



## *Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico*

Raquel Campos Cristóbal

Universitat de València

### 1. Introducción

El «delito de violencia doméstica»<sup>1</sup> es una figura de reciente creación. Fue introducido en el Código Penal con la reforma de 1989 sin que en ninguno de los Códigos anteriores existiera un precedente exactamente equivalente. El maltrato familiar hasta dicha fecha únicamente había alcanzado en los diferentes textos punitivos que lo contemplaron la consideración de falta.<sup>2</sup>

Así se entiende que la reforma de 1989, operada por Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio de actualización del Código Penal, viniera a suponer un cambio tan sustancial en el panorama legislativo de los malos tratos familiares y, en general, en

todo el ámbito correspondiente a la regulación de las lesiones. Baste citar como ejemplo, respecto a estas últimas, la introducción por vez primera de un concepto legal de lesión, formulado no en función del tiempo de curación requerido por la misma, tal y como había venido siendo regulada con anterioridad, sino atendiendo a los medios utilizados e incorporando una cláusula genérica de formas comisivas más respetuosa con el principio de legalidad.<sup>3</sup> Por lo que respecta a los malos tratos, la reforma se concretó en la creación del denominado delito de violencia doméstica, por un lado, y en una nueva y paralela reestructuración de la ordenación de las faltas, por otro. El delito, en su primitiva configuración, se reguló en el ar-

1. Con el término «violencia doméstica» se pretende únicamente designar a las conductas de malos tratos físicos o psíquicos acacidas con carácter individual dentro del ámbito familiar (integrando los tipos de las faltas correspondientes a los arts. 617.2 y 620.2 del vigente C.P.) y, en último extremo, a las conductas en las que aquel maltrato llegue a producirse con la continuidad necesaria y en el marco preciso para integrar el delito del art. 153 del mismo C.P. No obstante, como sinónimo de esta última acepción se suele usar a menudo el de «violencias habituales en el ámbito familiar». Frente al concepto restringido del término «violencia doméstica» que aquí se sostiene, los medios de comunicación tienden a difundir otro más amplio que incluiría dentro de sí a cualquier delito violento cometido en el ámbito familiar. Así, el homicidio, el asesinato o las lesiones. En mi opinión y sin ánimo de negarles ni su naturaleza violenta ni su carácter doméstico, tales conductas no constituyen sino consecuencias derivadas de la propia violencia habitual que la descripción típica del art. 153 exige, excediendo, por tanto, del campo semántico que a la expresión, en mi opinión, debe atribuirse. Valga esta precisión para aclarar un concepto tan amplio y tan expuesto a recibir un sinfín de definiciones y denominaciones («el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar», «el delito de violencia habitual en el seno familiar», «el delito de violencias en el ámbito familiar», etc.). DE VEGA RUIZ, por ejemplo, cuando se refiere a esta problemática, comienza por incluir dentro de la violencia doméstica tanto las agresiones físicas como las psíquicas y las sexuales. El autor, termina, sin embargo, distinguiendo, de forma similar a lo arriba expuesto, las dos primeras de las agresiones de las de carácter sexual. Matizando, por lo demás, que las agresiones físicas y psíquicas, superpuestas en gran número de ocasiones, si bien se desenvuelven normalmente como lesiones u otros actos criminales contra la persona (homicidio y asesinato) también se pueden desenvolver como simples malos tratos de entre los que, en su opinión, debiera prestarse especial protección, por su especial gravedad, a los ejercidos contra las mujeres por sus parejas y a los causados por los integrantes de dichas parejas contra los menores. Véase DE VEGA RUIZ, J.A.: *Las Agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*, Pamplona, 1999, pp. 61 y 62.

2. No obstante, puede señalarse como origen más inmediato del actual precepto el establecido en el art. 762 del C.P. de 1928: «Los ascendientes y tutores que abusando del derecho de corregir y castigar moderadamente a los menores que estén bajo su potestad o guarda les maltrataren de modo grave que hiciera peligrar su salud, serán castigados con la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas». En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS, V.: «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección» en *P.J.*, n.º 33, p. 51.

3. Art. 420 del Texto Refundido de 1973 tras la reforma de 1989: «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 con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico».

título 425 del Código Penal bajo la siguiente redacción:

«El que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unida por análoga relación de afectividad, así como los hijos sujetos a la patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho será castigado con la pena de arresto mayor.»

Las faltas de malos tratos (falta de maltrato común y falta de maltrato familiar) se refundieron, a su vez, junto a la falta de lesiones, en un sólo artículo —el art. 582— del que merece ser destacado, sin ninguna duda, el abandono por parte del legislador de la vieja y consolidada equiparación del maltrato de palabra con el golpe o maltrato de obra:

«El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratase de alguna de las lesiones del artículo 421.

El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona que se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad la pena será de arresto menor en toda su extensión.»<sup>4</sup>

Posteriormente, el Código penal de 1995, conservando la esencia del delito de violencia doméstica del antiguo artículo 425, otorgó al artículo 153 la siguiente redacción:

«El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectivi-

dad 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.»

Dicho texto, ubicado una vez más en el Título de las lesiones, significó la incorporación de incuestionables mejoras, como la previsión de una cláusula concursal, el aumento de pena o la ampliación del círculo de personas protegidas.

El siguiente paso a destacar dentro de la evolución del precepto nos conduce hasta los orígenes de la actual reforma. Con fecha 30 de abril de 1998, el Gobierno movido, seguro, por la alarma social que las conductas de violencia en el hogar habían venido generando en los últimos años aprueba el llamado «Plan de Acción contra la Violencia Doméstica».<sup>5</sup>

El 13 de noviembre de 1998 el Consejo de Ministros aprueba el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Proyecto es aprobado por el Pleno del Congreso el 29 de abril de 1999 y por el Senado el 26 de mayo de 1999, sin que este último llegue a introducir variación alguna en el texto remitido por el Congreso.<sup>6</sup>

Finalmente, con fecha 10 de junio de 1999 se publica en el B.O.E. la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección de las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, momento desde el cual el artículo 153 cuenta con el siguiente tenor literal:

4. Para mayor abundamiento en los cambios y mejoras llevados a cabo por la reforma en esta materia véase, por todos, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T.S.: *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, pp. 93-133.

5. El Gobierno en virtud de dicho Plan se comprometió a invertir, durante los tres años siguientes a la publicación de aquél, 9.000 millones de pesetas en la lucha contra los malos tratos ejercidos dentro del ámbito familiar. De tal elevada cifra, el Plan prevé destinar una suma importante para la creación de infraestructuras que permitan la atención de la víctima. Consta, además, de medidas de reforma legislativa (modifica siete artículos del vigente Código Penal y dos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) para agilizar el procedimiento e introducir medidas cautelares específicas al objeto siempre de erradicar, en última instancia, las conductas de malos tratos y ofrecer mayor protección a la víctima. E incluye, por último, medidas enfocadas al mercado laboral (cursos de formación de las víctimas para su reinserción laboral, principalmente), considerando prioritaria la labor de prevención y sensibilización de la sociedad que se pretende articular a través de una campaña en los medios de comunicación destinada a transmitir a los ciudadanos el mensaje de que la violencia doméstica es un problema de todos.

6. El Senado intentó incorporar la reforma de malos tratos a la reforma del Código Penal en materia de libertad sexual. Quiso, para agilizar el proceso, aprobar la reforma de malos tratos a través de enmiendas realizadas al Proyecto de Ley Orgánica en materia de libertad sexual, pero el Congreso no las aprobó, según MAGRO SERVET, porque ello hubiera supuesto dejar en vía muerta el texto gubernamental que en esos momentos se encontraba en trámites de enmiendas en la Comisión de Justicia e Interior. Véase. MAGRO SERVET, V.: «El congreso rechaza las enmiendas del Senado a la reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del proyecto de ley inicial» en *La Ley*, n.º 4811, 4 jun. 1999, p. 5.

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él 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, acogimiento 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 a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

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.»

## 2. Bien jurídico protegido: su delimitación frente a figuras conexas

El «delito de violencias habituales en el ámbito familiar» guarda estrecha relación con numerosas figuras delictivas del vigente Código Penal. En general, se encuentra vinculado a todas aquellas descripciones típicas que persiguen la tutela de la integridad personal del ser humano en alguna de sus facetas. Esto es, en su dimensión física (lesiones y malos tratos corporales), psíquica (injurias, amenazas y coacciones) o moral (vejaciones injustas, torturas y demás delitos contra la integridad moral). El que tales vertientes aparezcan en la realidad tan íntimamente unidas las hace muy difíciles de delimitar no sólo desde un punto de vista

fáctico sino también jurídico. En concreto, la delimitación se hace extraordinariamente compleja en relación con las figuras de lesiones y de malos tratos, suscitándose respecto a ambas, sobre todo, problemas conceptuales (de averiguación de si es posible identificar la conducta descrita en el art.153 con alguna de ellas o, en su caso, con las dos -si es que admitimos que ambas son una misma cosa- o se trata, más bien, de un tipo autónomo e independiente tanto de la falta de malos tratos como de los delitos de lesiones), pero también, como consecuencia de lo anterior, problemas de ordenación sistemática o de ubicación correcta del precepto.

Antes de pasar a examinar, propiamente, el objeto de tutela del delito que nos ocupa, estimo conveniente exponer, siquiera en líneas generales, el planteamiento aquí sostenido en torno a la determinación del bien jurídico protegido en cada una de estas figuras.

El punto de partida debe situarse en la diferente forma en que la doctrina suele entender la relación que mantienen entre sí los malos tratos y las lesiones, pudiendo básicamente distinguir dos posiciones. Una primera que otorga autonomía a los malos tratos respecto a las lesiones individualizando el bien jurídico protegido de estos últimos.<sup>7</sup> Y una segunda que tiende, en cambio, a identificar el maltrato con la lesión por la vía de atribuir a ambas figuras el mismo bien jurídico.<sup>8</sup>

Pues bien, la explicación adecuada del intrincado panorama que forman los malos tratos y las lesiones en nuestro sistema de Derecho Penal, a mi modo de ver, sólo puede partir de la primera de estas posturas, esto es, de aquella que separa y distingue los malos tratos de las lesiones. Dos son las razones en las que cabe fundar tal afirmación. De un lado, el argumento histórico constituido por la pretensión constante del legislador en el sentido de ir avanzando progresivamente en tal separa-

7. QUINTANO RIPOLLÉS Y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE atribuyen a la falta de malos tratos del art. 617.2 una naturaleza pluriofensiva. Para BERDUGO el tipo de los malos tratos protege los valores «bienestar y honor», frente a las lesiones que protegen la salud. Véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 93. Para QUINTANO, los valores que se desconocen en la agresión no lesiva son la libertad y el honor. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, 1972, p. 855. PÉREZ ALONSO entiende que la falta de malos tratos protege «la dignidad personal como presupuesto básico para el ejercicio pleno del derecho a la libertad». Véase PÉREZ ALONSO, E.J.: *El delito de lesiones*, Pamplona, 1993, p. 615. Y, en la misma línea TERUEL CABALLERO afirma que se trata de una infracción contra la libertad. Véase TERUEL CABALLERO: «La sanción de las faltas» en *ADPCP*, 1954, p. 250.

8. La equiparación se logra mediante la ampliación del bien jurídico de las lesiones que absorbe al bien jurídico de los malos tratos. Autores como TAMARIT O DEL ROSAL BLASCO lo que hacen es recurrir a términos conceptualmente más amplios como la incolumidad personal o el bienestar personal. Éstos comprenden dentro de sí tanto la salud como el objeto tutelado por las figuras de malos tratos. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma del delito de lesiones*, pp. 18 y 99 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», *Mujer y derecho penal*, Valencia, 1995, p. 164. GRACIA MARTÍN sostiene la identidad del bien jurídico aunque circunscribiéndolo a «la salud e integridad personales», esto es, lleva a cabo la ampliación por la vía de añadir al bien jurídico «salud», una referencia a la integridad personal. Véase DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L./LAURENZO COPELLO, P.: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia, 1997, p. 617.

ción.<sup>9</sup> De otro lado, la idea de que dicho planteamiento resulta mucho más respetuoso con la diferencia conceptual y de tratamiento que el Código Penal actualmente dispensa a ambas figuras.<sup>10</sup>

Partiendo de tal premisa, el bien jurídico protegido en la falta de malos tratos del artículo 617.2 tiene que ser, a mi juicio, la «incolumidad corporal» entendida como derecho de la persona a no ser vulnerada, molestada o perturbada en su propio cuerpo de forma violenta. Derecho, por tanto, a mantener indemne el cuerpo —que no intacto—. De este modo, el simple toque contrario a la voluntad de su titular no puede considerarse digno de protección penal, tal y como pone de manifies-

to la exigencia prevista en el artículo 617.2 en cuanto que el maltrato corporal necesariamente haya de venir constituido por un golpe o maltrato de obra equivalente (empujones, zarandeos, patadas o cualquier otro medio imaginable de acometimiento físico sobre la víctima).<sup>11</sup>

Este bien jurídico, en cualquier caso, siempre será distinto de la «salud personal del ser humano» que es el bien mayoritariamente defendido por la doctrina en el delito y la falta de lesiones.<sup>12</sup> Y, sin perjuicio de que ambos aparezcan (la incolumidad corporal y la salud) íntimamente relacionados al constituir el cuerpo el soporte material básico donde se asienta la salud del ser humano.<sup>13</sup>

9. El avance se produjo a través de distintos flancos. Primero, en la separación de la lesión con la injuria (esto es, a partir del derecho germánico) y más tarde, en la separación de la lesión con el maltrato (esto es, desde el C.P. de 1848). Finalmente, la pretensión de separación se tradujo en la distinción malos tratos verbales-malos tratos corporales, llevada a cabo, como se ha dicho, por la reforma de 1989.

10. Díez RIPOLLÉS afirma que las posturas que pretenden difuminar en mayor o menor medida la diferenciación conceptual entre los supuestos típicos de lesiones y malos tratos van en la dirección político criminal inversa a la correcta, que es precisamente la de mantener su autonomía conceptual sin perjuicio de que ambos grupos de hipótesis puedan cobijarse bajo un mismo bien jurídico. Véase Díez RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al ...*, cit., p. 336. En mi opinión, creo, sin embargo, que una vez reconocido el mantenimiento de la autonomía como dirección político-criminal a seguir, el intentar defender la identidad del bien jurídico protegido supone incurrir en una contradicción que hubiera sido fácilmente evitable a través de la atribución a ambas figuras de bienes jurídicos distintos.

11. Tal definición encuentra respaldo doctrinal en la postura mantenida actualmente por TAMARIT SUMALLA. El autor sugiere la existencia de esta «incolumidad corporal» como parcela mínima de la incolumidad personal aunque sin llegar a incorporar una definición de la misma. Debe destacarse, no obstante, la interesante evolución que ha seguido el autor en sus planteamientos, pudiendo señalar como punto de inflexión la nueva redacción que el Código Penal de 1995 otorgó al art. 153. Es sólo desde entonces cuando TAMARIT SUMALLA decide abandonar la idea de la incolumidad personal como bien jurídico global y comienza a referirse a la incolumidad corporal como bien jurídico genérico o espacio común de las figuras de lesiones y de malos tratos. El bien jurídico de la falta del art. 617.2 es, para el autor, la mera incolumidad corporal constituyendo su ataque la agresión o injusto mínimo a partir del cual se derivan las infracciones de los arts. 147 y 617.1, por un lado, y las de los arts. 153 y 173, por otro, como intensificaciones de dicho injusto que afectan o a la salud o, en su caso, a la integridad moral. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 727 y 745. Además de por TAMARIT la existencia de este bien jurídico ha sido indirectamente reconocida por BERISTAIN IPIÑA al afirmar que «los malos tratos se diferencian de la simple *vis física* en que ésta violenta únicamente la libertad de la víctima, mientras los malos tratos violan su incolumidad corporal». Véase BERISTAIN IPIÑA, A.: «Observaciones acerca de las lesiones en el derecho penal y comparado» en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, cit., señalando que «los malos tratos no son lesiones sino una tipología inicial y periférica de la que a su vez pueden derivar lesiones o no en sentido estricto». Véase QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de ...*, cit., p. 855.

12. Obviamente, ambos se confundirán cuando una lesión se haya llevado a cabo mediante un maltrato corporal, pero eso no desvirtúa la esencia diferencial de ambos bienes jurídicos individualmente considerados. Esencia que respecto al maltrato podrá apreciarse con mayor rigor en todos los casos en que el maltrato no se materialice en un resultado de lesión.

13. La salud es el núcleo fundamental a proteger por los tipos de lesiones. No obstante, lejos de aparecer como un tema ya resuelto, la cuestión de la determinación del bien jurídico protegido en las lesiones se presenta rodeada de una gran polémica doctrinal. Las formulaciones doctrinales más recientes se integran básicamente en dos grupos. Uno, formado por los autores que pretenden la simplificación o concreción del bien jurídico en conceptos que, aun siendo diversos terminológicamente, vienen a designar la misma realidad. Y, otro, integrado por quienes, mediante la ampliación del bien jurídico, pretenden la unificación conceptual y sistemática de los malos tratos y las lesiones. Respecto al primer grupo y refiriéndose al bien jurídico «salud», véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El delito de...*, cit., pp. 21 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, pp. 789 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1996, p. 140; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 429. Designándolo con el término «integridad biológica», véase CARDONA LLORENS, A.: *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Madrid, 1988, pp. 31-37. Recurriendo a la fórmula «integridad y salud personales», véase Díez RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos ...*, cit., pp. 22 y 23 y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La reforma del consentimiento en las lesiones* (en *Comentarios de Edersa*, Tomo V, Vol. 2º, p. 944). Por último, utilizando una fórmula confusa referida a la «integridad o salud», véase SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1997, p. 93 y GUALLART DE VIALA, A.: *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Madrid, 1992, pp. 35 y 37. En el segundo de los grupos, fundamentalmente, cabría destacar dos formulaciones: la de la «incolumidad corporal», que defienden autores como BERISTAIN (BERISTAIN IPIÑA, A.: «Observaciones acerca ...», cit., pp. 14-16), TAMARIT (TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma...*, cit., p. 35) o ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA (ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: *Delito de lesiones*, Pamplona, 1993, p. 142) y la del «bienestar corporal», sostenida por DEL ROSAL BLASCO (DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias ...», cit., p. 164).

Fijada la delimitación «malos tratos-lesiones» con apoyo en la diferenciación de los bienes jurídicos de ambas figuras, resta averiguar entonces cuál es el bien jurídico protegido en el «delito de violencia doméstica». Si es el mismo que el de las lesiones como parece desprenderse de su ubicación sistemática; si se trata de un delito agravado de la falta o faltas de malos tratos que tutela el mismo bien jurídico que aquéllas; o si, por el contrario, lejos de aparecer vinculado a esta clase de figuras con las que tradicionalmente se le ha relacionado, mantiene, no obstante, un vínculo mayor con el conjunto de infracciones que en lugar de tutelar la vertiente física de la persona brindan protección a su faceta espiritual concretada en valores como la dignidad, el honor o la integridad moral.

La primera de las opciones pronto debe ser descartada. El «delito de violencia doméstica» no puede incluirse dentro de las lesiones porque la estructura del delito del artículo 153 no encaja con la prevista para aquéllas en nuestro Código Penal, al no exigir el precepto que de la violencia reiterada se derive un efectivo menoscabo de la salud de la víctima y bastar para la realización de la conducta típica con el mero ejercicio de la violencia (ya sea física o psíquica).<sup>14</sup>

La segunda de las hipótesis planteadas tampoco parece acertada. El «delito de violencia doméstica» no cabe ser configurado como un tipo agravado de la falta de malos tratos. Es cierto que el delito nació materialmente como una agravación de la falta de malos tratos del artículo 617.2, en el sentido de hacer frente a la desprotección en que se encontraban los miembros más débiles de la unidad familiar ante posibles maltratos o abusos

ejercidos reiteradamente sobre éstos por quienes, siendo sus parientes más próximos, se aprovechaban de su posición de dominio o superioridad.<sup>15</sup> También lo es que el tipo exigió, en un primer momento, que la conducta se llevara a cabo mediante ejercicio de violencia física tan sólo reconducible al maltrato corporal previsto en el artículo 617.2 del C.P. No obstante, y sin dejar de reconocer ninguna de estas dos circunstancias (que el delito naciera para suplir una laguna no cubierta por el maltrato y que lo incorporara como único medio comisivo de la infracción) no existe, en mi opinión, base suficiente para afirmar, por ello, que estamos ante un tipo agravado (el delito del art. 153) de un tipo básico (la falta del artículo 617.2). Una afirmación de tales características sólo podría llevarse a cabo, desde un punto de vista técnico-formal, si ambas figuras estuvieran protegiendo el mismo bien jurídico y por lo que se desprende del tenor literal del precepto no parece que éste pueda ser el caso: el delito del artículo 153 está protegiendo algo más que la simple incolumidad corporal.<sup>16</sup>

En definitiva, el «delito de violencia doméstica» nació como agravación de los malos tratos pero para formar un delito autónomo, y con la finalidad de proteger un bien jurídico distinto y superior a la mera incolumidad corporal, lo cual nos sitúa en la tercera de las hipótesis planteadas.

Dentro de ella, aunque un importante sector doctrinal haya defendido que el bien jurídico protegido del delito del artículo 153 viene configurado por realidades más o menos abstractas, más o menos amplias, como el bienestar personal, la seguridad y la paz familiares o la propia dignidad humana,<sup>17</sup> se va consolidando, no obstante cada

14. Véase, por todos, CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios...*, cit., p. 801.

15. La propia Exposición de Motivos de la Ley 3/1989 explicaba esto mismo en los siguientes términos: «Respondiendo a la protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual». Lo cierto es que antes de 1989 los supuestos de malos tratos reiterados dentro del ámbito familiar eran reconducidos al delito o a la falta de lesión siendo indiferente que la conducta agresiva hubiera sido llevada a cabo o no con habitualidad. Esta respuesta penal devenía insuficiente, en unos casos, por la levedad de la pena impuesta y, en otros, porque a diferencia de la lesión el maltrato familiar no suele representar un hecho esporádico o accidental. Resultaba necesario, entonces, que el legislador pasara a tomar en cuenta la reiteración como elemento agravatorio de dicho comportamiento y, en consecuencia, endureciera la respuesta penal. Con la finalidad de cubrir ese vacío legal es con la que nació el delito del art. 153, esto es, para acabar tanto con el sentimiento de indefensión de las víctimas de malos tratos como con la sensación de absoluta impunidad por parte del maltratador. Véase CARRECEDO BULLIDO, R.: *Otra frontera rota (I): aspectos jurídicos de la violencia doméstica*, Madrid, 1998, pp. 37 y 38.

16. La diferencia de pena entre la falta del art. 617.2 y el delito ya inducía a pensar (cuando se introdujo el delito en el art. 425) que con el delito se intentaba proteger «algo más» que la incolumidad corporal, sin perjuicio de que la lesión de «ese algo más» presuponia necesariamente un previo menoscabo de la incolumidad corporal.

17. El bienestar personal es el bien jurídico defendido por DEL ROSAL BLASCO (véase DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias...», cit., p. 164). En semejantes términos de amplitud se han referido a «la incolumidad personal» TAMARIT SUMALLA, ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA (véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al...*, cit., p. 745 y ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: *Delito...*, cit., p. 142). Para GONZÁLEZ RUS «el bien jurídico del art. 153 no es la salud sino la dignidad y seguridad, el equilibrio físico y psíquico, el bienestar entre cónyuges».

vez más, la opinión de quienes, aun conservando la dignidad humana como marco genérico de protección, estiman la necesidad de acotar o concretar dicho bien jurídico en la integridad moral o derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes.<sup>18</sup> Posición a la que me sumo en este trabajo.

Interesante se presenta la discusión que en torno al bien jurídico enfrenta a Carbonell Mateu/González Cussac con Gracia Martín. Para aquellos, con el delito de violencia doméstica se pretende proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno, en el sentido del artículo 15 de la Constitución. No estamos, según los autores, ante un genuino delito de lesiones sino ante una infracción de malos tratos a la que la habitualidad y el ámbito familiar convierten en delito, no pudiendo ser la salud el bien jurídico protegido al ser perfectamente concebible la consumación del delito sin resultado lesivo alguno.<sup>19</sup> Gracia Martín, por el contrario, estima que en los delitos de peligro cabe siempre la consumación sin resultado de lesión o menoscabo para el bien jurídico y entiende que el delito del artículo 153 es un delito de peligro abstracto contra la salud y la integridad personales.<sup>20</sup> Personalmente, entiendo que la lesión, por definición e incluso denominación, requiere de un resultado lesivo. El delito de violencia doméstica ni encaja con la estructura de las lesiones ni está protegiendo la salud como núcleo del in-

justo. Por tanto, el peligro para la salud –que Gracia Martín define como «probabilidad de que la reiteración de agresiones, esto es, el maltrato crónico provoque en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional»– existe, dado el preciso ámbito en el que se desarrolla la conducta y la peculiar forma en que ésta se lleva a cabo (a través de maltratos reiterados), pero tan sólo sirve para fundamentar la mayor pena del artículo 153 en relación con la prevista para el resto de supuestos lesivos de la integridad moral en el artículo 173 y, por supuesto, en relación también con la pena que resultaría de aplicar el correspondiente concurso de faltas en el caso de que los diversos actos de maltrato no llegaran a producir el menoscabo grave de la integridad moral que el mismo artículo exige. Dicho de otra manera, la consideración del delito de violencia doméstica como un delito de peligro abstracto contra la salud me parece excesiva porque, por mucho que exista un peligro contra la salud de las víctimas, el núcleo del injusto sigue siendo la lesión de la integridad moral.<sup>21</sup> No estamos, pues, ante un delito de lesiones y sí ante una infracción distinta, contraria a la integridad moral, que en ocasiones comprenderá faltas o delitos de lesiones, pero que también podrá ser antesala de otras muchas infracciones como coacciones, agresiones sexuales o, en general, todas aquellas susceptibles de cometerse por medio de un maltrato. Estimo además que la configuración del artículo 153 como un delito de peligro abstracto complica sobrema-

---

ges, menores, ascendientes y personas que conviven o están sometidas a la patria potestad o guarda del autor» (véase GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso...*, cit., p. 169). Ampliando todavía más DE VEGA RUIZ señala que el bien jurídico protegido es la paz social (véase DE VEGA RUIZ, J.A., *Las agresiones...*, cit., p. 73). La circular de la Fiscalía General del Estado de 24 de octubre de 1998 sobre Malos tratos afirma que la figura del art. 153 pretende tutelar «la integridad moral o derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar». Respecto a los autores que defienden que el bien jurídico es la dignidad humana, véase entre otros: CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *Comentarios...*, cit., p. 801; CERVELLÓ DONDERIS V.: *El delito de...*, cit., p. 53 y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al...*, cit., p. 440. Destacar, por último, el original planteamiento de ACALE SÁNCHEZ quien recientemente se ha decantado por el bien jurídico «relaciones familiares». Según el planteamiento de la autora, el art. 153 estaría protegiendo únicamente la faceta colectiva de dicho bien jurídico y el art. 617.2 estaría tutelando su faceta individual. Véase. ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 82, 91 y 135.

18. Véase CUENCA I GARCÍA, M.J.: «La violencia habitual en el ámbito familiar», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998, p. 636; TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios...*, cit., p. 745 y CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios...*, cit., p. 801; GARCÍA ARÁN, M., «Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor» en *Protección de menores en el Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 68.

19. Véase CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios...*, cit., 801.

20. Véase GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios...*, cit., pp. 423 y ss. Recientemente GARCÍA ÁLVAREZ y DEL CARPIO DELGADO han sostenido, siguiendo el planteamiento de GRACIA MARTÍN, que el art. 153 encierra un delito de peligro abstracto contra la salud física y, desde la reforma de 1999, también mental de la persona víctima de la violencia doméstica. Véanse sus interesantes conclusiones en GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 87 y ss.

21. La jurisprudencia, reacia, por otra parte, a señalar expresamente «la integridad moral» como bien jurídico protegido del art. 153, se ha pronunciado a favor de la misma aunque indirectamente en numerosas ocasiones. Así, el fto. de dcho. séptimo de la S.T.S. 20 dic. 1996, cuando recoge que «la finalidad de la norma penal reside en 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». En semejantes términos, véase S.Aud.P. Balears de 27 mar. 1998, S. Aud. P. Jaén de 13 nov. 1998, S. Aud. P. Córdoba de 12 feb. 1999 y S. Aud. P. Las Palmas de 5 dic. 1998.

nera el problema concursal en aquellos casos en los que el peligro contra la salud se acaba materializando definitivamente en una efectiva lesión de aquélla.<sup>22</sup>

Ahora bien, fijado el bien jurídico del delito del artículo 153 del Código Penal en la integridad moral, queda clara por parte del legislador su intención de comprender en él únicamente un específico modo de ataque contra dicho bien y no cualquier otro supuesto de lesión de la integridad moral. En concreto, sólo son relevantes jurídicamente, a efectos de apreciar el delito de violencia doméstica del artículo 153, los ataques que traen causa de una agresión previa y reiterada contra la incolumidad corporal (por la vía del maltrato corporal), la incolumidad psíquica (mediante el maltrato verbal) o la propia integridad moral (a través de continuadas vejaciones injustas) del vinculado estrechamente al autor (por los lazos que prescribe el precepto).

El carácter restrictivo de tal protección no debe ser motivo de crítica si pensamos que el Código Penal cuenta desde 1995 con un Título VII específicamente destinado a la protección de la integridad moral, tal y como su misma rúbrica indica:

«De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral». Con dicho Título y con la falta de vejación injusta de carácter leve, contenida en el artículo 620.2, habrá que poner en relación el llamado «delito de violencia doméstica» si lo que se pretende es lograr una visión global de toda la problemática que rodea al bien jurídico protegido por aquél. Visión ésta que, a su vez, será imprescindible para determinar en qué medida está fundamentada la creación de un delito de tales características y hasta que punto puede considerarse suficiente o no la tutela jurídico-penal que el Código Penal dispensa al bien jurídico «integridad moral».<sup>23</sup>

Por lo que respecta al contenido del bien jurídico «integridad moral», el Tribunal Constitucional no ha sido capaz hasta la fecha de ofrecer una definición exacta de la misma. Sí que ha podido, en cambio, ir fijando, a través de sus distintos pronunciamientos,<sup>24</sup> los requisitos que debe contener cualquier acción para poder considerarla como una actuación lesiva de la integridad moral. Estos son: que se trate de un acto violento que contraríe la voluntad del sujeto pasivo del acto, que provoque en él sufrimientos o padecimientos y, final-

22. La idea de configurar el delito de violencia doméstica como un delito de peligro abstracto también ha llegado a la jurisprudencia. Véase, en este sentido, S. Aud. P. Córdoba de 9 mar. 1998 y S. Aud. P. Córdoba de 12 feb. 1999.

23. A mi modo de ver, la reforma en materia de integridad moral —que se presenta hoy en día como necesaria— deber a incluir, entre otras, las siguientes modificaciones: 1ª) nueva redacción del art. 173 en aras a restringir y concretar su ámbito de aplicación, 2ª) inclusión del delito de violencia doméstica en el Título VII pero en términos semejantes a como estaba redactado antes de la actual reforma y 3ª) redacción más precisa de la cláusula concursal del art. 177, sobre todo, en lo referente a la expresión «bienes de la víctima o de un tercero». Quizá fuera incluso conveniente operar una reordenación de todo el Título por la vía de introducir en el mismo un tipo básico común formulado sobre la base de un menoscabo efectivo del bien jurídico «integridad moral», pero al que no se le exigiera la condición de su gravedad. Recordemos que el art. 173 castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años a quien «infligiere a otra persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral». Suprimir la exigencia de la gravedad sería recomendable no sólo por lo indeterminado de dicho término sino sobre todo con vistas a ofrecer una respuesta más graduada a la lesión del mencionado bien. De esta forma se salvaría lo incongruente que supone, desde un punto de vista de justicia material, tener que castigar como vejaciones injustas de carácter leve todos y cada uno de los supuestos lesivos de la integridad moral que no son considerados lo suficientemente graves como para integrar alguna de las conductas descritas en el Título VII o, en su caso, en el actual art. 153 del Código Penal.

24. La S.T.C. 2/1982 de 29 en. establece que la integridad moral puede ser lesionada por actos violentos o intimidatorios conexos al ejercicio del derecho de reunión y manifestación. La S.T.C. 53/1985, 11 abr. que, en relación con la despenalización de la indicación ética del aborto, afirma la imposibilidad de que la mujer, debido a su dignidad, pueda ser considerada como mero instrumento. La S.T.C. 120/1990 de 27 jun., que valorando si la alimentación forzosa de presos del G.R.A.P.O. en huelga de hambre podía considerarse como un trato inhumano o degradante atentatorio de la integridad moral, se refirió a la exigencia de causación de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente, quedando afectado el derecho a la integridad moral en todo supuesto de asistencia médica coactiva a no ser que exista justificación. En el mismo sentido, la S.T.C. 57/1994, 28 feb. sobre registros personales a reclusos hace hincapié en que el sufrimiento acarreado a la víctima debe revestir una especial intensidad o provocarle una humillación o envilecimiento. También la S.T.C. 207/1996, 16 dic. en cuanto a la posible consideración como trato degradante de una intervención corporal sobre un presunto delincuente, consistente en extraer cabellos de diferente partes de la cabeza y peñas de las axilas, niega tal posibilidad al reservar dicho calificativo a aquellos tratos que impliquen padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre. Finalmente, en el A.T.C. 333/1997 no se accede a la pretensión de considerar una violación del derecho a la integridad moral de un menor de edad sometido por parte del centro donde estudiaba a una sanción disciplinaria, consistente en incorporar al alumno a un jardín de infancia durante más de cuatro meses, cuando estaba cursando curso de EGB, por considerar que la medida pedagógica no llegó a superar el umbral mínimo de intensidad que el trato degradante supone, calificando la situación sufrida por el niño como desagradable y enojosa. Véase PÉREZ ALONSO, E.J.: «Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1999, pp. 146-149.

mente, que suponga una humillación o vejación para dicho sujeto pasivo. Con apoyo en estas tres notas, la doctrina ha ido formulando distintas definiciones del bien jurídico «integridad moral», de entre las que cabe destacar, en primer lugar, la formulada por Díaz Pita: «La integridad moral como derecho fundamental vendría a ser una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de la posibilidad de configurar, de forma voluntaria, los pensamientos, las ideas o los sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad, entre los cuales, como forma más grave, podríamos incluir la tortura u otros tratos inhumanos y degradantes».<sup>25</sup>

Esta concepción del bien jurídico «integridad moral» ha sido criticada por Pérez Alonso en el sentido de considerarla demasiado amplia. Según este autor, el ataque contra la integridad moral no tiene por qué implicar necesariamente una coetánea lesión de la voluntad personal. Los delitos contra la integridad moral, lejos de castigar los atentados intimidatorios o violentos contra la libertad de decisión o de obrar (ámbito propio de los delitos de amenazas y coacciones), tienen un ámbito de autonomía distinto y reducido en el artículo 173 al sentimiento de humillación o vejación que el sujeto pasivo experimenta con la acción.<sup>26</sup> En la misma línea, se ha pronunciado recientemente Muñoz Sánchez al definir la integridad moral como «el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores», y el trato degradante al que se refiere el precepto como

«toda situación que con independencia del medio utilizado y de si existe o no doblegamiento de la voluntad de otra persona, conlleva generalmente padecimientos físicos o psíquicos y, en todo caso, produce un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo».<sup>27</sup>

### 3. Valoración y crítica de las novedades introducidas

Las modificaciones que ha experimentado el delito de violencia doméstica tras la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio pueden resumirse en las siguientes:

- a) el castigo junto a la violencia física de la violencia psíquica habitual;
- b) la ampliación del ámbito subjetivo y del círculo de relaciones tuteladas por el precepto;
- c) la modificación y ampliación de la cláusula concursal, que deja de castigar por ella los resultados que pudieran derivarse de los actos de violencia física para referirse expresamente a las penas que puedan corresponder a todos los delitos o faltas en que se hayan concretado los actos tanto de violencia física como psíquica;
- d) la introducción de pautas para apreciar la habitualidad.

Veamos cada una de ellas.

#### a) El castigo de la violencia psíquica habitual

A mi modo de ver y, en contra del parecer de un sector doctrinal que es mayoritario,<sup>28</sup> la inclusión

25. La autora, en un intento de averiguar si el contenido constitucional de la «integridad moral» es susceptible de encuadramiento en la categoría de bien jurídico penal, lleva a cabo una delimitación de dicho valor frente a distintas manifestaciones de la misma que parecen estar protegidas específicamente, bien en otros sectores del ordenamiento jurídico, bien en el propio Código Penal. La conclusión a la que llega viene resumida por la propia autora con las siguientes palabras: «El contenido del bien jurídico integridad moral aparece como residual, respecto del bien jurídico integridad física y como prioritario respecto de los bienes jurídicos libertad y honor. Respecto de la libertad por contener la integridad algo más, como sería el sentimiento de humillación; y respecto del honor por ser más amplio y básico que aquél». DÍAZ PITA, M.M., «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», *Estudios penales y criminológicos*, 1997, p. 59 y ss. y p. 96.

26. Véase PÉREZ ALONSO, E.J.: «Los nuevos delitos...», cit., p. 159.

27. Véase MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, pp. 24 y 44. Tanto este autor como PÉREZ ALONSO salvan por esta vía el incongruente penológico, que ya la propia DÍAZ PITA advertía, de mantener su propia postura, al venir castigados con más pena los delitos de amenazas y coacciones que los delitos contra la integridad moral. Así, que el concurso a aplicar según ambos no deba ser de leyes, como entendía la autora, sino de delitos. Véase sobre este punto: PÉREZ ALONSO, E.J., «Los nuevos delitos...», cit., p. 159 y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos ...*, cit., p. 50.

28. Mostrándose partidarios de la incorporación de las violencias psíquicas al precepto, antes de que ésta se llevara a cabo, véase: CUENCA SÁNCHEZ, J.M.: «El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación» en *La Ley*, Madrid, 4-1991, p. 1186; CERVERLÓ DONDERIS, V.: «El delito de...», cit., p. 56; GUALLART DE VIALA, A.: *La nueva protección penal*, cit., p. 111; RUIZ VADILLO, E., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 1924; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Violencias y malos tratos...», cit., p. 161; DE VEGA RUIZ, J.A., *Las agresiones familiares...*, cit., p. 173; CUENCA GARCÍA, M.J., «La violencia habitual...», cit.

GUÍA, apuntando al escaso desvalor de acción y de resultado de las violencias psíquicas. Véase MUÑAGORRI LAGUA, I.: «Las vi ámbito familiar» en *RDPC*, p. 634. En el mismo sentido, por considerar la restricción del tipo a las violencias físicas aconsejable desde el punto de vista de intervención mínima, Véase GRACIA MARTÍN, L.: «El delito y la falta de malos tratos en el Código penal de 1995» en *AP*,

del castigo de la violencia psíquica habitual en el artículo 153 del Código Penal ha sido una decisión desafortunada que muy probablemente va a producir un efecto perturbador en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

En las páginas que siguen trataré de exponer las razones que me inducen a pensar en tal sentido a la luz del principio de seguridad jurídica, que debe inspirar todo Derecho penal liberal que se precie de serlo y, en concreto, desde una concepción garantista de nuestro Derecho penal cimentada sobre la base del principio de intervención mínima.

El artículo 153 hemos visto que castiga no cualquier conducta que menoscabe la integridad moral sino sólo aquella consistente en el ejercicio de violencia física o psíquica que por desarrollarse en un ámbito muy concreto (el familiar o el cuasifamiliar) y de una forma muy determinada (reiteradamente) merece mayor reproche que la que, sin reunir tales circunstancias, termine lesionando la integridad moral aun de modo grave (art. 173 del C.P.). Dos son pues los elementos del tipo que determinan la elevada pena prevista en el artículo 153: el parentesco, régimen de tutela o guarda legal que une al autor con la víctima, por un lado, y la habitualidad de la violencia, por otro.

En relación con el primero de estos elementos cabe matizar que es la especial relación de subor-

dinación o dependencia (afectiva, psicológica, económica, pero sobre todo física, en el sentido de convivir bajo el mismo techo), creada entre el autor y la víctima a partir del vínculo que les une (parental o de tutela), la que coloca a la víctima en una situación de mayor indefensión respecto del agresor y, la que genera por parte del legislador un mayor reproche.<sup>29</sup>

Por lo que respecta a la habitualidad, cabe señalar que es el elemento determinante de que la comisión de algunas faltas de malos tratos ejercidas dentro del ámbito familiar quede transformada en el supuesto de hecho de un delito autónomo, permitiendo así que varios ataques contra la incolumidad física o psíquica de una persona se conviertan, globalmente considerados, en un ataque contra su integridad moral.<sup>30</sup>

Ahora bien, antes de la reforma de 1999 el precepto exigía además, como requisito imprescindible, junto a la habitualidad y al parentesco, que esa violencia cometida reiteradamente dentro del ámbito familiar fuera física. El medio comisivo del delito quedaba con ello perfectamente delimitado en el maltrato corporal del artículo 617.2 sin que tal restricción significara dejar desprotegida la violencia psíquica, reconducible, como se ha dicho, al artículo 173 (cuando el menoscabo producido en la integridad moral hubiere sido grave) o, como mínimo, susceptible de ser castigada a través de un concurso de faltas del artícu-

n.º 31, p. 594. Tras la incorporación, mostrándose también crítico con aquella (debido a los efectos perversos que puede llegar a tener la extensión del tipo por la dificultad que entraña el conocer, perseguir y castigar esta clase de infracciones), véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: «La reforma penal en materia de protección de las víctimas de maltratos» en *La Ley de Catalunya*, n.º 262, jul. 1999, p. 1. A favor, en cambio, de la introducción (porque los malos tratos psíquicos reiterados no tienen cabida en el art. 173), véase MAGRO SERVET, V.: «La violencia psíquica en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas» en *La Ley*, 12 nov. 1999, p. 3. Proclive a la misma (para no dejar desprotegido el aspecto colectivo del bien jurídico «relaciones familiares»), véase ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de...*, cit., p. 93. Considerando igualmente positiva la incorporación de la incriminación de las violencias psíquicas por permitir la extensión de la protección de la salud a su vertiente psíquica o mental, véase GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, cit., p. 88. Por último, criticando tal incorporación debido al peligro que ello origina en cuanto a una posible producción de situaciones de gran amplitud punitiva, véase CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, 2000, p. 529.

29. El fundamento de la circunstancia de parentesco en este caso no debe reconducirse, según mi parecer, a razones de mayor culpabilidad, pues son razones de incremento de injusto las que justifican la atribución de tan alta pena. Este mayor injusto deriva, de un lado, del mayor desvalor de acción que origina el parentesco al encontrarse la víctima en posición de inferioridad frente al autor y como consecuencia del prevalimiento que lleva a cabo este último a partir de la relación conyugal, parental o tutelar (aprovechamiento del domicilio familiar, abuso de confianza y de superioridad sobre la víctima, etc.). De otro lado, el desvalor de resultado (el menoscabo de la integridad moral) se ve incrementado además de por ese mayor desvalor de acción, por una posible afectación de otro bien jurídico, esto es, por el peligro que hemos dicho experimenta el sujeto pasivo en su salud psíquica o mental. Históricamente, sin embargo, la doctrina, ha tendido mayoritariamente a situar el fundamento de la circunstancia genérica de parentesco en el ámbito de la culpabilidad. En este sentido, véase BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El parentesco en el derecho penal*, Barcelona, 1973, p. 39; ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981, p. 745. Como partidario, de encontrar su fundamento en la antijuridicidad, aunque refiriendo el mayor desvalor de la conducta que el parentesco representa a consideraciones de mayor perversidad o malicia del sujeto, véase CÓRDOBA RODA, J.: «El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal» en *ADPCP*, T. XX, año 1967, p. 175.

30. La habitualidad viene a ser como una agravante que opera sobre un supuesto de maltrato ya agravado por el parentesco (previsto específicamente en el art. 617.2.2 C.P.). No obstante, los efectos que ambas agravaciones despliegan, así como su fundamento, aparecen hasta tal punto relacionados que el intentar comprender cada una de ellas por separado resulta prácticamente imposible. Puede decirse que la habitualidad y los sujetos son, en el delito de violencia doméstica, dos conceptos conjugados que no pueden comprenderse el uno separado del otro.

lo 620.2 («maltrato verbal que causa una injuria, amenaza, coacción o vejación injusta de carácter leve»<sup>31</sup>

En mi opinión, la redacción del Código Penal anterior recibía en este sentido mejor suerte porque su tenor literal resultaba más respetuoso con el principio de intervención mínima y también más acorde con el carácter fragmentario del derecho penal. En virtud de este último, la función de *ultima ratio* que debe desempeñar aquél, no sólo se logra acudiendo a la vía penal única y exclusivamente cuando no cabe aportar al conflicto otra solución menos gravosa por parte del ordenamiento jurídico sino también recurriendo a dicho castigo únicamente frente a los ataques más graves y, en su caso, castigando con más pena los ataques más graves y con menos pena los menos graves. Si el legislador considera dignos de mayor sanción —como así hace— a los malos tratos corporales,<sup>32</sup> la decisión de restringir a la violencia física el delito del artículo 153 lejos de suscitar reparos debería considerarse meritoria por cuanto ello supone de castigar tan sólo lo mínimo y lo más grave.<sup>33</sup> Así pues, la interpretación de la violencia física como límite a la elevada pena del artículo 153 en aras a salvaguardar el principio de intervención mínima del *ius puniendi* del Estado

es la razón principal que justifica una postura contraria a la introducción de las violencias psíquicas en el precepto.<sup>34</sup> En definitiva, el principio de intervención mínima y la mayor gravedad de los malos tratos corporales condujeron al legislador, en mi opinión acertadamente, a restringir la pena del artículo 153 a los supuestos de ejercicio habitual de violencia física, sin que ello significase dejar desprotegidos los supuestos de ejercicio habitual de violencia psíquica reconducibles como ya se ha dicho a otras figuras de nuestro Código Penal.

Pero este mayor respeto al principio de intervención mínima y fragmentariedad no es el único argumento que cabe esgrimir en contra de la incorporación de las violencias psíquicas al precepto. Sin olvidar el evidente problema probatorio que la violencia psíquica acarrea, la introducción de tal medio comisivo en el precepto genera otro grave inconveniente, esta vez, en relación con la nueva cláusula concursal y el principio de proporcionalidad de pena. Se trata de la obligación que contiene dicha cláusula concursal de castigar, separadamente de la violencia habitual, todos los actos en que se concrete la misma con independencia de cuál haya sido la forma adoptada por tales actos (corporal o verbal) y de cuál haya sido su grave-

31. Así lo había sugerido ya algún autor como DE VEGA RUIZ y así lo reconoció antes de eso la propia Fiscalía General del Estado en su circular de 1998. La circular, sin embargo, no ofrece solución alguna a los casos en que se compruebe que el menoscabo de la integridad moral no ha sido grave. Según el planteamiento que aquí se sostiene, huelga repetir que no pudiendo ser de aplicación el art. 173 deberá entonces acudir a los distintos tipos de amenazas, injurias o coacciones en que se hubieren concretado los malos tratos verbales de la violencia psíquica ejercida y, en último extremo, a un concurso de faltas de maltrato del art. 620.2 del C.P. Véase Circular de la F.G.E 24 oct. 1998, así como DE VEGA RUIZ, J.A.: *Las agresiones familiares...*, cit., p. 179.

32. El tratamiento que dispensa el Código Penal a los malos tratos corporales difiere del dispensado a los malos tratos verbales no sólo porque la pena que atribuye a los primeros es mayor sino, sobre todo, porque el maltrato corporal es castigado en el art. 617.2 tan pronto como se haya llevado a cabo y sin necesidad de que se traduzca en resultado alguno. Al maltrato verbal, en cambio, se le exige que su realización se traduzca en la causación de otra concreta infracción (injuria, amenaza, coacción o vejación injusta de carácter leve).

33. Debo aclarar que, según la postura que aquí se sostiene, el art. 617.2 tipifica los malos tratos corporales: «el que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días». La referencia a «los malos tratos de obra» debe entenderse en sentido restrictivo y reservarse a los malos tratos corporales, por ser éstos los únicos que pueden asimilarse al golpe o acción de golpear. Por lo que respecta a los malos tratos verbales, deben reconducirse al art. 620.2 que castiga con la pena de multa de diez a veinte días a aquellos que «causen a otro una amenaza, injuria, coacción o vejación injusta de carácter leve». Por otra parte, considero necesario diferenciar en el estudio de los malos tratos dos planos que, en ocasiones, se suelen confundir: el plano de la vía de hecho o medio comisivo y el plano del resultado, objeto o dimensión atacada. Al primero pertenecería, más propiamente, el término «maltrato» o la acción de maltratar (corporal o verbalmente). Y al segundo, por contra, los adjetivos «físico o psíquico». Es por ello que la expresión «ejercicio de violencia física o psíquica», de *lege ferenda*, debería sustituirse, en mi opinión, por la de maltrato corporal o verbal. La sustitución terminológica ha sido sugerida por TAMARIT SUMALLA pero con un fin distinto: el de evitar una indeseable extensión del tipo, así como para eludir una posible confusión con la descripción del delito de coacciones. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reforma...*, cit., p. 182. En este sentido también, aunque sólo en relación con la violencia psíquica, la enmienda núm. 24 que pretendía el Senado para la reciente reforma y que proponía la sustitución del término violencia psíquica por el de «trato vejatorio o degradante». Véase una confusa justificación de su no aprobación por el Congreso en MAGRO SERVET, V.: «El Congreso rechaza...», cit., p. 5. Véase también, desde un punto de vista criminológico, SARASUA, B./ZUBIZARRETA, I./DEL CORRAL, P./ECHEBURÚA, E.: «Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar» en *Personalidades violentas*, Madrid, 1994, p. 112. En dicho artículo se hace hincapié en que los términos «agresión psicológica» o «agresión física» más que las consecuencias que producen se proponen para entender la forma de expresión de la conducta.

34. Debe matizarse que se habla de elevada pena no en sí misma considerada sino teniendo en cuenta el efecto expansivo que para aquélla significa la aplicación de la cláusula concursal.

dad. De ello se desprende<sup>35</sup> que la inclusión de la violencia psíquica en la cláusula concursal del precepto no va sino a generar graves problemas de aplicación al juez, no sólo por lo que respecta a la complejidad de elaborar una figura concursal capaz de abarcar a todas las infracciones implicadas,<sup>36</sup> sino por lo que además dicha introducción puede significar de desbordamiento de pena y de infracción del principio de proporcionalidad.

Por último, no parece tarea fácil discernir hasta qué punto pueden considerarse o no las diferencias verbales dentro de lo estimado «socialmente adecuado» en el seno de una relación conyugal o unión estable de análoga relación de afectividad.<sup>37</sup> En efecto, el estrecho ámbito de convivencia en el que se desarrolla la relación de pareja podría llegar a justificar no pocas de las discusiones surgidas en el día a día de cualquier hogar. La parcela familiar constituye un marco muy singular que debe condicionar la clase de medidas a adoptar (para conseguir erradicar la llamada violencia de género) pero, sobre todo, que se ha de traducir en

una mayor cautela por parte del legislador penal a la hora de decidir su intervención en dicho ámbito. Y he aquí otra de las razones por las que seguro nos encontramos ante una desafortunada reforma: la intromisión excesiva del derecho penal en el ámbito familiar y una cierta huida hacia el mismo para solucionar un grave problema social o cultural contra el que no se sabe muy bien cómo actuar.<sup>38</sup>

En conclusión, la introducción de la violencia psíquica resulta criticable porque genera inseguridad jurídica, problemas de proporcionalidad de pena y problemas desde el punto de vista del principio de intervención mínima.

#### *b) Ampliación del ámbito subjetivo*

El círculo de personas o relaciones protegidas después de la reforma apenas se ha visto alterado. Desoídas las voces que reclamaban su extensión a otras esferas como la laboral o la profesional, el artículo 153 continúa referido exclusivamente al ámbito familiar o cuasifamiliar.<sup>39</sup> No obstante,

35. La afirmación de que la violencia física suele ir acompañada de violencia psíquica se podría hacer desde los dos planos antes diferenciados. Desde la perspectiva del medio porque es fácil imaginar que un maltrato corporal vaya precedido de un maltrato verbal. Desde la perspectiva del daño porque el maltrato corporal además de un daño de la parte física del ser humano se suele traducir en un perjuicio psíquico. Esta consideración, sin embargo, no cabe formularla en sentido contrario. Así, la violencia psíquica no tiene por qué implicar la producción de violencia física en ningún caso. Ni el maltrato verbal, en cuanto medio comisivo, tiende a ir acompañado del corporal, ni el menoscabo que aquél produce se extiende de la dimensión psíquico-espiritual del ser humano a su vertiente físico-corporal. Quizá sea ésta otra de las razones que llevan al legislador a considerar al maltrato corporal merecedor de mayor reproche penal. Corroborando lo dicho DE VEGA RUIZ cuando afirma que, según la teoría más generalizada, sí pueden existir malos tratos psíquicos independientes de cualquier lesión física, pero no malos tratos físicos que no lleven inherentes un maltrato psíquico de la persona. Es por eso que el autor habla de malos tratos psicofísicos y malos tratos psíquicos. Véase DE VEGA RUIZ, J.A.: *Las agresiones familiares...*, cit., p. 64. En definitiva, como viene afirmando la doctrina, el maltrato físico es, por definición, la forma de maltrato que produce las consecuencias más graves porque ocasiona habitualmente secuelas físicas y psicológicas. Véase ECHEBURÚA, E.: «Perfil psicológico...», cit., p. 126.

36. La doctrina no se pone de acuerdo en torno a cómo tiene que ser el concurso aplicable. Destaca, a mi modo de ver, la tesis de GRACIA MARTÍN partidario de aplicar un concurso ideal entre un concurso real (de los delitos y faltas en que se hayan concretado los actos de violencia física o psíquica) y el delito habitual del art. 153 que actuaría a modo de abrazadera. Véase GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, cit., p. 487.

37. En el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley ya se hacía mención de las dificultades que entraña la tipificación penal de la conducta de violencia psíquica a la hora de deslindar aquellas conductas constitutivas de ilícito penal de aquellas que no llegan a tener relevancia penal, así como de las dificultades que, desde un punto de vista de la seguridad jurídica, comportará en la práctica la apreciación y valoración de la genérica conducta de la violencia psíquica familiar, dado los términos tan abiertos en que la ley la contempla. Véase MAGRO SERVET, V.: «El congreso rechaza...», cit., p. 3.

38. Con la introducción de la violencia psíquica en el precepto adquiere mayor relevancia la postura escéptica de autores como MUÑAGORRI LAGUJA. Este autor -antes de la reforma- ya rechazaba la intervención del *ius puniendi* en el ámbito de la violencia familiar por entender que ello supone utilizar el derecho penal no como instrumento dirigido a proteger la paz social sino como instrumento favorecedor de la integración social. Así, frente al riesgo social que implica la posible desestructuración de la familia, el Estado estaría asumiendo la intervención penal desde un punto de vista preventivo para intentar reducir el riesgo de comportamientos no integrados. Y con el aumento de las intervenciones del Estado en el ámbito privado lo que se pretendería, en definitiva, es modelar formas de relaciones privadas y dirigir moralmente a los ciudadanos. Véase MUÑAGORRI LAGUJA, I.: «Las violencias en...», cit., pp. 634-637.

39. A favor de extender la protección -de *lege ferenda*- más allá del ámbito familiar o tutelar, a todas las situaciones de similar dependencia entre víctima y agresor (al modo de las regulaciones alemana o italiana) Véase: TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reforma...*, cit., p. 177; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., *Manual de derecho penal, parte especial*, Madrid, 1990, p. 177 y CUENCA Y GARCÍA, M.J., «La violencia habitual...», cit., pp. 645 y 646. A favor de una interpretación -de *lege data*- del art. 153, en el sentido de abarcar las relaciones alumno-profesor (por la referencia al término «pupilo»), véase ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de...*, cit., p. 163. Partidarias de tal extensión a partir de un entendimiento amplio de la guarda de hecho, véase GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, cit., p. 59. Por último, proclive a la ampliación del ámbito del precepto a todas las parejas que tengan o hayan tenido una relación sentimental o sexual que pueda dar lugar a situaciones violentas que pongan en peligro la vida, integridad o libertad de la víctima, véase CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio...*, cit., p. 543.

aunque las relaciones protegidas sean básicamente las mismas (excepción hecha de alguna institución tutelar no mencionada en la redacción anterior como el acogimiento –que ha sido por primera vez contemplada–), la protección ofrecida por el precepto es ahora mayor debido a la extensión que la reforma ha operado en lo temporal. Según ésta, ya no se protege sólo a los cónyuges o personas ligadas entre sí de forma estable por análoga relación de afectividad al tiempo de realización de la violencia habitual sino que se protege también a quien, habiendo estado de tal modo vinculado al autor con anterioridad, lleva a cabo su conducta maltratadora cuando la situación es de crisis matrimonial, esto es, una vez que aquellos lazos afectivos han dejado de existir.

De las modificaciones experimentadas por el precepto esta ampliación, en principio, parece la menos objetable de todas cuantas ha operado la última reforma. El legislador pretende que no escapen del ámbito de aplicación del mismo infinidad de supuestos de violencia doméstica ejercida por ex-cónyuges o ex-parejas de hecho, que no aceptan la ruptura o los procesos de separación o divorcio en los que se ven inmersos contra su voluntad. Sin embargo, para quienes como yo entendemos que el fundamento material de la agravación de pena del «delito de violencia doméstica» reside en «la convivencia»,<sup>40</sup> la extensión puede suscitar algún que otro reparo. Cabría concretamente preguntarse si en supuestos de crisis matrimoniales, en los que la convivencia o relación estable entre la víctima y el agresor se ha roto, y en los que difícilmente aquél va a poder prevalerse de la relación conyugal para llevar a cabo el maltrato habitual, sigue existiendo todavía base suficiente para afirmar la mayor indefensión de aquélla.

La respuesta, a mi juicio, debe ser negativa, salvo que se compruebe que entre autor y víctima sigue manteniéndose una relación lo suficientemente estrecha como para permitir el prevalimiento

por parte del autor (supuestos, por ejemplo, en los que el autor convence a la víctima para que le deje entrar en su domicilio) o salvo que entendamos que una interpretación global de la conducta por exigencias de la propia «habitualidad» obliga a relajar el requisito de la convivencia en estos supuestos, permitiendo en ocasiones la no concurrencia de aquélla. Esta última excepción serviría, además, como argumento para explicar la ampliación que en el ámbito de los sujetos, y en el sentido apuntado, ha llevado a cabo la reforma: aclarar que los malos tratos nacidos de una relación conyugal (o de análoga afectividad), pero continuados una vez concluida ésta, son susceptibles de integrar la habitualidad requerida por el precepto, independientemente de cuál haya sido la vinculación afectiva que entre ambos sujetos existía al tiempo de perpetrarse las últimas violencias.<sup>41</sup>

Ahora bien, aun siendo esto cierto, entiendo que la ampliación seguiría resultando criticable por las siguientes razones. Primero, por su indeterminación, ya que al venir la extensión referida a los ex-cónyuges o ex-parejas de hecho sin mayor precisión, el precepto da cabida a supuestos en los que la reiteración se produzca toda ella con posterioridad a la ruptura, desvirtuando, por tanto, la esencia y finalidad misma del precepto. Y segundo, en cuanto que superflua dado que terna interpretación cabía ya mantenerla con la anterior regulación.<sup>42</sup>

Por lo que respecta a las demás relaciones contempladas en el precepto, el requisito de la convivencia entiendo que sigue siendo imprescindible. Y ello pese a la propia redacción del precepto que parece excluirla en los supuestos de sometimiento a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de uno u otro, pues siendo la convivencia el fundamento material de la agravante en las relaciones conyugales y parentales, incomprensible resultaría, cuanto menos, no exigir aquélla en las relaciones tutelares, en donde la influencia o vin-

40. En contra ya se ha pronunciado ACALE SÁNCHEZ. La autora estima que, lejos de tergiversar el delito de malos tratos, en el ámbito familiar, la solución debería haber pasado por reformular la circunstancia mixta de parentesco de forma que pudiera aplicarse a los delitos comunes con carácter agravante en aquellos casos en que haya dejado de existir el afecto. Véase ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de...*, cit., p. 159. En parecidos términos se pronuncian GARCÍA ÁLVAREZ Y DEL CARPIO DELGADO, quienes afirman que incluso en los casos en que haya cesada la relación matrimonial o de análoga afectividad seguirá siendo requisito indispensable la convivencia estable en el espacio doméstico que permita o posibilite que el sujeto activo ejerza habitualmente violencia física o psíquica sobre la otra persona. Véase GARCÍA ÁLVAREZ Y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, cit., p. 57.

41. Sólo alguno de los actos y no todos lo que configuren el maltrato habitual podrán llevarse a cabo, a mi modo de ver, una vez rota la convivencia propia de la relación conyugal o análoga de afectividad, pues se supone que rota aquélla desaparece el presupuesto fáctico necesario que facilita al ofensor la ejecución de la conducta típica siendo costoso de imaginar supuestos de prevalimiento (faltará normalmente el aprovechamiento del lugar o de la proximidad con la víctima, así como el abuso de confianza propio de las relaciones de pareja). Porque aunque el texto se refiera a «la análoga relación de afectividad» lo verdaderamente relevante para la agravación no es tanto la afectividad cuanto que dicha afectividad se lleve a cabo en un marco de convivencia continua y estable.

42. Sin duda, más acertado hubiera resultado, desde mi punto de vista, y no siendo otro distinto el propósito del legislador que el arriba mencionado, incluir tal previsión como una pauta más de los criterios definidores de la habitualidad.

culación existente entre autor y víctima puede ser menor (en casos de curatela, por ejemplo).<sup>43</sup>

*c) Modificación y ampliación de la cláusula concursal*

El cambio de redacción de la cláusula concursal es la modificación que menos comparto de las incorporadas por la reforma siendo de diversa índole los problemas que ésta, a mi juicio, genera. Por un lado, la inclusión de las violencias psíquicas en la cláusula. Por otro lado, la remisión que la misma realiza no sólo a los delitos sino también a las faltas en que se hubieren podido concretar los diferentes malos tratos integrantes de la violencia habitual.

La inclusión de las violencias psíquicas junto a las violencias físicas en la cláusula concursal es objetable por las mismas razones que lo es la equiparación de éstas y aquéllas en cuanto al medio comisivo de la infracción. Básicamente, porque supone castigar de igual manera conductas que, individualmente consideradas, merecen desigual reproche en atención a su gravedad. Pero también por lo complejo que resulta la elaboración de un concurso capaz de comprender todas las infracciones integrantes de la habitualidad y por los problemas que la extensión genera desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de pena.

Todavía más criticable resulta la cláusula concursal por el segundo de los problemas a los que antes hemos hecho referencia, esto es, en relación con una posible vulneración del principio *non bis in idem* derivada de la amplia remisión que la misma efectúa.

Si nos fijamos, la anterior regulación, al referirse únicamente «al resultado que en cada caso se causare», permitía, aunque fuera a duras penas, una lectura constitucional del precepto en el sentido de entender excluidas de la cláusula concursal todas las faltas de malos tratos, en sí mismas carentes de resultado. De esta forma, el maltrato o vía de hecho sólo resultaba sancionado una vez (con la pena establecida en el art. 153) reconduciéndose a la cláusula concursal únicamente los resultados de dichos malos tratos (resultados de falta o delito de lesiones, de delitos contra la libertad sexual así como de todos aquellos susceptibles de ser cometidos mediante violencia física).<sup>44</sup> Las faltas se castigaban, por tanto, a través del artículo 617.2 aun en los casos en que después se tenían en cuenta, además, para integrar la habitualidad del delito del artículo 153. Pues bien, ni siquiera esta interpretación es posible con la nueva redacción del precepto. El artículo 153 en la medida en que expresamente obliga a castigar por su cláusula concursal también las faltas y no sólo los resultados en que se

43. En relación con la importancia del elemento «convivencia» consultar el análisis que sobre este punto lleva a cabo GRACIA MARTÍN. Asimismo, reparar en la S.T.S. 11 may. 1995 en la que el tribunal rechaza la aplicación del art. 153 a un supuesto de malos tratos habituales ejercidos entre novios. Véase GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, cit., pp. 431 y ss. ACALE SÁNCHEZ afirma al respecto que todas las relaciones tutelares que contempla el art. 153 presuponen la convivencia. Sin embargo, no estoy de acuerdo con la autora por lo menos en cuanto a lo que se refiere a la institución de la curatela. Tampoco comparto su forma de resolver la enrevesada dicción literal del precepto y, en concreto, su forma de entender la disyuntiva que el mismo incorpora cuando se refiere a «los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro». Opto, en cambio, por una interpretación teleológica del precepto en virtud de la cual el legislador, con la disyuntiva, no estaría sino precisando algunos de los supuestos a los que por convivencia cabría extender la pena prevista en el art. 153. De lo contrario no quedaría más remedio que admitir que la convivencia no es un elemento imprescindible del art. 153, desdibujándose entonces lo que, a mi juicio, constituye, como se ha dicho, el fundamento material del precepto. Véase ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de...*, cit., p. 160. Por último, entendiéndolo (a mi modo de ver contradictoriamente) que la convivencia estable en el mismo espacio doméstico sigue resultando indispensable aun cuando la relación conyugal o de análoga afectividad hayan cesado, véase GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, cit., p. 57. Considerando que con la reciente reforma la convivencia ha dejado de configurarse como requisito indispensable tanto del delito del art. 153 como de las faltas de malos tratos, véase CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio...*, cit., p. 532.

44. Según esta interpretación el medio se castiga por la pena prevista en el art. 153 y el resultado por la cláusula concursal. No obstante, todavía existen supuestos de muy difícil justificación como, por ejemplo, el del maltrato que, habiendo sido ya castigado como falta, necesita después ser tenido nuevamente en cuenta para poder apreciar la habitualidad (porque hace el tercero de los actos de violencia ejercidos y el juez sigue un criterio matemático en la apreciación de la habitualidad). La doctrina no ha sido capaz, hasta la fecha, de aportar una solución convincente a tales supuestos. Así, RUIZ VADILLO cuando pospone aquélla al momento de individualización de la pena en el sentido de poder descontarla después. El mismo autor, sin embargo, propone otra posible solución que yo creo que ha sido la recogida por el legislador en la reciente reforma y que consiste, no ya en determinar que la tercera falta de malos tratos se transforme automáticamente en el delito del art. 153, descantándose de la pena a imponer la que se hubiera podido fijar con anterioridad, sino en prescindir del concepto de habitualidad legal y entender que, a estos efectos, se considerará habitual aquél que, independientemente de la existencia de condenas anteriores, lleve a cabo, en un período de seis meses, dos o más actos de significación antijurídica. El requisito temporal, sin embargo, no se ha llevado finalmente al texto. Véase RUIZ VADILLO E.: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, pp.1922-1925.

hubieren podido concretar los actos de violencia física o psíquica (faltas de lesión, pero también faltas de maltrato corporal o verbal) está claro que cierra el paso a una interpretación como la anterior.

La Fiscalía<sup>45</sup> ha propuesto como solución entender que la conducta reiterada es distinta de la suma de cada uno de los malos tratos que como actos aislados componen aquélla. Según esto, los actos aislados se cometerían en un momento determinado, produciendo un resultado concreto. La violencia habitual sería, por el contrario, una actividad permanente que no cabría entender cometida en momentos concretos sino que, aun manifestándose en actos susceptibles de ser singularizados, se despliega durante todo el tiempo y también en el lapso que media entre los concretos actos de violencia.

A mi juicio, la explicación que ofrece la Fiscalía puede servir para justificar la apreciación de la habitualidad cuando una falta ya ha sido condenada como maltrato individual (para permitir su aplicación y por razones de justicia material), pero no para justificar que después de haber sido tenida en consideración al integrar la habitualidad se castigue además como maltrato individual. Supuesto este último todavía más difícil de compatibilizar con las exigencias del principio *non bis in idem*.

#### d) Pautas para apreciar la habitualidad

En respuesta a la recomendación hecha por el Consejo General del Poder Judicial respecto a la necesidad de establecer una definición legal de la ha-

bitualidad, el legislador ha incluido en el artículo 153 del C.P., por vez primera y para que el juez pueda decidir sobre su apreciación, los siguientes criterios a tener en cuenta: el número de actos de violencia acreditados, la proximidad temporal de los mismos, la irrelevancia de que los diversos actos violentos recaigan sobre el mismo sujeto pasivo y, finalmente, la indiferencia respecto a que dichos actos hayan sido objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.<sup>46</sup>

De los cuatro criterios enumerados suscitan mayor interés por la novedad que suponen los dos últimos, esto es, que la acción pueda recaer sobre distintos sujetos de los pertenecientes al ámbito familiar y que los actos puedan o no haber sido enjuiciados con anterioridad. Los otros dos criterios, esto es, la exigencia de tomar en consideración el número de actos acreditados así como la proximidad temporal de los mismos, son notas que ya venía exigiendo la jurisprudencia en la mayoría de sus sentencias.<sup>47</sup>

El permitir que la habitualidad venga integrada por actos violentos ejercidos indistintamente sobre las personas que menciona el precepto, sin exigir que recaigan todos ellos sobre el mismo sujeto pasivo, constituye, a mi juicio, la pauta más controvertida. La indeterminación del sujeto pasivo, objeto material del delito de violencia doméstica, me parece una ampliación excesiva por muy acotado que sea el círculo de personas delimitado en el precepto. En dicho exceso se incurre no sólo por consideraciones extraídas del principio de intervención mínima sino también en cuanto que ello contradice la tesis que cifra el bien jurídico en la integridad moral,<sup>48</sup> siendo además contrario a

45. Véase Circular 24 oct. 1998, núm. 1/1998, de la Fiscalía General del Estado, en *BMJ*, 15 mar. 1999.

46. Sin perjuicio de estar de acuerdo con el sector doctrinal que ya se ha pronunciado reclamando por parte del legislador una mayor concreción a la hora de fijar los criterios o pautas establecidos en ayuda del juez (así, TAMARIT SUMALLA cuando señala que al no precisarlos la jurisprudencia va a seguir exigiendo por inercia, respecto al tercer criterio, el número de tres. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: «La reforma penal...», cit., p. 2.), creo, no obstante, que esta forma de proceder resulta más conveniente que la de intentar fijar una definición exacta de la habitualidad pues ello permite que el juez pueda ajustar mejor dicho concepto al caso concreto, ganando en justicia material y sin llegar a dejar de lado las exigencias del principio de seguridad.

47. En relación con esta problemática, véase S. Aud. P. Badajoz de 23 en. 1995. Recientemente, salvando el *bis in idem* por la vía de reconocer bienes jurídicos distintos al art. 153 y a la falta del art. 617.2, si bien, denunciando la poca fortuna del legislador a la hora de redactar el precepto, véase S. Aud. P. Madrid de 20 en. 1999.

48. La irrelevancia del sujeto pasivo podría tener sentido en el caso de estimar que el bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica lo es la institución familiar o, como mucho, el mantenimiento de la paz familiar. Sin embargo, carece de todo él en un planteamiento como el que aquí se sostiene en el que el núcleo del injusto del delito del art. 153 se entiende configurado por la lesión de la integridad moral de los miembros más débiles de la unidad familiar. En definitiva, siendo el bien jurídico protegido de carácter individual, lo consecuente es exigir que la reiteración recaiga sobre la misma persona, esto es, sobre aquella que sea titular de esa integridad moral que se está protegiendo. Admiten, sin embargo, que las violencias puedan recaer sobre los distintos sujetos pasivos del art. 153, GARCÍA ÁLVAREZ Y DEL CARPIO DELGADO al considerar que lo verdaderamente relevante es que tales violencias pongan en peligro la salud de alguno de los miembros del círculo familiar o cuasifamiliar, siendo indiferente, por tanto, quien acabe siendo el destinatario concreto de la misma en cada ocasión. Es por esta razón que sujetos pasivos del delito pueden serlo también, según las autoras, quienes se limiten a contemplar las violencias físicas o psíquicas ejercidas en el hogar sin llegar a ser destinatarios directos de la misma, siempre que la percepción de tales violencias ponga en peligro de manera más o menos relevante su salud psíquica. Véase GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, cit., pp. 62, 73 y 89.

la idea de una habitualidad basada en el hecho y no en el autor.<sup>49</sup>

Por otro lado, la indiferencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores resulta criticable, desde mi punto de vista, por los problemas que plantea en relación con el principio *non bis in idem*. Problemas que surgen sobre todo ante la posibilidad que abre el precepto a que los actos violentos integrantes de la habitualidad hayan sido ya juzgados con anterioridad.<sup>50</sup>

#### 4. Conclusión

Nos encontramos ante una precipitada modificación del Código Penal de 1995 que merece, a mi juicio, una opinión desfavorable. La reforma parece haber generado, en su conjunto, mayores problemas que las carencias o defectos que la misma vino a subsanar, tanto desde un punto de vista dogmático como de aplicación práctica.

La ampliación que ha llevado a cabo la Ley 14/1999 de 9 de junio, en «el delito de violencias habituales dentro del ámbito familiar», aunque se intentó con el loable fin de extender su ámbito de aplicación a supuestos similares, necesitados de idéntica protección, ha terminado imponiéndose por encima de consideraciones de índole garantista, esto es, descuidando principios básicos de nuestro derecho penal como el principio de intervención mínima o el principio *non bis in idem*.

Es cierto que la envergadura de tales problemas no va a poder ser evaluada sino desde los diversos pronunciamientos que los tribunales dicten al respecto. También lo es que una interpretación restrictiva de los jueces puede llegar a obviar el peligro de que se impongan penas desproporcionadas. Pero ello no hace sino poner de manifiesto la inseguridad jurídica que la nueva regulación plantea.

Demuestra, además, que la utilización del Derecho penal para fines que no le son propios da lugar a precipitadas redacciones, carentes de técnica legislativa, que propician problemas de interpretación y de aplicación, en la doctrina y en la práctica, cuyo verdadero alcance, en este caso, aun está por descifrar.

El fin del drama social que la llamada violencia doméstica representa, lejos de procurarse por la vía penal, parece requerir la búsqueda de soluciones en ámbitos distintos, como puede ser el social (destinando mayor atención y ayuda tanto a víctimas como a maltratadores) o el cultural o educacional (en el sentido de inculcar a todos y cada uno de los ciudadanos un estricto respeto a los valores reconocidos por nuestra Constitución, haciendo especial hincapié en los que más directamente expresan el significado y la esencia de la dignidad humana). Además de que se deba seguir avanzando en la esfera de lo procesal penal en orden a consolidar un marco normativo adecuado a tan singulares conductas pero, sobre todo, en orden a concienciar y formar a los jueces penales en la correcta aplicación de los instrumentos jurídicos que el legislador le ofrece.

De las distintas reformas que ha experimentado el Código Penal, desde que en 1989 se tipificara por primera vez una figura específicamente destinada a castigar los malos tratos habituales ejercidos dentro del hogar, se deduce por parte del legislador la doble pretensión de ir, por un lado, endureciendo su castigo (por razones de prevención general) y, por otro lado, ampliando su ámbito de aplicación (para abarcar a un mayor número de personas y/o de conductas). Pero lo cierto es que ninguna de tales reformas ha traído consigo la perseguida disminución de esta concreta criminalidad.

Demostrada, pues, la eficacia limitada de la vía penal para abordar con éxito el problema de la violencia familiar, entiendo que la mejor solución pasa por destinar los recursos disponibles y dirigir

49. Para TAMARIT SUMALLA el contenido de injusto propio del delito de violencia doméstica ha de estar en el mayor agravio que supone para el ofendido sufrir esta clase de conductas en el ámbito doméstico y con habitualidad, teniendo en cuenta el impacto psíquico del hecho y la situación de desamparo. Por eso, cuando la habitualidad se toma en consideración como un requisito referido al autor, desaparece uno de los elementos que permiten fundamentar la existencia de un injusto diferenciado, y se acaba elevando a la categoría de delito una mera contravención. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: «La reforma penal...», cit., p. 2.

50. La indiferencia a la que se refiere este último criterio puede ser interpretada en un doble sentido. Por un lado, se está diciendo que no es necesario que haya habido un enjuiciamiento anterior para que pueda el acto ser tenido en cuenta a la hora de integrar la habitualidad. Por otro lado, se está permitiendo que tal enjuiciamiento sí que se haya llevado a cabo. Pues bien, es a partir de esta segunda interpretación de donde surgen los problemas de constitucionalidad. TAMARIT SUMALLA sugiere que la referencia al enjuiciamiento anterior se interprete, por imperativo del principio *non bis in idem*, refiriéndola solamente a los actos violentos que puedan haber sido objeto de un proceso por delito o falta de lesiones o falta de malos tratos pero no a los que lo hayan sido formando parte integrante de otro delito del art. 153. Yo estimo, sin embargo, que con esa interpretación no se salva el problema del *bis in idem* (que es de lo que se trata), ya que la vulneración existe tanto en uno como en otro supuesto. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: «La reforma penal...», cit., p. 2.

las futuras reformas al ámbito social o al cultural, más propicios, según se ha visto, a paliar al menos los devastadores efectos que conlleva, ha conllevado y parece que va a seguir conllevando el que ya ha sido calificado junto con el terrorismo y el tráfico de drogas, de tremendas lacras sociales de nuestro tiempo. Se deberían también hacer esfuerzos en cuanto conseguir lo antes posible por parte de los tribunales competentes el urgente cambio de mentalidad y actitud que precisa nuestra Administración de justicia y que llevaría a una

adecuada aplicación de los instrumentos jurídicos con los que hoy se cuenta para hacer frente a la violencia doméstica. Todo ello, sin perjuicio de que esa parte, que al derecho penal corresponde, por haber quedado indefectiblemente encomendada al siempre incierto arbitrio de los jueces, quizá merezca ser objeto de nueva atención por parte del actual legislador con el fin de corregir esa mayor imprecisión en la que parece habernos sumido aquél con su última reforma en materia de malos tratos. ●