como agravante y la pena a aplicar sería la prevista para el subtipo agravado en su mitad superior de conformidad con el art. 66.1.3º del CP (de 3 años, 6 meses y 1 día a 5 años de prisión)²²⁴. Por tanto, procederá la aplicación del art. 148.1 (subtipo agravado) con las

²²³ Con lo que el hecho de que concurren más de una agravación del art. 148 no tiene efecto agravatorio alguno. Por otro lado, si se acoge esta postura la lesión cometida con armas, ensañamiento o alevosía en la persona de la esposa o de la mujer unida al autor por una relación de afectividad análoga con convivencia, podrá ser castigada con pena de 2 a 5 años de prisión, pudiendo imponerse, pese a la concurrencia de 2 o más circunstancias la pena mínima de 2 años, susceptible de suspensión de conformidad con el art. 80 y ss. del CP, y muy inferior a la que correspondería imponer a la mujer por la misma agresión cometida sobre el esposo o compañero sentimental, toda vez que en estos casos sería de aplicación el subtipo agravado del párrafo 1º o 2º del art. 148 del CP, pero no la circunstancia 4ª, dado que no es la mujer la víctima, por lo que, sería aplicable la agravante de parentesco del art. 23 del CP, resultando en ese caso la pena a imponer dentro del marco punitivo de 3 años, 6 meses y 1 día de prisión, y por tanto no susceptible de suspensión.

²²⁴ La STS (Sala 2ª) del 728/2010, de 22 de julio, “El art. 148 CP no tipifica un solo subtipo agravado del delito básico de lesiones del art. 147, sino varios subtipos agravados, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás. En el caso examinado, la sentencia subsume la acción de los acusados en el subtipo primero del precepto por la utilización de instrumentos, objetos y métodos peligrosos. Esta calificación, como se dice, ha sido aceptada tanto por la acusación como por la defensa, por lo que en este trámite casacional no puede ser cuestionada. El Tribunal sentenciador no ha aplicado el art. 148.2º CP (si hubiera mediado ensañamiento o alevosía) pero no ha obviado que la agresión se produjo de manera alevosa y, en consecuencia, valora también la concurrencia de este plus de antijuridicidad, sin duda alguna concurrente. Porque no merece el mismo reproche penal la agresión con instrumentos, medios o formas concretamente peligrosos para la salud en lo que podríamos decir una agresión cara a cara, permitiendo la defensa del atacado, que si esa agresión se produce, además, alevosamente, por sorpresa y de manera súbita e inesperada, impidiendo toda posibilidad de una reacción defensiva.

Es elemental que en este segundo escenario el mayor desvalor de la acción exige también un mayor reproche, de la misma manera que en un hipotético supuesto se aplicara, por ejemplo, el subtipo agravado de ser la víctima menor de doce años o incapaz (art. 148.3º), y, además, se hubiera ejecutado la acción con alevosía o con ensañamiento.

De tal manera que no podemos aceptar la aplicación del art. 67 CP que propugna el recurrido, porque, según lo que hemos expresado, el subtipo agravado del art. 148.1º no requiere para la tipicidad

agravantes de alevosía o (22.1 del CP), ensañamiento (22.5 del CP) y parentesco (23 del CP)²²⁵, en concurso con el tipo básico del 173.2 CP.

e) Concurso entre el delito de quebrantamiento de condena, allanamiento de morada, tenencia ilícita de armas y violencia habitual.

Algunos de los subtipos agravados que se contemplan en el art. 173 pueden ser por sí mismos constitutivos de delito.

Así, si la agresión se verifico con armas careciendo de la correspondiente licencia, existiría un concurso real, pues el delito del art. 563 CP de tracto continuado o permanente²²⁶ lo permite sin problemas, anudada esta circunstancia a que los bienes jurídicos protegidos son distintos, (en el delito de tenencia ilícita de armas, el control del Estado sobre el uso de las mismas, en el delito de violencia domestica habitual el plus de antijuridicidad viene dado por el mayor riesgo o peligro para la víctima -el desvalor de la acción se incrementa y consiente la doble punición-).

En cuanto al delito de quebrantamiento de condena²²⁷, en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 25 de noviembre de 2008 se acordó que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP²²⁸”, excluyendo, por tanto, cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por la

del hecho que éste se ejecute con alevosía, ni ésta es inherente a este concreto subtipo delictivo que, repítase, es autónomo del resto de los contemplados en el precepto.

En consecuencia, siendo correcta la apreciación de la alevosía por el Tribunal de instancia (y no cuestionada por ninguna de las partes procesales), resulta obligada su valoración de acuerdo con el art. 66.3º CP., sin que ello suponga violentar el principio “non bis in idem” que es lo que proscribe el art. 67, “debiendo entenderse, a fin de no dar a este precepto una extensión desmesurada, que tal inferencia o imposibilidad de comisión del hecho delictivo sin el hecho de la agravante, se ha de medir en abstracto y no en concreto, es decir, teniendo en cuenta la estructura del tipo del delito [en este caso el subtipo concreto aplicado] y si éste puede o no cometerse sin la concurrencia de la circunstancia agravante” (STS de 17 de marzo de 1.992). Por ello, el motivo debe ser estimado, casándose y anulándose la sentencia impugnada y dictándose otra por esta Sala en la que, a efectos de fijar la pena, se de cumplimiento al imperativo del citado art. 66.3º imponiendo la pena en su mitad superior, es decir, de 3 años y 6 meses a 5 años”.

²²⁵ Si son tres las circunstancias, parentesco, alevosía, ensañamiento el art. 66 permitiría subir la pena hasta el grado superior 5-0-0- a 7-6-0.

²²⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª, 2010, págs. 901 y ss.

²²⁷ El CP tipifica como delito, en el artículo 468.2 CP, el hecho de quebrantar una pena de las contempladas en el artículo 48 (prohibición de residir, de aproximación a la víctima y de comunicación) o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en que el ofendido sea alguna de las personas del art. 173.2 de dicho texto legal. La identificación del sujeto activo no representa especiales problemas; se trata del sometido judicialmente, durante la instrucción (arts. 13, 544 bis y 544 ter LECr o la ejecución de sentencia, a una de las medidas restrictivas impuestas en el art. 48, vía art. 57.2 CP. Pero el objeto de la acción es diverso, medida cautelar y medida definitiva o pena.

²²⁸ Por quebrantamiento hay que entender, como apunta, *Ob. Cit.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, en: VV.AA, *La Ley Integral de medidas de protección contra la violencia de género*, CGPJ, 2005, p.178, sustraerse al cumplimiento de la medida impuesta; así, anular los efectos de las medidas de control telemático, aproximarse a la víctima dentro del radio de acción de exclusión física, comunicarse con ella estando prohibida la comunicación física o mecánica...

víctima, para la reanudación de los encuentros o de la convivencia. Todas las STS dictadas durante los años 2010 y 2011, (STS 14/2010 de 28 de enero²²⁹, 61/2010 de 28 de enero, 60/2010 de 29 de enero, 268/2010 de 26 de febrero, 474/2010 de 17 de mayo, 902/2010 de 21 de octubre, 117/2010 de 24 de noviembre, 1065/2010 de 26 de noviembre, 9/2011 de 31 de enero, 126/2011 de 31 de enero, 192/2011 de 18 de marzo, 260/2011 de 6 de abril), no se desvían de la solución dada. Por tanto, existirá un concurso de normas entre el delito de violencia habitual y el delito de quebrantamiento del 468 a resolver conforme al principio de especialidad del art. 8.1 del CP, aplicándose el 173.2 en su modalidad agravada. Aunque en los casos de continuidad del delito de quebrantamiento por ser varias las ocasiones en que se produce el mismo, podría darse la solución de aplicar el concurso real entre un delito de quebrantamiento continuado o simple y el delito de violencia habitual agravado por razón del quebrantamiento, aún en el caso de consentimiento de la víctima de restablecer los vínculos con el sujeto activo.

En relación con el delito de allanamiento de morada, el fundamento de la agravación por razón de ejecutar los hechos en el domicilio y el de la incriminación del delito de allanamiento de morada es diferente como lo son los bienes jurídicos ofendidos, por lo que tendrá que apreciarse un concurso real de delitos. En este sentido se pronuncia la Circular 4/2003 de la FGE²³⁰.

f) Relaciones con otros atentados contra la integridad moral (art. 173.1CP).

²²⁹ “En base a lo razonado el recurso deberá ser estimado y absuelto el acusado del delito de detención ilegal del art. 163.1 CP, manteniéndose su condena -no cuestionada en esta sede casacional- por los delitos de maltrato familiar del art. 153, y quebrantamiento de medida cautelar, art. 468.2 debiendo, no obstante realizarse las siguientes precisiones: 2ª Respecto al quebrantamiento medida cautelar alejamiento, que ante la jurisprudencia contradictoria: las STS. 1156/2005 de 26.9 y 69/2006 de 20.1 , consideraron atípica la conducta en que la persona protegida consintió la aproximación, bien porque la relación nunca se rompió o bien porque se ha producido una reanudación por diversas causas, situación relativamente frecuente, mientras la STS 10/2007 de 19 de enero de 2007, mantuvo que el consentimiento de la víctima... no podía eliminar la antijuricidad del hecho, ya que es el principio de autoridad el que se ofrende con el delito de quebrantamiento de la medida y aunque tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer para la protección de su vida e integridad corporal y tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquella, y en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto, esta Sala, en cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la mujer para la exclusión del delito del art. 468 CP en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido, consistente en alejamiento o prohibición de acercamiento, trató el asunto en Pleno no jurisdiccional de 25.11.2008, acordándose por mayoría que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP, criterio que ha sido ya seguido en sentencias 39/2009 de 19 de enero (sic), 172/2009 de 24 de febrero, 654/2009 del 8 de junio”.

²³⁰ Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, “deberá apreciarse un concurso de delitos entre la figura agravada del art. 153 ó 173 y el delito de allanamiento. Dicha interpretación no conculca el principio non bis in idem... en el caso del allanamiento ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el art. 18 CE se le añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior”.

El art. 173.1 del CP dispone: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. El empleo de expresiones tales como “trato degradante²³¹”, “gravemente” e “integridad moral”, hacen necesario efectuar algunas precisiones sobre el tipo, sobre todo de cara a interpretar si es posible negar o afirmar un concurso de delitos entre éste atentado contra la integridad moral y el tipificado en el apartado segundo de dicho precepto.

Sobre este delito de nuevo cuño en el Código Penal vigente, sin precedentes en los anteriores, fue calificado por algunos como un delito ambiguo que podía producir graves inconvenientes, no sólo de exégesis, sino también de seguridad jurídica²³². Por el contrario, para otros (la mayoría), se trataba de un tipo delictivo de necesaria incorporación al texto penal, en cuanto supuso dar una respuesta a la necesidad de evitar tratamientos inhumanos o degradantes, no sólo por parte del funcionario público o el que tiene autoridad (torturas), sino también por parte de los particulares cuando usan su situación de prepotencia o superioridad para degradar la moral de una persona, humillándola deshonrándola, despreciándola o envileciéndola²³³. Este delito, que también puede tener encaje en el artículo 15 de la CE- según reiterada jurisprudencia- cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de las personas; tiene un valor autónomo que le hace compatible con otros delitos que podríamos llamar principales como son el de detención ilegal y el de lesiones. Así lo entendió, por ejemplo, las STS (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2002 y 5 de julio de 2003²³⁴.

²³¹ Para, *Ob. Cit.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Colección los delitos, Nº. 20, 1999, p. 44, el trato degradante se concreta en el comportamiento que, independientemente del doblegamiento o no de la voluntad sufrida por el sujeto pasivo -que puede existir-, produce, en todo caso, un sentimiento de humillación o una sensación de envilecimiento, ante los demás o ante sí mismo.

²³² La enmienda nº 723 de IU. IC, pretendía la supresión del art. 169 CP por: “definir una conducta de extremada ambigüedad y que no sabemos exactamente a qué obedece, qué sentido tiene...”. Proponiendo circunscribir las conductas de tratos degradantes en el contexto de las relaciones familiares y las relaciones laborales y rebajar la pena. La Enmienda nº 43 del PNV fundamentaba la supresión por utilizar conceptos “vagos”, “jurídicamente inseguros”, “vaporosos”, “ectoplásmicos”, y la Enmienda del Grupo de Coalición Canaria, Nº 971 propugnaba la desaparición del artículo por “falta de concreción” y por “no vincular los tratamientos degradantes a la tortura”. V. los debates parlamentarios en el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Sección plenaria, Nº. 155, 1995, t. XV. págs. 8405, 8411-8428.

²³³ V. DE LA MATA BARRANCO NORBERTO, J. / PÉREZ MACHÍO, A. I.: “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, *Revista Penal*, 2003, p. 28. La provocación de humillación o envilecimiento -la degradación- y la cosificación del sujeto pasivo -a quien se instrumentaliza como mero objeto en manos del autor del trato degradante-, y aun cuando en ocasiones surjan como consecuencia de comportamientos que doblegan la voluntad de la víctima, son las notas que se alcanzan como las características que dotan de autonomía a un no tan complejo concepto que no encuentra pleno acomodo, a nivel de desvalor, en ningún otro precepto del CP”.

²³⁴ Entre otras.

Para la concreción de la tipicidad hemos de acudir al bien jurídico protegido por el tipo penal, en principio y desde esta perspectiva hemos de rechazar en su comprensión aquellas conductas dirigidas a doblegar la voluntad de una persona, pues su acomodo típico se encuentra recogido en los delitos contra la libertad cuya característica es la de dirigir la acción precisamente a eliminar la capacidad de decidir libremente mediante actos de compulsión integrados en los delitos de amenazas y coacciones.

Igualmente hemos de rechazar en su comprensión las consideraciones exclusivamente, referidas al honor de la persona, pues el tipo penal de la injuria recoge la antijuridicidad correspondientes a los actos de menosprecio y desprecio etc., que afectan a la dignidad y al honor.

Por último, también es preciso apartar de su contenido típico aquellas manifestaciones que puedan ser incluidas en las agravaciones típicas que refieren el empleo de acciones degradantes innecesarias a la comisión del correspondiente tipo penal. Expresiones como la del empleo de “lujo de males”, agresiones innecesarias, etc., forman parte del contenido de la agravación de ensañamiento que permite una individualización de la pena a la conducta efectivamente realizada en cuanto suponen un aumento de la gravedad del hecho que encuentra su acomodo en la individualización de la pena correspondiente al respectivo tipo penal en el que se actúa. (STS 2101/2001, de 14 de noviembre), el art. 173.1 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. Así, siguiendo a la doctrina constitucional, el trato degradante supone una intervención aprehensible y no consentida sobre una persona, aun cuando no se trate de una agresión material o física, que objetivamente niegue al sujeto su propia condición de persona, convirtiéndole (tratándole como) en un simple objeto, violando, de este modo, la dignidad que es inherente a su condición de ser humano. Y cuando una conducta de esta naturaleza se lleva a cabo, sobre una persona vulnerable (bien por sus condiciones físicas o psíquicas o por la situación en que se halla respecto del agresor), es decir, cuando se le cosifica y el titular del bien jurídico queda sometido a la voluntad de un tercero, el atentado contra el bien jurídico es grave, pues nada hay más grave (salvo privarle de la vida) que tratar a una persona como una cosa, STS de 8 de mayo de 2002.

Con base en lo anteriormente apuntado, las notas definitorias pueden concretarse en:

a) cosificar a una persona sometida a la voluntad de un tercero (bien por sus circunstancias personales, bien por la situación en que se halla) constituye un trato degradante; b) que objetivamente, no solo le humilla, sino que resulta indigno a su condición de persona y, provocando un menoscabo grave a la integridad moral y, en definitiva a su dignidad; c) no es precisa una habitualidad en la conducta sino que basta un acto puntual²³⁵ si dicho acto se traduce en colocarle (en razón de la conducta) en una situación que lesiona gravemente la integridad moral del sujeto, al que cosifica, en el sentido antes expuesto²³⁶, y llevan consigo la nota de “envilecimiento y humillación” que corresponde al tipo del art. 173.1 del CP²³⁷ y lo diferencia del art. 173.2.

²³⁵ STS. 233/2009 de 3 marzo, “El hecho de obligar a despojarse de toda su ropa a una persona no acostumbrada a ello, como suele ser lo habitual y aquí nada consta en contrario, constituye en sí mismo una conducta especialmente vejatoria para la víctima, al quedar completamente desnuda ante el acusado y la menor que le acompañaba, así como ante su propio amigo. Pero, además, en el presente caso, Darío se vio privado de sus prendas -dado que se las llevó el acusado en su vehículo-, abandonado en un descampado, sin otra compañía que la de un menor, a una distancia de la ciudad que no sería pequeña, dado el tiempo que duró el trayecto recorrido por el vehículo en el que fue obligado a montar (veinte minutos). Sólo la existencia de una fábrica en las proximidades (v. FJ. 1º,) podía constituir un referente de posible ayuda, como, al final, ocurrió, siendo hallados por la policía la víctima y su amigo en el punto kilométrico 88 de la autopista C-33, dirección Barcelona, cuando se dirigían a esta capital, habiendo podido cubrirse Darío con el bóxer que le prestó el amigo que le acompañaba y con la ropa vieja y unos zapatos que “le proporcionaron” -presumiblemente, dadas las circunstancias descritas, pues nada se concreta en la sentencia- personas de la fábrica ubicada en las proximidades del lugar donde fue abandonado.

A la vista de todo lo expuesto, es preciso concluir que la conducta del acusado, al obligar a la víctima a despojarse de sus ropas, que luego él recogió y se llevó, dejando a la víctima completamente desnuda en el descampado al que se ha hecho referencia, en el contexto ya examinado, constituye una vejación grave de su dignidad personal, encaminada a doblegar la voluntad del sujeto paciente, para que rompiera la relación sentimental que mantenía con una hermana del acusado; en suma, pues, dicho comportamiento supone un trato degradante, que hubo de humillar a la víctima y causarle un indudable sufrimiento psíquico, con entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de un delito contra la integridad moral de la víctima, del art. 173 del CP, por implicar, sin la menor duda, un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima”. En el mismo sentido, siendo suficiente un solo acto para condenar por el art. 173.1CP, la STS 20/2011, de 27 enero, En el caso, aunque son varios los comportamientos imputados a las acusadas a los que el Tribunal de instancia atribuye un significado degradante causante de un grave menoscabo en la integridad moral, basta ahora recordar a los efectos del motivo, que ambas acusadas sometieron a la víctima, contra su voluntad, a una acción consistente en depilar el vello que cubría una parte de su cuerpo grabándolo en vídeo para mostrarlo luego a terceras personas, cuando se trataba de una persona que en esos momentos se encontraba sometida a tratamiento hormonal con la finalidad de seguir un proceso de cambio de sexo femenino al masculino. No puede negarse en modo alguno el significado degradante que muestra tal conducta, en todos sus aspectos, tanto por la sumisión que se impone a la víctima como por el hecho de mostrarlo a terceras personas. También resulta con claridad la independencia de esta conducta respecto de otras que han merecido otras calificaciones jurídico-penales, pues, considerando el mero aspecto fáctico, se ejecuta en momentos temporales diferentes.

²³⁶ En el conocido caso “Tyrrer”, El TEDH, en Sentencia de 25 de abril de 1978, calificó como pena degradante la imposición a una persona de un castigo corporal consistente en recibir una serie de azotes con una vara, incidiendo en las notas de humillación y degradación como propias del trato degradante, -exigiendo que se alcance un determinado nivel de humillación lo que se hace depender del

Por otro lado, el art. 173.1 es un delito común²³⁸ - a diferencia del delito de violencia habitual -, la conducta pueda llevarla a cabo cualquier persona; únicamente cabe excluir al funcionario público que abuse de su función, al que, de realizar el comportamiento considerado de trato degradante a efectos de aplicar dicho artículo, debería sancionarse aplicando el art. 175, en caso de que no actuara con la finalidad a que se refiere el art. 174 y éste cuando concurra el elemento teleológico descrito en el precepto. Ciertamente el art. 173.1 no exige un especial vínculo como elemento típico del delito, aunque evidentemente el trato degradante no es ajeno a una especial situación de superioridad o dominio del hecho ostentado por el autor.

En esta línea diferenciadora, Huerta Tocildo²³⁹ afirma que “los malos tratos habituales a que ahora se refiere el art. 173.2 CP no guardan ninguna relación jerárquica con los tratos degradantes del art. 173.1 o, por mejor decirlo, no se comportan como tipos agravados de una conducta básica de trato degradante que suponga un grave menoscabo de la integridad moral. Los elementos componentes de las conductas respectivamente sancionadas en cada uno de estos dos tipos penales impiden, a mi modo de ver, que entre ambos pueda establecerse esa relación de tipo básico-tipo agravado ya que, mientras que el artículo 173.1 se conforma con un único trato degradante²⁴⁰, si bien exige que sea apto para menoscabar en forma grave la integridad moral, en el art. 173.2 no se alude para nada a la gravedad del maltrato físico o psíquico y sí, en cambio, a la necesidad de que sea habitual, es decir, que no se trate de un único acto puntual de violencia física o psíquica”.

conjunto de circunstancias del caso y, especialmente, de la naturaleza y del contexto de la pena, así como de la manera con la que se ejecute-, “El señor Tyrer se confesó culpable de haber agredido y herido a un compañero de su escuela. Como consecuencia de este acto se vio necesaria la imposición de un castigo corporal. Siendo éste azotado al final de la tarde del mismo día, en presencia de sus padres y de un médico, en un centro de la policía. Tuvo que bajarse los pantalones, los calzoncillos e inclinarse sobre una mesa. Dos agentes de la policía le sujetaban mientras que un tercero ejecutaba el castigo. Al primer azote, la vara se rompió en parte. El padre del demandado no pudo contenerse y después del tercer azote “se arrojó” sobre uno de los agentes y hubo que sujetarle. La piel del demandante, aunque sin heridas, se hinchó y sufrió dolores durante una semana y media aproximadamente”. Similar es la calificación del Tribunal en Sentencia de 29 de octubre de 1992, donde se describe la situación de una persona que recibe cuatro varazos en las nalgas que le provocan cuatro contusiones de 15 centímetros de longitud y 1,23 centímetros de ancho cada una, con grandes hematomas e hinchazón.

²³⁷ Ob. Cit. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Colección los delitos, Nº. 20, 1999, págs. 63-64.

²³⁸ Ob. Cit. CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENQUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª, 2010, p. 210.

²³⁹ HUERTA TOCILDO, S.: “Los límites del Derecho penal en la prevención de la Violencia doméstica”, en: VV.AA, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.): *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 516.

²⁴⁰ Se muestra de la misma opinión, BARQUÍN SANZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 80.

Estando plenamente de acuerdo con la posición defendida por esta autora, aunque matizando que ese “trato degradante grave”, no es la acción en sí misma, sino el resultado de lesión que la misma produce²⁴¹ respecto al bien jurídico protegido integridad moral. La nota de la habitualidad asociada a la gravedad del atentado, favorece en tales supuestos la distinción entre los tratos degradantes subsumibles en dicho precepto y aquellos comportamientos de menor gravedad que no adquieren dicha condición, por lo que no son susceptibles de incluirse en el 173.1 CP; sino en el apartado segundo por la falta de intensidad de los mismos aisladamente considerados, pero que realizados de un modo habitual -en tanto reiterados o sistemáticos- y considerados en su conjunto, sí constituyen el injusto típico.

Por todo, si en el marco de un contexto de violencia habitual a las violencias físicas o psíquicas se suma un trato degradante o vejatorio²⁴² que menoscaba, por sí mismo, gravemente la integridad moral se establecerá un concurso delictivo²⁴³, ya que cada violencia tendrá su propio contenido de injusto. Del mismo modo que el grave trato degradante y el delito de violencia habitual, cuyo atentado perpetrado a través de aquéllas quizás haya nacido mucho antes e, incluso este ya consumado (no necesariamente terminado, ya que puede continuar cometiéndose). Por otro lado, considerar aplicable únicamente el delito de violencia habitual o el delito de art. 173.1 solamente, constituiría un privilegio injustificado, el primero sólo tiene en cuenta los ataques más leves producidos en un lapso temporal pero no absorbe ese puntual ataque grave, y el segundo desconoce la nota de extensión en el tiempo - la habitualidad- en el

²⁴¹ *Ob. Cit.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Colección los delitos, Nº. 20, 1999, págs. 48 y ss. Considera igualmente que el trato degradante no es propiamente la acción típica sino el resultado de la misma. Concluyendo que existe una absoluta indeterminación en los medios de ataque y en consecuencia de los comportamientos punibles.

²⁴² “Resulta difícil admitir que el concepto de violencia o intimidación alcance a cualquier tipo de atentado que pueda considerarse que afecte a la integridad moral del sujeto pasivo. Como lo sería un acto vejatorio. Sin perjuicio de que, si alcanzare suficiente entidad, pueda éste subsumirse en el apartado 1 del artículo 173 para lo que no debe ser obstáculo que entre autor y víctima exista la relación a que se refiere el apartado 2”, STS 33/2010.

²⁴³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en: VV.AA, TAMARIT SUMALLA, J.M. (coord.): *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, 2005, p. 28, considera este autor que, “el art. 177 del CP no resuelve ni los concursos de los atentados contra la integridad moral con los delitos contra la libertad o el honor, ni los posibles concursos de los delitos contra la integridad moral entre sí, que deberán someterse a las reglas concursales ordinarias, tal como recuerda el inciso final del artículo 173.2 en este sentido, y puesto que, el atentado contra la integridad moral, que la violencia doméstica conlleva no alcanza necesariamente la entidad de un grave menoscabo, entiendo perfectamente admisible la aplicación del concurso ideal para los supuestos de concurrencia del delito de violencia doméstica con el delito de trato degradante menoscabando gravemente la integridad moral, tipificado en el art. 173.1 CP”.

ejercicio de ese maltrato²⁴⁴. Por otro lado, si el legislador ha previsto ambos tipos y una clausula concursal, (o más bien dos, una en el art. 177 y otra en el art. 173.2), será por

²⁴⁴ En la STS de 05/06/2003 se declara no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por los que venían siendo condenado en concurso real por: un delito de detención ilegal, un delito de agresión sexual, un delito contra la integridad moral, un delito de violencia en el ámbito familiar y tres faltas de lesiones. "Se declaran HECHOS PROBADOS que en la primera mitad del mes de septiembre del año 2000 el acusado Inocencio, mayor de edad, sin antecedentes penales, convivió con Flor en la localidad de Tudela de Veguín, manteniendo los dos una relación estable desde hacía unos dos años, fruto de la cual es un hijo de cinco meses de edad. En esas fechas pasó a residir en la misma vivienda la también acusada María Purificación, mayor de edad sin antecedentes penales, esposa de Inocencio, y sus cuatro hijos menores. Unos siete días antes del 14 de septiembre de 2000, Inocencio, que desde el nacimiento de su hijo con Flor había comenzado a mostrarse agresivo con ella llegando a golpearla en alguna ocasión, procedió a encerrarla en una habitación de la vivienda, atándole de pies y manos para que no escapara, siendo ayudado por María Purificación que vigilaba que las ataduras no se aflojasen apretándolas cuando ocurría así. En la madrugada del día 14 Flor consiguió escapar yendo hasta el Hospital del Valle del Nalón para ser asistida médicamente dado que durante el tiempo que permaneció encerrada Inocencio le había golpeado varias veces, usando en ocasiones un cinturón y llegando a quemarla con cigarrillos. Asimismo, durante ese período de encierro los acusados no le dieron comida más que en una ocasión, negándole bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua. También fue obligada a realizar actos de tipo sexual con María Purificación, la cual, siguiendo indicaciones de Inocencio le untó la cara con heces diciéndole éste en varias ocasiones que la iba a obligar a mantener relaciones sexuales con personas de edad avanzada. Respecto al delito contra la integridad moral del art. 173 del Código penal, esta Sala ha declarado (Sentencia 819/2002, de 8 de mayo) que, en opinión doctrinal casi unánime, representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas...

En el caso enjuiciado, la víctima Flor, tras ser atada de pies y manos durante todo el curso del encierro, es reiteradamente golpeada, usando cinturones para ello, quemándola con cigarrillos para extremar su dolor y humillación, agredida sexualmente, no dándole comida más que en una ocasión, "negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua" y se le "untó la cara con heces". Episodio, pues, de más humillación y vejación que atenta contra la integridad moral, como concepto derivado de la dignidad humana, no puede ofrecerse fácilmente en la realidad.

Respecto del delito de violencia doméstica del art. 153 del Código penal, el recurrente afirma que no contiene el requisito de la habitualidad en el ejercicio de la violencia. Sin embargo, como argumenta el Ministerio fiscal en esta instancia, el relato factual de la sentencia recurrida refiere que ya con anterioridad al mes de septiembre del año 2000, y desde el nacimiento de su hijo, que contaba entonces con cinco meses, "Inocencio había comenzado a mostrarse agresivo con Flor llegando a golpearla en alguna ocasión"; después se narra que durante el tiempo que permaneció encerrada Inocencio la golpeó en varias ocasiones y que para ello utilizaba un cinturón y que "llegó a quemarla con cigarrillos". Con respecto a su relación con la agredida, Flor estaba unida sentimentalmente a Inocencio en tiempo que la Sentencia fija en los dos últimos años, llegando a tener con el mismo un hijo que contaba cinco meses de edad, de manera que se cumplen todos los requisitos exigidos por el art. 153 del Código penal, ejercicio habitual de violencia física, y el personal, contra el cónyuge o persona que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad. Se desestima de este modo la censura casacional, en este apartado, y también en el último, pues la pericial médico forense recoge en punto a la objetivación de las lesiones constitutivas de tres faltas, en los hechos probados de la sentencia, unas evidencias de lesiones producidas en distintos tiempos, atendida la evolución y antigüedad de los vestigios que en su cuerpo presentaba Flor. Así, de una parte puede atenderse a la caquexia por privación de alimentos y a las erosiones en las muñecas ocasionadas precisamente por las condiciones de la detención, pero indudablemente integrantes de una falta de lesiones, de otra parte los distintos hematomas producidos por golpes con las manos y el cinturón, de diferente grado de evolución y cicatrización, y la fractura de huesos propios de la nariz, por lo tanto producidos en ocasiones diferentes, en el contexto del encierro que se narra en el "factum". En definitiva, el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el art. 177 del Código penal, a cuyo tenor "si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley".

algo. Por lo expuesto, consideramos posible un concurso real de delitos entre ambos preceptos²⁴⁵.

g) Concurso art. 173.2 con art. 173.2 CP, pluralidad delictiva.

Se ha dado mayoritariamente por supuesto que la existencia de maltrato habitual sobre distintas víctimas de una unidad convivencial o núcleo no determinara la comisión de distintos delitos. En este caso, aunque prescindiendo de la naturaleza eminentemente personal e individual del bien jurídico protegido, podría aceptarse esta postura pero como se ha puesto de manifiesto la relación de sujetos pasivos es amplísima, puede ser cualquier persona que conviva con el agresor por efecto de un acuerdo de convivencia y “prestación de servicios” entre agresor y víctima que les lleva a compartir el hogar con un reparto de “papeles” similar al de algunas familias aunque no incluya una relación de afectividad, ancianos o personas vulnerables, sometidas a custodia en centros privados o públicos, pareja, ex cónyuge, etc.

Si tenemos esto en cuenta, la existencia de violencia habitual en núcleos convivenciales diferentes es posible, piénsese *v. gr.* en ex-cónyuge e hijos a los que se maltrata y actual relación de pareja y sus hijos, a quienes también se les maltrata, cada entorno familiar pueda dar lugar, si los actos son reiterados en uno y otro entorno, a la existencia de dos delitos del artículo 173.2 CP en relación de concurso real.

Por otro lado, si personas sometidas a custodia en centros privados o públicos son maltratadas sistemáticamente, dado que no hay entre los sujetos pasivos ningún vínculo, si se cumplen las exigencias del tipo respecto de cada víctima, y todas y cada una de ellas han sido objeto de actos de violencia que considerados por separado deban ser estimados como habituales, no hay obstáculo para apreciar tantos delitos del 173.2 como sujetos pasivos haya.

También habrá pluralidad delictiva si tras una primera sentencia condenatoria, se dan actos de violencia posterior, supuesto abordado en la STS 863/2004, de 9 de julio. Aunque hay casos en los que se ha ido más allá, y se ha condenado por tantos delitos del

²⁴⁵ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a.: “Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código Penal”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs.356-357, considera que el delito de malos tratos habituales esta en relación de complementariedad con el de trato degradante, de forma que si junto a la violencia física o psíquica se realiza un episodio que constituya un grave atentado a integridad moral debe apreciarse un concurso real de delitos.

art. 173.2 como sujetos pasivos habían sido víctimas de maltrato habitual dentro de un mismo núcleo convivencial²⁴⁶.

8. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Respecto del agravante de abuso de superioridad²⁴⁷ del art. 22.2ª CP, en este caso es connatural al delito de maltrato habitual, ya que se configura prácticamente como uno de los elementos definitorios del tipo (parece que va ínsito en la habitualidad de la conducta típica el ánimo de dominación), por lo que no podrá apreciarse.

Otro tanto cabe manifestar, en cuanto a la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 CP, el art. 67 CP impide apreciarla por ser inherente al propio tipo penal. Cuando ésta relación media entre el sujeto activo y pasivo. Sin embargo, deberá ser apreciada, en los concretos actos de violencia subsumibles en algún otro precepto que no exija entre sus elementos la relación de parentesco, si bien existe jurisprudencia contradictoria al respecto. A modo de ejemplo, en la STS 1550/2005, se considera que la relación parental existente entre el sujeto activo y la víctima no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio *non bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del art. 67 CP. En cambio, en la STS 33/2010, se aplica la agravante considerando que la menor era hija de la mujer con la que el acusado había contraído matrimonio y convivía al tiempo de los hechos.

La agravante de alevosía, no puede apreciarse, por vulneración del principio *non bis in idem*²⁴⁸ (STS 20/2002, 22/2001). No obstante, se debe tomar en consideración, en cada caso, las circunstancias de las víctimas y los modos de ejecución al individualizar la pena, pudiendo recorrer la pena prevenida para el tipo en toda su extensión, si el caso lo justificase y la sentencia lo motivase expresamente. Por otro lado, esto no equivale a que el mayor desvalor de la acción derivado del modo alevoso de comisión de una o más agresiones quede sin sanción, pues agravará en cada caso, si procediese, los delitos integrados por cada agresión concreta.

²⁴⁶ En concreto la SAP de Sevilla 21/2001, de 26 de abril de 2001, condenó por tres delitos de maltrato habitual en el que eran víctimas tanto la esposa como los dos hijos menores.

²⁴⁷ De opinión contraria, *Ob. Cit.* CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª, 2010, p. 216.

²⁴⁸ La agravante de alevosía, no puede apreciarse, ya que no es en sentido estricto un delito contra las personas, *Ob. Cit.* CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª, 2010, p. 216.

Finalmente, en lo que respecta a la reincidencia art. 22.8ª CP, en principio, puede sentarse como premisa general que sólo procederá cuando las previas condenas sean también por un delito del art. 173.2. Y no será apreciable cuando se trate de condenas previas por delitos del art. 153, aunque sea por conductas excluidas de la secuencia de ataques comprendidos en la condena del art. 173.2, debido al cambio de ubicación sistemática sufrido por el precepto²⁴⁹.

En cuanto a la antijuridicidad, no se puede aplicar la eximente del ejercicio del derecho de corrección como causa de justificación a los padres o tutores (art. 20.7 CP) el derecho de corrección, que incluso ha sido suprimido como tal derecho en el CC, no autoriza ni alcanza a la utilización del castigo físico, sin que contravenga lo expuesto el hecho de que, en algunos supuestos de insignificancia de la acción²⁵⁰, como un cachete o un simple azote que por su levedad no ocasionen un resultado lesivo, por algunas Audiencias Provinciales se considera que no merece reproche penal, en base al principio de intervención mínima.

Por otro lado, el delito de malos tratos puede dar lugar a defensas reactivas de la víctima que no siempre van a poder ser encuadrables en la legítima defensa, bien porque no hay una agresión inminente en ese momento²⁵¹, bien porque predomina más el estado pasional o el trastorno mental como consecuencia de los malos tratos, lo que permite ubicar esa reacción en el ámbito de la inimputabilidad, a través del llamado “Síndrome de la mujer maltratada” (SIM) o, según otros autores, en el ámbito de la inexigibilidad, pudiendo entonces ser de aplicación la eximente de miedo insuperable²⁵².

²⁴⁹ *Ob. Cit.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª, 2002, p. 126.

²⁵⁰ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “La violencia habitual en el ámbito doméstico y la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 283-284, Argumenta esta autora, que para integrar el concepto de habitualidad y por tanto la aplicación del delito del art. 173.2 no pueden ser tenidos en cuenta los actos de violencia singulares que se encuentran amparados en la causa de justificación del derecho de corrección (porque sean moderados y razonables), incluso aunque pueda concurrir una pluralidad de tales actos, pues sólo sirven al concepto jurídico de habitualidad del art. 173.3 los comportamientos violentos susceptibles de enjuiciamiento en calidad de antijurídicos.

²⁵¹ Opinión contraria mantiene, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 137-138, quien opina partiendo de la consideración del delito de violencia habitual como un delito permanente, que es posible invocar en cualquier momento la legítima defensa y no sólo en el momento en que se produzca el inminente ataque.

²⁵² Ver acerca de este particular, JIMÉNEZ DÍAZ, Mª. J.: “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 296 y ss.

En el ámbito de la culpabilidad²⁵³, en ocasiones, se tendrá que apreciar por el Juez o Tribunal las correspondientes eximentes completas (anomalía o alteración psíquica; o intoxicación plena; o alteraciones en la percepción), eximentes incompletas, o circunstancias atenuantes por analogía a las respectivas eximentes incompletas, y como consecuencia jurídica quedará totalmente excluida la imputabilidad del sujeto activo, o atenuada. Las citadas, son de apreciación y aplicación general a aquellos sujetos que cometan cualquier infracción penal (delitos o faltas), cuando concurren sus requisitos, y el sujeto activo padece una anomalía o alteración psíquica, o una intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, o una alteración en la percepción²⁵⁴, etc. No se puede hacer en este sentido ninguna excepción o limitación. En los supuestos de aplicación de las eximentes citadas, completas o incompletas, se abre la posibilidad de imponer medidas de seguridad cuando quepa apreciar peligrosidad criminal tal y como apunta, el art. 20 CP *in fine*.

La apreciación de la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto activo depende siempre de la correspondiente e imprescindible prueba pericial psiquiátrica, que será decisiva y relevante en estas ocasiones.

Por otro lado, la apreciación del arrebató como atenuante (art. 21.3ª CP) cuando la reacción está provocada por una separación matrimonial no deseada no es admitida por la jurisprudencia; así, STS de 18 de septiembre de 2007:

“a) Los estímulos en general han de proceder de la persona que resulta después ser víctima de la agresión, b) Que la activación de los impulsos ha de ser debida a circunstancias no rechazables por las normas socioculturales de convivencia, c) Que

²⁵³ Lorente Acosta, sobre este particular argumenta, “la primera gran característica de los autores de estos hechos es que no existe ningún dato específico ni típico en la personalidad de los agresores. Se trata de un grupo heterogéneo en el que no existe un tipo único, apareciendo como elemento común el hecho de mantener o haber mantenido una relación sentimental. En la mayoría de los casos el agresor es una persona “normal” que no se puede encuadrar dentro del grupo de las psicopatías o trastornos de la personalidad ni como enfermo mental, es importante conocer que en algunos casos el agresor puede padecer algún tipo de trastorno o patología mental, aunque sería una mínima proporción del total de los casos y bajo ningún supuesto puede interpretarse como un justificante. ya que no existe ninguna enfermedad que justifique la agresión a la mujer de forma específica”. *Ob. Cit.* LORENTE ACOSTA, J.A.; LORENTE ACOSTA, M.; MARTÍNEZ VILDA, Mª. E. y VILLANUEVA CAÑADAS, E.: “Síndrome de agresión a la mujer: síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N.º. 2, 02-07-2000, págs. 4 y ss.; aunque este forense en, LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia de Género: acciones y reacciones”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, Mª. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 39, arguye que, justificar la violencia recurriendo a parte del contenido de los mitos para insistir en factores como el alcohol, drogas, pérdida de control o arrebató, inmigración etc., actúan como amortiguador de la violencia objetiva existente, invisibilizándola y vaciándola de contenido.

²⁵⁴ Huelga decir, que la eximente del art. 20.2 CP (estado de intoxicación) al igual que el trastorno mental transitorio art. 20.1 párr. 2º, no podrán aplicarse si han sido buscados con el propósito de cometer la infracción o si se hubiese previsto o podido prever su comisión.

tiene que existir una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la emoción o la pasión con la que se ha actuado (STS de 13 de marzo de 2003). Y, en el mismo sentido, la STS 256/2002, de 13 de febrero, la actividad de los impulsos ha de ser debida a circunstancias rechazables por las normas socioculturales de convivencia. Y la STS 218/2003, de 18 de febrero: Para la apreciación de esta atenuante es exigible la proporcionalidad, “lo que significa que el exceso de la reacción impide la estimación de la disminución de la imputabilidad, de forma que no cabe la misma cuando se trate de una respuesta desproporcionada”. En el caso objeto de la casación la conducta probada, que refiere un supuesto de violencia de género, no merece la de un menor reproche por causa de la separación matrimonial al no reunir los requisitos de temporalidad, proporcionalidad y de afirmación del ordenamiento anteriormente expuestos”.

9. CONSUMACIÓN

Cohonestado con lo que ya se ha dicho respecto al bien jurídico protegido, cabe concluir que el delito se consuma una vez que se haya lesionado habitualmente - en el sentido ya explicado- la integridad moral. La consumación en ese caso se extiende en el tiempo sin que la ejecución de nuevas violencias²⁵⁵ de lugar a un nuevo delito del 173.2 CP, ni sea necesario incidir en mayor medida en la lesión del bien jurídico protegido. Dicho lo cual, nos enfrenta al problema de tratar de fijar cuándo se entiende terminado un delito de violencia habitual y comienza a computarse otro.

A juicio de Sanz Díaz²⁵⁶ la prescripción debe empezar a contarse desde el último episodio de violencia que se haya producido. A nuestro juicio esta afirmación debe matizarse, si tenemos presente que la violencia habitual es algo más que la mera suma de los actos en que se manifiesta, debe atenderse al efectivo cese de la actividad permanente de agresión, que no necesariamente coincidirá con el último episodio violento, puesto que esa actividad permanente no cabe señalarla cometida en momentos concretos, si no que se despliega durante todo ese tiempo y también en el lapso temporal que media entre los concretos actos de violencia, por ello la prescripción de uno de tales actos individuales no impedirá apreciar la existencia del delito del 173.2

²⁵⁵ Sin perjuicio de que esos actos violentos concretos den lugar a otra sanción penal.

²⁵⁶ SANZ DÍAZ, L.: “La violencia domestica en el ordenamiento jurídico penal español. Aspectos sustantivos”, en: *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Nº. 2, CDJ, Madrid, 2005, págs. 65-66.

CP²⁵⁷. De otro modo se confunde la lesión contra la integridad moral y los concretos actos de violencia a través de los cuales pudo llevarse a cabo el ataque.

Otro de los problemas que puede plantearse, es determinar cuándo se rompe la unidad delictiva en el caso de pluralidad de delitos del 173.2 y los problemas que suscita la cosa juzgada en esos casos.

En materia de cosa juzgada²⁵⁸, de manera similar a lo que sucede con los delitos permanentes o de tracto continuado, la existencia de una sentencia condenatoria rompe la unidad delictiva y permitirá a partir de ella construir una nueva infracción del art. 173.2 con los actos violentos posteriores que, no podrán acumularse con los ya juzgados o los coetáneos a ellos a la hora de dar contenido a la habitualidad. Por otra parte la eficacia de cosa juzgada de una sentencia condenatoria abarcará todos los episodios comprendidos entre las fechas contempladas. La eficacia de cosa juzgada de una sentencia absolutoria, por el contrario, sólo alcanzará a los hechos que hayan sido conocidos y juzgados.

En el caso que nos ocupa, delimitar en qué momento acaba un delito de maltrato habitual y da comienzo otro resulta problemático, aunque no es un problema exclusivo de esta figura penal. Se presenta con términos muy semejantes en todos los delitos en que la actividad típica se despliega en tramos más o menos largos de tiempo: los delitos continuados, los delitos permanentes (como los delitos contra la Salud Pública), los de tracto continuado (como la tenencia de armas o el impago de pensiones).

En algunos casos, como el tráfico de drogas o la tenencia ilícita de armas, parece que la intervención policial -o judicial, en su caso- frente al autor rompe la unidad delictiva. Quien venía dedicándose a la venta de drogas y se le detiene imputándosele un número grande de actos de venta, será autor de un único delito del art. 368. Pero si al día siguiente a la detención comienza nuevamente a vender estará cometiendo otro delito distinto. Igual criterio parece que debe jugar en los delitos de tenencia ilícita de armas. O incluso en los delitos continuados: la unidad de delito se quiebra con la intervención policial o judicial. O con el conocimiento por parte del autor de que se ha incoado una causa por esos hechos. La insistencia en la actividad delictiva a partir de

²⁵⁷ En un sentido similar la Circular 1/1998, 24 de octubre de 1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

²⁵⁸ Según Gómez de Liaño, la Cosa Juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (Cosa Juzgada formal) o en otro proceso (Cosa Juzgada Material). En este último aspecto, el efecto de la Cosa Juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos, GÓMEZ DE LIAÑO, F.: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996, p. 241.

ese conocimiento parece presuponer una renovación del dolo. Sin embargo en el delito del art. 173.2 creo que las soluciones han de aproximarse más a las que vienen dándose en la práctica para el delito de impago de pensiones. Hay que fijar un momento a partir del cual nuevos episodios de maltrato habrán de dar vida a otro posible delito del art. 173.2. Y otro momento a partir del cual como regla general se niegue la acumulación de nuevos episodios de maltrato, aunque puedan quedar integrados en la unidad delictiva.

Como puntos de referencia pueden tomarse:

En principio a partir del momento de la calificación por parte del Ministerio Fiscal o de la acusación deberían excluirse nuevas acumulaciones. En fase de conclusiones provisionales el escrito de acusación comprenderá todos los episodios de maltrato que sirven para integrar y conformar el delito, los cuales han de corresponder a fechas anteriores a la declaración que ineludiblemente se ha de recibir al imputado en dicha fase, siempre que en dicho momento se deduzca debidamente la actuación dolosa respecto de los mismos. De esta manera se conforma provisionalmente el objeto del proceso.

Aunque también, a partir del inicio del juicio oral (constituyendo el objeto de cada proceso concreto) podrá decirse que los episodios de maltrato posteriores constituyen elementos que ya no pueden integrarse o acumularse y darán vida a un nuevo delito del art. 173.2 CP.

O puede pensarse que en el momento en que quedan satisfechas las exigencias del art. 173.2 se produce la consumación delictiva, de forma que cada episodio posterior da lugar a un concurso real de delitos con la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva del art. 74 CP (aunque en este caso nos hallamos ante un delito contra la integridad moral y esta solución resulta más apurada).

También puede considerarse que el delito se sigue consumando y el único momento en el que se puede afirmar su terminación es tras la cesación ininterrumpida de la lesión al bien jurídico protegido o el enjuiciamiento de la conducta lesiva.

10. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

A. PENAS PRINCIPALES

La pena aplicable al art. 173.2 del Código penal “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, es de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez

o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho por tiempo de uno a cinco años. Además, las penas accesorias de los arts. 56 y 57 del mismo texto legal.

Se establece por tanto, una pena cumulativa por la imposición de al menos dos penas de distinta naturaleza, la pena de prisión y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con alguna/s de las accesorias de los arts. 56 y 57 CP, y la prohibición del art. 48.2 del CP.

Nos encontramos ante un delito menos grave, según dispone el art. 33 CP en relación con el art. 13 del mismo cuerpo legal.

a) La pena de prisión del art. 173.2 del CP, de seis meses a tres años coincide con la establecida en el art. 153 anterior a la reforma.

La doctrina²⁵⁹ de una forma mayoritaria considera acertado el endurecimiento de la pena de prisión respecto de su antecesora del art. 425 del CP de 1973. Aunque un sector doctrinal ha propuesto *de lege ferenda*, un incremento de la misma²⁶⁰.

b) La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas como pena principal en el art. 173.2 del CP.

El contenido de la misma aparece recogido en el art. 47.2 del CP lo que inhabilita al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia

²⁵⁹ *Ob. Cit.* GRACIA MARTÍN, L.: “Comentario al artículo 153 CP”, en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; GRACIA MARTÍN, L; (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, págs. 448; *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 1ª., 2001, p. 160, “el incremento producido es mucho más acorde con la intensa gravedad por la que se caracterizan este tipo de conductas”; *Ob. Cit.* ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 195; *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L.: Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, 2002, p. 683.

²⁶⁰ *Ob. Cit.* MORILLAS CUEVA, L.: Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, 2002, p. 600, “aunque parece inicialmente suficiente, existe cierta tendencia a su incremento, fundamentalmente en relación al grado máximo que podría elevarse a cuatro años de prisión para los casos más graves y para evitar en éstos, con un margen general de dos años o de tres para la sustitución ordinaria del número 1 del art. 88 –ahora está en uno o en dos para la sustitución ordinaria–, la suspensión y sustitución de la pena; cuestión ésta que no sólo no debe de preocupar sino que incluso ha de ser utilizada con la frecuencia que estime oportuna el superior criterio del Tribunal”; GARCÍA VICTORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 600, en relación con la pena de prisión de este mismo delito cuando se encontraba tipificado en el art. 153 del CP ha criticado la excesiva benignidad en la aplicación tanto de las penas principales como de las accesorias, y de las medidas de seguridad; por ello, propone de lege ferenda que en ningún caso el límite mínimo de tales penas deba ser inferior a tres años y con un límite máximo de seis años. Coincide sustancialmente con la propuesta. *Ob. Cit.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Colección: Estudios de Derecho Penal, 1ª., 2001, p. 317.

y si la pena lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará asimismo la pérdida de vigencia de la licencia. La doctrina mayoritaria se inclina por un concepto restrictivo de arma, esto es, aquella cuyo uso requiere una licencia administrativa²⁶¹.

c) La pena principal de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, como pena de imposición facultativa cuando se estime adecuado al interés del menor o incapaz.

A diferencia de lo establecido para los delitos sexuales (art. 192.2 del CP) y para otros delitos contra las relaciones familiares (arts. 220.4, 226.2 y 233 CP) o en otros delitos cometidos por padres contra hijos (como, eventualmente, los delitos de maltrato habitual) no se preveía como posible sanción penal la inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad o tutela (arts. 39, 40 y 46 CP). Con la reforma de 2003 se subsana esté “olvido” y ya no se plantea el problema de si la inhabilitación especial para cualquier otro derecho como *pena accesoria* comprendía o no la inhabilitación de los derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento²⁶². Aunque en los delitos de lesiones del art. 147 sigue sin estar prevista esta medida de modo expreso²⁶³. El contenido de la misma se encuentra regulado principalmente en el art. 46 del CP²⁶⁴.

²⁶¹ Para saber que se entiende por tales hay que acudir al RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas, modificado parcialmente por el RD 540/1994, de 25 de marzo, y por el RD 316/200, de 3 de marzo, y demás legislación complementaria. Allí se contiene un extenso catalogo de armas cuya tenencia se prohíbe o requiere permisos especiales: determinadas armas de fuego, las armas blancas (puñales, navajas automáticas), defensas de plomo, etc. Además de esta normativa extrapenal que fundamentalmente se refiere a las armas de fuego, el TS ha ido elaborando una jurisprudencia respecto a las armas blancas, la STS de 22 de enero de 2001, absuelve a quien portaba una espada japonesa de samurái o catana. Por su parte el TC, en la Sentencia 24/2004, de 24 de febrero, señala una serie de requisitos para delimitar la infracción administrativa del delito.

²⁶² La LO 5/2010 de 22 de junio, ha incluido la pena de privación de la patria potestad y ha dado una nueva redacción y contenido a la pena de inhabilitación para su ejercicio. Tal modificación ha afectado a los arts. 39.1 j), 46, 55 y 56.

²⁶³ La redacción del art. 56 obvia semejante imprecisión al señalar que: “en las penas de prisión inferiores a diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 3.º “inhabilitación especial para (...) ejercicio de la patria potestad, tutela curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art. 579 de este Código”. Aunque la vinculación a los contenidos y requerimientos del art. 56 lleva a una obligatoriedad en su aplicación que en algún momento puede presentarse como inconveniente.

²⁶⁴ “La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el CC, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”. Recordemos que la posibilidad de privación de la patria potestad aparecía prevista en el art. 170 del CC como facultad del Juez civil, que puede acordarla, tras el correspondiente

Algún autor había planteado la necesidad de privar en casi todos los casos de la patria potestad a los mal tratadores habituales, por el peligro permanente que los agresores suelen representar para sus víctimas, tanto si ejercen la violencia directamente sobre ellas, como si lo hacen indirectamente, por ejemplo, maltratando al otro progenitor delante de sus hijos menores²⁶⁵. Tras la mencionada reforma esta pena deja de ser aplicable como pena accesoria (cuestión aplaudida por la doctrina) y pasa a ser susceptible de aplicación como pena principal. Consecuentemente ya no es exigible una relación material entre el delito cometido y el derecho o cargo del que se priva, sino que su aplicación dependerá de que el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz. Destacar asimismo, que el art. 46 faculta (al Tribunal o el Juez) acordarla respecto de “todos o de alguno” de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

Finalmente, todas las penas señaladas deberán imponerse en su mitad superior (art. 66.1.3.^a CP), cuando concurren alguna de las circunstancias agravantes, si

Juicio ordinario, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, si bien conforme al n.º 2 del precepto puede también el Juez civil “en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. Frente al Anteproyecto que precedió a la reforma, se ha suprimido la referencia expresa al carácter “definitivo” de la privación de la patria potestad, lo que parece abrir la puerta a la posibilidad de que conforme prevé el art. 170.2.º del CC, pueda ser recuperable si el Tribunal lo acuerda “en beneficio e interés del hijo... cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

²⁶⁵ *Ob. Cit.* GARCÍA VICTORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, 2002, págs. 604-605; Olmedo Cardenete, afirmaba que aunque es evidente que en principio, las decisiones sobre la patria potestad son materia reservada a la jurisdicción civil, tal reserva se produce salvo una remisión expresa de la ley a otro orden, remisión que desde antes de la reforma penal de 2003, existe a la jurisdicción penal en el art. 170 CC. Este artículo debe ser interpretado en sentido extensivo y teleológico, en favor del mejor cumplimiento del fin de la norma que no es otra que la más eficaz y pronta tutela del interés del menor. La propia economía procesal y el citado interés exige, que constatado por un tribunal (al ejercer su jurisdicción enjuiciando un hecho concreto que le viene competencialmente atribuido), que tal hecho revela un grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad y un daño para el hijo, no se dilate más la privación de aquella potestad que se está ejerciendo con daño grave al menor, más aún cuando ese daño, de permanecer en el tiempo, puede ser irreversible. Concluye el autor considerando que esta problemática puede darse por desaparecida con el texto punitivo de 1995, el cual ya prevé la privación de la patria potestad, tutela o curatela o guarda de hecho, como pena accesoria aplicable a este delito (ex art. 56 CP). *Ob. Cit.* OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 2001, págs. 164-165; La jurisprudencia también había contemplado materialmente esa vinculación en relación con esta pena por la vía del art. 56 del CP, la SAP de Las Palmas de 30 de septiembre de 1998, estimó entre otras, una pena de prisión de dos años y seis meses por el delito de violencia en el ámbito familiar del art. 153 del CP: “teniendo en cuenta la especial gravedad del hecho, reflejada en el intenso grado de incumplimiento del deber de la acusada, como madre del menor por ella maltratado, de cuidar de su hijo, la reducida edad de éste (tres años) y, por tanto, su especial debilidad, sin que concurren ninguna razón que haga pensar en un menor desvalor ético-social de los motivos que llevaron a la acusada a realizar la acción. En cuanto a la pena privativa de derechos, de conformidad con lo previsto en el art. 56 del código penal para el caso, procede imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (art. 39 y 46 del CP), pues es claro que los hechos por los que se la condenan a la acusada tuvieron lugar con ocasión de un mal ejercicio de la patria potestad”.

concurren más de dos circunstancias agravantes y ninguna atenuante (art. 66.1.4.^a) puede imponerse la pena superior en grado, hasta su mitad inferior; o en toda su extensión cuando concurra la agravante de reincidencia muy cualificada (art. 66.1.5.^a). Esto significa que el delito del art. 173.2 puede castigarse con pena de prisión de hasta cuatro años y seis meses, y con penas de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, de hasta siete años y seis meses.

B. PENAS ACCESORIAS

En el art. 57 del CP contempla, como es sabido una pena accesoria (en realidad, restrictiva) de derechos, según señala el art. 39 CP, en la que se ha querido ver una buena respuesta para el fenómeno del maltrato doméstico, aplicable tanto a delitos como a determinadas faltas²⁶⁶. La especialidad de esta regulación reside, pues, en la vinculación familiar, cuasi-familiar o afectiva, en este último caso presente o pasada, con convivencia o sin ella, entre víctima y autor de determinados delitos, hecho que ha sido valorado por el Derecho penal a la hora de diseñar la respuesta legal a determinadas infracciones. Aunque hay que tener en cuenta que, las inhabilitaciones especiales para cualquier otro derecho, y en concreto los derechos que se refieren al ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y a la tenencia y porte de armas, al estar impuestas especialmente por la ley como penas principales, dejan de ser aplicables como accesorias (art. 54 CP). En cambio, si por los delitos indicados se impone una pena de prisión es obligada a su vez la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, al menos cuando no proceda aplicar alguna otra de las penas accesorias.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, reformo este artículo ampliando dichas prohibiciones, para evitar que la ejecución de la prisión convierta a las accesorias en ineficaces o ficticias, como sucedería cuando su duración fuera igual o inferior a la pena de prisión, estableciéndose la duración de las penas de alejamiento siempre por encima de la pena de prisión²⁶⁷. Este criterio se fundamenta en la necesidad de evitar el

²⁶⁶ En este último caso de imposición facultativa, (art.57.3 CP).

²⁶⁷ El art. 57.2 CP dispone que la prohibición se impondrá “por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”. Ese párrafo segundo especifica que “si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la

acercamiento no sólo durante los permisos de salida o la libertad condicional, sino también después de cumplida completamente la ejecución de la pena de prisión. Por eso se fija el orden del cumplimiento de las prohibiciones del art. 48 CP de forma simultánea.

En el apartado segundo se establece con carácter imperativo la imposición de las penas accesorias del nº 2 del art. 48, cuando se dé el presupuesto normativo que allí se contempla (delitos enmarcados dentro de la violencia de género o doméstica), en los siguientes términos “se acordará, en todo caso”; la pena por tanto no es discrecional y la ausencia de motivación o decisión de imponerla, no debe obstaculizar la aplicación de la ley penal, dado su carácter imperativo²⁶⁸.

a) La prohibición de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia²⁶⁹, si fueren distintos.

Según el art. 48.1 del CP, la prohibición de residir es directa y referida tanto al lugar de comisión del delito como al de residencia de la víctima o su familia, si fueren distintos.

b) La prohibición de aproximación a la víctima, sus familiares u otras personas designadas por el Juez o Tribunal²⁷⁰, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier

pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea” (art. 57.1 CP).

²⁶⁸ V. por todas, STS 819/2010 de 21 de septiembre, en un supuesto de lesiones graves causadas a la novia del imputado en el que las partes no pidieron la pena de alejamiento y ésta fue impuesta por el órgano de enjuiciamiento, razona el Tribunal Supremo que : “Este es precisamente el caso que estamos examinando. Las partes olvidaron las previsiones del artículo 57.2º, que es preferente, en virtud del principio de especialidad por su referencia específica a la violencia en el seno de una convivencia afectiva de cualquier naturaleza. Establece que, “en todo caso”, se acordará la aplicación de la pena prevista en el artículo 48, apartado 2º, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave (es el supuesto presente) o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. Se está remitiendo a las penas de prisión en las que el juez o Tribunal acordará la imposición de una o varias de dichas prohibiciones (prohibición de aproximación a la víctima, prohibición de comunicación con la víctima. Es posible la aplicación de estas medidas a través de medios electrónicos si su naturaleza lo permite. Artículo 48 del Código Penal). Nos encontramos por tanto ante la omisión de petición de una pena imperativa e insoslayable, por lo que, de acuerdo con la resolución del Pleno citado, a pesar de la no petición de las partes acusadoras, se deberá imponer en su medida mínima, que es precisamente lo que ha realizado la Sala que dicta la sentencia que se recurre. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado”. En cuanto al Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 27.11.07, respecto a la imposición de pena prevista en la Ley y omitida por la acusación. Acuerdo: “El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la Ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

²⁶⁹ Por familia, teniendo en cuenta la enumeración que el CP realiza en distintos artículos (por ej., los arts. 23, 153.1, 173.2, 268, 454 CP), podemos interpretar que se trata como mínimo de los ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente, así como los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del autor o del cónyuge o conviviente.

lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos (apartado segundo del art. 48 CP).

No se establece una distancia mínima, ni se ofrecen pautas al Juez o Tribunal para fijar dicha distancia. Al respecto resulta de interés destacar que en el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, actualizado a los principios generales y disposiciones de la LOVG, aprobado por resolución de 28 de junio de 2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, se indica expresamente que: “parece aconsejable que la distancia sea al menos de 500 metros”, con lo que se pretende establecer “un ámbito espacial suficiente para permitir una rápida respuesta policial y evitar incluso la confrontación visual entre la víctima y el imputado” (apartado II. A). Sin embargo, en la práctica jurisprudencial o bien no se alude a distancia alguna o bien se imponen distancias de separación, en algunos casos, notablemente inferiores²⁷¹: 150 metros, 200 metros... En la sentencia o auto han de indicarse expresamente los lugares que se consideran frecuentados, con lo que se ganará en certeza y se evitarán problemas ulteriores de aclaración respecto a sí un determinado lugar donde pudo ser visto el condenado es frecuentado o no por la víctima.

La suspensión por parte del Juez o Tribunal, respecto de los hijos, del régimen de visitas, comunicación y estancia constituye asimismo una novedad, que se configura más como una medida de carácter civil que pretende el aseguramiento del cumplimiento

²⁷⁰ La doctrina ha criticado la imposición obligatoria de esta medida, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 12, 12-05-2010, págs. 4 y 5; argumentando que, la imposición imperativa de la pena de prohibición de acercamiento a la víctima impide una evaluación individualizada, en cada caso, de la idoneidad y la necesidad de la respuesta punitiva para proteger a la víctima. La fijación de un plazo de duración no revisable cercena, a su vez, una ponderación de las circunstancias que pudieran acaecer durante la ejecución de la pena. Ello favorece que se produzca “de facto” un decaimiento de la pena, cuando la víctima no quiere poner fin a la convivencia con el agresor o, habiendo cesado la misma, reanuda la convivencia durante el plazo de duración de la pena. La lógica punitiva que preside el sistema penal tiende a focalizar en una nueva criminalización la estrategia reactiva a esta situación. Para ello, las estructuras de control social formal (policía, fiscales y jueces) acuden a la figura del quebrantamiento de condena (artículo 468.1 CP), posibilitando, de esta manera, una reproducción de la intervención penal y favoreciendo, asimismo, el enquistamiento punitivo de una relación de pareja. Existe, no obstante, un importante sector doctrinal favorable a la imposición obligatoria de la pena, proponiéndose en algún caso que la prohibición que nos ocupa se prevea como pena principal, debido a su “esencial relevancia en los supuestos de maltrato doméstico”, v. por todos, BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.: “Estudio de una regulación anunciada: el delito de malos tratos”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1999, págs. 449.

²⁷¹ La SAP de Murcia de 26 de mayo de 2005 teniendo en cuenta que se trata de una pequeña localidad, en lugar de imponer un kilómetro de separación, como pedía la víctima, en vista de que “tal requisito de distancia supondría una importantísima restricción de movimiento del condenado”, impone 200 metros. Con el mismo argumento, la SAP de Albacete de 3 de mayo de 2005 reduce la distancia de 200 a 100 metros, y la SAP de Sevilla de 10 de febrero de 2005 de 500 a 150 metros.

de las dos prohibiciones mencionadas. Cabe destacar que esta medida es obligatoria, a tenor de lo dispuesto en el art. 57.2 CP.

c) La prohibición de comunicación con la víctima, sus familiares u otras personas designadas por el Juez o Tribunal por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, (artículo 57.1 en relación con el 48.1 y 3, del CP).

Finalmente, el apartado cuarto del art. 48 establece que “el Juez o Tribunal podrán acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

Por último, en cuanto a su duración, (y atendiendo a la regla anteriormente expuesta) cuando las penas de alejamiento son accesorias de la de prisión, en relación con el art. 173.2, su duración mínima será de un año y seis meses (seis meses, porque es la duración mínima de la prisión, más un tiempo superior mínimo de un año), una duración máxima relativa de ocho años (tres años de prisión más un tiempo superior máximo de cinco años) y una duración máxima absoluta de nueve años y seis meses (cuatro años y seis meses de prisión en el caso de la aplicación de la pena superior en grado por la concurrencia de la agravante de reincidencia, más un tiempo superior máximo de cinco años).

Si se produce un incumplimiento de tales penas accesorias por parte del agresor, cometerá un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

C. MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad son aplicables cuando en el autor de una acción típica y antijurídica del art. 173.2 CP concurra peligrosidad criminal, presupuesto indispensable para que éstas sean aplicables²⁷², tal y como se exige en los arts. 6 y 95 del mismo texto legal. En los arts. 101 a 104 -medidas privativas de libertad-, y en relación con ellos los arts. 105 a 107²⁷³ del CP -medidas no privativas de libertad- se establece la aplicación de medidas de seguridad a dos grupos diferenciados: aquellos que sean declarados exentos de responsabilidad criminal por concurrir en ellos las causas de inimputabilidad de los tres primeros números del art. 20 del CP (arts. 101 a 103), o bien a aquellos que se les aplique la correspondiente eximente incompleta (art.

²⁷² *Ob. Cit.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.ª, p. 900.

²⁷³ GRACIA MARTÍN, L. en: BOLDOVA PASAMAR, M. A.; ALASTUEY DOBÓN, M.ª. C.; GRACIA MARTÍN, L., (coord.): *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 387.

104 CP). Dentro del catálogo de medidas no privativas de libertad, tal y como se recoge en los arts. 96.3 y 105 del CP, destacan las siguientes: 1º) Obligación de residir en un lugar determinado. 2º) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar su domicilio y los cambios que se produzcan. 3º) Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego. 4º) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares²⁷⁴. 5º) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos. 6º) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Como señala Gracia Martín, “el contenido material de estas medidas no difiere del de las penas privativas de derechos homólogas; es sólo la utilización de esos contenidos como medidas lo que establecerá diferencias funcionales en el mismo contenido”²⁷⁵.

11. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas se ha tratado de exponer, con la mayor claridad y objetividad posible la figura del delito de violencia habitual y demás delitos y faltas relacionados con el mismo. Lo cierto es que la lucha contra este tipo de violencia no es ni mucho menos sencilla, las técnicas procesales y penales, en algunos casos, no cumplen con las expectativas puestas en ellas, quizás porque la realidad sociológica, económica y psicológica en la que nacen estos delitos es sumamente compleja y difícil de solucionar. Las agresiones, maltratos y abusos dentro del ámbito familiar han sido y son una constante en la historia criminal no sólo en nuestro país, lo que demuestra que los valores sociales no cambian de la noche a la mañana como consecuencia de las transformaciones del Derecho, precisamente el Derecho Penal siempre por definición “llega tarde”. Incluso las propias prácticas jurídicas precisan tiempo para consolidarse y optimizarse, sobre todo cuando requieren, a su vez, transformar la de los propios operadores jurídicos y sociales - el derecho de los textos es inefectivo hasta que no cambian las respuestas de los agentes responsables de su aplicación-. Aunque se ha avanzado mucho en las últimas décadas no sólo en el plano legislativo (la regulación

²⁷⁴ SANZ MORÁN, A. J.: *Las Medidas de Corrección y de Seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 231, según este autor, esta medida de seguridad tiene una naturaleza terapéutica o correctora.

²⁷⁵ *Ob. Cit.*, ibídem, p. 409.

legal pretérita desde la óptica actual resulta anacrónica), también en las posiciones doctrinales y en la jurisprudencia encargada de conocer este tipo de delitos.

Por su extraordinaria magnitud, la violencia doméstica requiere de respuestas multidisciplinares, encaminadas hacia políticas sociales, no sólo de Derecho Penal, aunque también. Como sucede en general con cualquier transgresión que el Orden penal sanciona, la necesidad de ofrecer una respuesta punitiva no es más que fruto del fracaso del que tenía que haber sido el marco óptimo para evitar el nacimiento mismo del conflicto: los mecanismos de autorregulación social previos a la reacción punitiva²⁷⁶. Como casi todo en esta vida la regulación actual o la práctica jurisprudencia puede ser perfectible, pero tampoco es justo achacar al Derecho penal o al mal funcionamiento de la justicia todos los males que nos asolan, a nuestro juicio la última palabra en este tipo de violencia doméstica, desgraciadamente, la tienen los agresores.

²⁷⁶ *Ob. Cit.* GÓMEZ RIVERO, C.: “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, *Revista Penal*, Nº.6, 2000, p.1.

12. BIBLIOGRAFÍA

-ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-BARQUÍN SANZ, J.: “Algunas medidas preventivas de la violencia contra las mujeres posiblemente menos ineficaces que el aumento de las penas y la disminución de las garantías constitucionales de los acusados”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-02-2001, págs. 1-18.

-BARQUÍN SANZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001.

-BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I: *El delito de lesiones*, (Estudios Jurídicos), Universidad Salamanca, Salamanca, 1982.

-BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A.: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, N.º 14, 2004, págs. 11-58.

-CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, *Revista penal*, N. 6, 2000, págs.15-30.

-CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Tratamiento penal de la violencia de género”, en: VV.AA, BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.): *La nueva ley contra la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 251-277.

-CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en: VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-CARMONA RUANO, M.: “El delito de maltrato habitual”, en: VV.AA, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Sevilla, 2007, págs. 107-164.

-CASTELLÓ NICÁS, N.: “Concepto general de violencia de género: un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 56-77.

-CASTELLÓ NICÁS, N.: “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido” en: VV.AA, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., MORILLAS CUEVAS, L. (coords.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 53-80.

-CIRCULAR 1/1998 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, sobre “Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar”.

-CIRCULAR 4/2005 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género”.

-CIRCULAR 6/2011 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: “Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer”.

-COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

-COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “La aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Ensayos, Circunstancia. Revista de Ciencias sociales*, Fundación José Ortega y Gasset- Gregorio Marañón, Año V - Nº. 12 - Enero 2007, págs. 1-40.

-COMAS D’ARGEMIR CENDRA, M.: “La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.^a A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 35-68.

-CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: en: VV.AA, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código Penal comentado*, 2.^a , Bosch, Barcelona, 2004.

-CONSULTA Nº. 1/2008 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: “Acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del código penal”, *Revista General de Derecho Penal*, Nº. 10, Madrid, a 28 de julio de 2008, págs.1-10.

-CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.: “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia

doméstica” en: VV.AA, CARBONEL MATEU, J. C. y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 251-272.

-DE LA MATA BARRANCO NORBERTO, J. / PÉREZ MACHÍO, A. I.: “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, *Revista Penal*, 2003, págs. 8-45.

-DEFENSOR DEL PUEBLO, *La violencia doméstica contra las mujeres*. Informes, Estudios y Documentos, Madrid, 1998.

-DEL CARPIO DELGADO, J. y GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Colección: Los delitos, Nº. 25, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

-DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en: VV.AA, ALHAMBRA PÉREZ, P. (dir.): *Encuentros “violencia doméstica”*, de 9 de abril de 2003, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 456-526.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, en: VV.AA, *Delitos contra las personas*, Manuales de formación continuada, CGPJ, Nº. 3, Madrid, 1999, págs. 299-352.

-DEL ROSAL BLASCO, B.: “La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: legislación vigente y propuesta de reforma”, en: VV.AA, *Congreso: Violencia Doméstica*, Observatorio sobre la violencia doméstica, 12 y 13 de junio 2003, CGPJ, 2004, Madrid, págs. 325-344.

-DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, M^a. : “La expresión “persona especialmente vulnerable” en el ámbito de la violencia de género y domestica y asimilada (art. 148.5, 153.1 y 173.2 del CP)”, en: VV.AA, NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs.202-221.

-DÍAZ PITA, M^a. M.: “Los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº. XX, 1997, págs. 26-102.

-DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

-DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a.: “Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código Penal”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs.315-374.

-ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma penal de la LO 1/2004 de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista Sepin Penal*, Nº. 18, noviembre- diciembre 2005, págs. 1-18.

-ESCUCHURI AISA, E.: “Manifestaciones delictivas de la Violencia de género”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M^a. Á. (coords.), SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. y ROBLES PLANAS, R. (dirs.) : *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 259-281.

-FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, La Ley N.º 17, Enero 2006, págs. 72-94.

-FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs.81-116.

-GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “Precedentes de la denominada “violencia de Género” en el Código Penal español. Apuntes Críticos”, en: VV.AA, NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 25-48.

-GARCÍA VICTORIA, A.: “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 529-608.

-GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “La habitualidad en el maltrato físico y psíquico: evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 Código Penal”, en: VV.AA, COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M. (dir.): *La violencia en el ámbito familiar: aspectos sociológicos y jurídicos*, Nº. 5, CDJ, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 101-132.

-GÓMEZ DE LIAÑO, F.: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996.

-GÓMEZ NAVAJAS, J.: “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los art. 153 y 173.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho y proceso penal*, Nº. 11, 2004, págs. 45-88.

-GÓMEZ RIVERO, C.: “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, *Revista Penal*, Nº.6, 2000, págs.67-83.

-GÓMEZ VILLORA, J. M^a.: “Cuestiones prácticas en la instrucción de los delitos de violencia contra la mujer, con especial referencia a la jurisprudencia emitida

en estos tipos de delitos”, en : VV.AA, GÓMEZ VILLORA, J. M^a. (dir.): *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, IX, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 101-205.

-GRACIA MARTÍN, L.: “Comentario al artículo 153 CP” en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L; GRACIA MARTÍN, L; (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

-GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, en: VV.AA, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (dir.): *Delitos contra la vida e integridad física*, CGPJ, CDJ, XXXI, Madrid, 1995, págs. 225-234.

-GRACIA MARTÍN, L.: “El delito y la falta de malos tratos en EL Código Penal Español de 1995”, en: *Actualidad Penal*, N^o. 31, agosto/ septiembre, 1996, págs. 557 - 596.

-*GUÍA PRÁCTICA CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO*, Observatorio contra la violencia doméstica y de género, CGPJ, Madrid, 2010.

-HUERTA TOCILDO, S.: “Los límites del Derecho penal en la prevención de la Violencia doméstica”, en: VV.AA, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.): *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, págs. 507-544.

-IÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en: VV.AA, MUERZA ESPARZA, J (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídicos Penales, Procesales y Laborales*, Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 13-45.

-*IV INFORME ANUAL DEL OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER*. Informe Ejecutivo. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, Secretaría de Estado de Igualdad, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, a 25 de noviembre de 2011.

-JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J.: “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 287-314.

-LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

-LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político criminal”, en: VV.AA, ECHANO BALDASUA, J. I. (dir.): *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Cuadernos penales, José María Lidón, Nº. 2, Universidad Deusto, Bilbao, 2005, págs. 90-115.

-LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la ley integral: valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 7, 07-08 -2005, págs. 1-23.

-LORENTE ACOSTA, J.A.; LORENTE ACOSTA, M.; MARTÍNEZ VILDA, M^a. E. y VILLANUEVA CAÑADAS, E.: “Síndrome de agresión a la mujer: síndrome de maltrato a la mujer”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 2, 02-07-2000, págs. 1-18.

-LORENTE ACOSTA, M.: “Violencia de Género: acciones y reacciones”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, M^a. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs.37-55.

-LUZÓN PEÑA, M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Universitas, Madrid, 1996.

-MAGRO SERVET, V.: “Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre)”, *La Ley Penal*, Nº. 2, Febrero, 2004, págs. 5-16.

-MAQUEDA ABREU, M^a. L.: “1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, *REDUR* 7, diciembre 2009, págs. 25-35.

-MAQUEDA ABREU, M^a. L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02-2006, págs. 1-13.

-MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “La violencia habitual en el ámbito doméstico y la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho”, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 265-286.

-MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Colección: Estudios de Derecho Penal, 1.^a, Comares, Granada, 2001.

-MERLOS CHICHARRO, J.A.: “Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de violencia doméstica”, *EJ/MF*, IV, Madrid, 2003, págs. 627-670.

-MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª, Reppertor, Barcelona, 2009.

-MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004.

-MORENO VERDEJO, J.: “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en: VV.AA, POLO GARCÍA, S., PERAMATO MARTÍN, T. (dirs.): *Aspecto procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CDJ, Nº. I, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 15-82.

-MORILLAS CUEVA, L.: “Valoración de la Violencia de Género desde la perspectiva del derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 4, 04-09-2002, págs. 1-18.

-MORILLAS CUEVA, L.: “Violencia de Género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en: VV.AA, JIMÉNEZ DÍAZ, Mª. J. (coord.): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 19-36.

-MORILLAS CUEVA, L.: Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma, en: VV.AA, MORILLAS CUEVAS, L. (coord.): *Estudios penales sobre violencia domestica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 659-688.

-MUERZA ESPARZA, J.: “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en: MUERZA ESPARZA, J (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídicos Penales, Procesales y Laborales*, Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 47-86.

-MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-*Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-*Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-*Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “El delito de Violencia domestica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en: VV.AA, BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª A. (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 69-99.

-MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Colección los delitos, Nº. 20, 1ª. , Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº. 12, 2010, págs. 97-146.

-NÚÑEZ CASTAÑO , E.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M^a. T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en: VV.AA, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, págs. 75-118.

-OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, 1ª. Atelier, Barcelona, 2001.

-POLAINO NAVARRETE, M.: “La Ley Integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: luces y sombras”, en: VV.AA, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Sevilla, 2007, págs. 21-64.

-QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, en: VV.AA, *La Ley Integral de medidas de protección contra la violencia de género*, CGPJ, CDJ, XXXII, Madrid, 2005, págs.143-180.

-QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley*, AÑO XXVII, Nº. 6420, 2006, págs. 1-18.

-RAMÓN RIVAS, E.: “Los delitos de violencia de género: objeto de protección”, en: RAMÓN RIVAS, E, ARROM LOSCOS, R., NADAL GÓMEZ, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 13-56.

-RAMÓN RIVAS, E.: *Violencia de Género y violencia domestica*, Colección los delitos, N. 78, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-REY MARTÍNEZ, F.: “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *Diario La Ley*, Tomo 1, Ref. D-27, 2000, págs. 1-38.

-RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos”, *Revista del Poder Judicial*, N.º 62, 2001, págs. 89-124.

-RODRÍGUEZ MESA, M^a. J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Madrid, 2000.

-SANZ DÍAZ, L.: “La violencia domestica en el ordenamiento jurídico penal español. Aspectos sustantivos”, en: *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, N.º. 2, CDJ, Madrid, 2005, págs. 53-114.

-SANZ MORÁN, A. J.: *Las Medidas de Corrección y de Seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

-SANZ MULAS, N.: “Tutela Penal”, en: VV.AA, SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M. ^a A., MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a. (coords.) : *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 141-177.

-SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16^a, Dykinson, Madrid, 2011.

-SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º. 12, 12-05-2010, págs. 1-24.

-TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 153 del Código Penal”, en VV.AA QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), VALLE MUÑÍZ, J. M. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Pamplona. Aranzadi, 1996,

-VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º. 9, 09-12 -2007, págs. 1-20.