

LA VIOLENCIA HABITUAL CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO FAMILIAR. ASPECTOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS¹

Marta Bonnet Parejo²
Universidad de La Laguna

RESUMEN

En la actualidad, el ejercicio habitual de actos violentos en la familia constituye uno de los problemas sociales más importantes. En este trabajo se pretende exponer la forma en que el Derecho Penal actúa para prevenir y castigar estos actos violentos, sin olvidar, eso sí, la importancia de abordar el problema desde una perspectiva multidisciplinar.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal; violencia familiar; violencia contra las mujeres.

ABSTRACT

Nowadays, family violence is one of the most important social problems. In fact, it's known that aggressions against women as family members cause several physical and psychological damages and, in some cases, the victim's death. In Spain, family violence against women is also an usual problem. In this article, I explain the way to try to avoid these aggressions and the way Spanish criminal law acts against them.

KEY WORDS: Criminal law; family violence; violence against women.

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El presente trabajo se ocupará básicamente del análisis de la violencia doméstica ejercida contra las mujeres.

Dos son pues los elementos que integran este objeto de estudio y que hemos de definir: la violencia ejercida contra las mujeres y la violencia doméstica. La primera se caracteriza por estar formada por todo acto violento basado en la pertenencia a este sexo que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las víctimas, incluyendo las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad de las mujeres, ya se produzcan en la vida pública o en la privada³.

Sin embargo, no podemos centrar el objeto de estudio en todo el ámbito referido a las agresiones de las que puede ser víctima una mujer, pues no cabe duda



de que la violencia contra las mujeres puede manifestarse de múltiples formas. Tal es el caso del acoso sexual en el trabajo o de las agresiones sexuales en general.

Ello nos conduce al segundo aspecto al que hacíamos referencia al delimitar el objeto de este análisis: el concepto de violencia familiar. Ésta se define como la realización de actos violentos por una persona que desempeña un papel marital, sexual, parental o de cuidados hacia otro con roles recíprocos⁴. Dicha forma de violencia implica cualquier acto atentatorio contra la víctima, incluyendo la violencia emocional o psicológica, que afecta enormemente al autoconcepto del individuo⁵. Pero tampoco serán objeto de este estudio todos los actos violentos que se realicen en el ámbito familiar. En particular, se excluirán aquellos actos que hasta el momento no son mayoritarios y no parecen revestir el carácter habitual que requiere el tipo penal de los malos tratos: las agresiones entre parejas homosexuales (cuyo número real se desconoce)⁶ y las cometidas por mujeres contra hombres.

Precisado ya el objeto de estudio, corresponde ahora concretar el término más adecuado para hacer referencia a este tipo de conductas.

Atendiendo al género femenino propio de la mayoría de las víctimas, se ha empleado el concepto de *violencia de género*⁷. Sin embargo, de acuerdo con la delimitación del objeto de estudio que hemos efectuado, este concepto no es válido, puesto que asumirlo supondría tanto como hacer referencia a un aspecto parcial del problema, obviando que éste se caracteriza no sólo por el ejercicio de actos violentos contra las mujeres sino también por el ámbito en que tienen lugar: la familia.

¹ Este trabajo es una versión resumida del que, bajo el título *La violencia habitual en el ámbito familiar. Aspectos penales y criminológicos*, obtuvo el Premio de Estudios Jurídicos «Francisco Tomás y Valiente» en enero de 2001.

² Becaria de investigación del área de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna.

³ Definición dada en la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Naciones Unidas, Viena, 1993) en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia sobre las mujeres* (resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, artículo 1). En la *IV Conferencia Mundial sobre las mujeres celebrada en Pekín* en 1995 se definió, de manera similar, como «todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual o psicológica, incluyendo las amenazas, la coacción y la privación arbitraria de libertad para las mujeres, ya se produzcan en la vida pública o en la privada».

⁴ GANZENMÜLLER ROIG, C. y otros: *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, ed. Bosch, 1999, p. 38.

⁵ STITH, WILLIAMS y ROSEN: *Psicosociología de la violencia en el hogar*, ed. Desclee de Brower S.A, Bilbao, 1992, p. 27.

⁶ Medina Ariza indica que el problema fundamental que concurre a la hora de estudiar la violencia doméstica en las parejas homosexuales es la escasez de datos y estudios sobre el tema, lo que conlleva la dificultad de no poder determinar con exactitud si los resultados obtenidos son o no representativos de la violencia de este colectivo en sus relaciones de pareja. Vid.: MEDINA ARIZA, J.J.: *Violencia contra la mujer en la pareja. Investigación comparada y situación en España*. Tesis doctoral inédita, pp. 215 a 218; Diario EL MUNDO, edición de 19 de febrero de 1998.

⁷ DEBÉN ALFONSO, M.: *El derecho como instrumento para combatir la violencia contra las mujeres: opciones y precio*. En *Protección jurídico penal de la mujer maltratada*, ed. Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña, 2000, p. 155.

Por las mismas razones hemos de rechazar otra definición que se ha ensayado y es la que conceptúa estas agresiones como *abusos conyugales o en la pareja*⁸. En este caso, únicamente se hace referencia al ámbito concreto en que tienen lugar las agresiones pero no se menciona a la mujer como víctima mayoritaria de las mismas.

Por todo ello, es necesario emplear una definición que haga referencia a los dos aspectos que conforman el objeto de estudio: al género femenino propio de la mayoría de las víctimas y al hecho de que las agresiones se realicen en tanto en cuanto aquéllas mantienen una relación de pareja con el agresor. De ahí que la manera más correcta de referirse al problema sea precisando no sólo el contexto en que se produce el comportamiento agresivo (el entorno familiar o doméstico) sino también la identidad de la víctima (la mujer), entendiendo que estas conductas constituyen actos de *violencia doméstica contra las mujeres*⁹.

Antes de finalizar esta introducción resulta importante precisar que el problema de la violencia doméstica contra las mujeres posee un marcado carácter interdisciplinar: el Derecho, y en concreto el Derecho penal, no puede convertirse en el único medio de lucha contra estas conductas, puesto que se rige por dos principios ineludibles, el de intervención mínima y el de subsidiariedad, que le convierten en «ultima ratio» del Ordenamiento Jurídico. Por eso coexisten otras fórmulas de prevención, control y solución (en la medida de lo posible) que atienden igualmente a las características socioculturales del problema¹⁰.

II. MANIFESTACIÓN DE LAS CONDUCTAS VIOLENTAS

Entre las diversas clasificaciones que se han ensayado para agrupar los actos de manifestación de las conductas violentas contra las mujeres, tal vez una de las más exhaustivas sea la propuesta por el Consejo de Europa¹¹. Este organismo distingue¹² entre violencia física, que es la consistente en la realización de abusos físicos sobre la mujer; violencia sexual, entendida como cualquier actividad sexual no con-

⁸ MEDINA ARIZA, J.J.: *Violencia contra la mujer...*, *ob.cit.*, p. 37; STITH y otros: *Psicosociología de la violencia...* *ob. cit.*, p. 27

⁹ MEDINA ARIZA, J.J. titula su tesis doctoral inédita «Violencia contra la mujer en la pareja», como precisión del concepto «violencia doméstica» del estilo de la que proponemos.

¹⁰ En cuanto al carácter multidisciplinar del problema, algunos investigadores sugieren que aquellos que toman como perspectivas las normas culturales son demasiado «*políticos*» en su trabajo y no usan métodos científicos apropiados, mientras que otros entienden que los que emplean métodos básicamente científicos han reinsertado el problema de la violencia doméstica dentro del conjunto de «*desgracias personales*» de un sujeto (al tratarlo como una enfermedad, por ejemplo). Vid.: BRADLEY, R. y DAVIS, K.: *Social responsibility and violence*. En *Multidisciplinary perspectives on family violence*, coordinado por Renate Klein, ed. Routledge, 1998, p. 206.

¹¹ Información obtenida en el sitio web de la Comisión Europea, <http://www.europa.eu.int>.

¹² También el Instituto de la Mujer. Vid.: *Informe sobre la violencia contra las mujeres*, Madrid, 1997, p. 7.





sentida; violencia psicológica, caracterizada por chistes, bromas, comentarios discriminatorios, amenazas, desprecio, intimidación o aislamiento; violencia económica, consistente en la desigualdad en el acceso a los recursos compartidos; violencia estructural, relacionada con la violencia económica, pero que incluye, además, barreras invisibles para la realización de las opciones potenciales y de los derechos básicos¹³ y violencia espiritual, que consiste en erosionar o destruir las creencias culturales o religiosas de una mujer a través del ridículo o del castigo o bien en obligarla a que acepte determinadas creencias que le son impuestas.

Las características propias que presentan unas y otras formas de violencia no obstan para que exista un patrón común, por así decirlo, en la aparición de los episodios violentos. Es lo que se ha denominado el *ciclo de la violencia*¹⁴, que puede transcurrir durante un breve espacio de tiempo o bien prolongarse durante años¹⁵. Este ciclo está integrado por tres fases: fase de tensión, en la que aparecen los primeros ataques del hombre; fase de agresión, en la que el hombre agrede a la mujer descargando la tensión acumulada en la fase anterior; y fase de reconciliación, en la que la mujer es sorprendida por muestras de arrepentimiento de su compañero y le perdona, quedando inevitablemente atrapada en una red (la de la violencia), puesto que el proceso volverá, probablemente a repetirse¹⁶. La manera en que la mujer puede interrumpir este ciclo de violencia consiste en denunciar a su agresor, pero este acto resulta difícil para ella y muchas veces contradictorio por diversos motivos¹⁷, entre los que podemos citar la escasa información que muchas mujeres tienen sobre sus derechos y la forma de hacerlos valer o la dependencia económica de la mujer y sus hijos respecto del hombre.

III. PERFIL DEL AGRESOR Y LA VÍCTIMA

Aunque es imposible establecer un perfil único de los agresores y sus víctimas, existe una serie de notas que generalmente les caracterizan. Respecto de los agresores, algunas de las más importantes son las siguientes¹⁸:

¹³ MEDINA ARIZA, J.J.: *Violencia contra la mujer...*, *ob. cit.*, p. 33.

¹⁴ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 263 a 265; FURELOS TORAL, M.T.: *Los malos tratos a mujeres en el seno de la familia: aspectos penales*. En *Protección jurídico penal de la mujer maltratada...* *ob. cit.*, p. 136.; MEDINA ARIZA, J.J.: *Violencia contra la mujer...*, *ob. cit.*, pp. 104 a 112.

¹⁵ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio...*, *ob. cit.*, p. 264.

¹⁶ FURELOS TORAL, M.T.: *Los malos tratos a mujeres...* En *Protección jurídico penal de la mujer maltratada...*, *ob. cit.*, p. 136.

¹⁷ Instituto Canario de la Mujer: *Violencia contra las mujeres: propuestas de acción para erradicarla*, 1998, p. 13.

¹⁸ GANZENMÜLLER ROIG, C.: *La violencia doméstica...*, *ob. cit.*, pp. 98 a 107. MEDINA ARIZA, J.J.: *Violencia contra la mujer...*, *ob. cit.*, pp. 224 a 230. GRANDE BAUS, J. y otros: *Claves para la detección del maltrato y/o agresión sexual en mujeres*, en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar:*

Normalmente, proceden de familias donde han existido malos tratos; su autoestima es muy baja y está unida a sentimientos de dependencia e inseguridad; sufren aislamiento emocional por temor a mostrarse débiles; modifican las situaciones, de manera que trasladan su problema a los demás; sufren celos infundados¹⁹ y manifiestan actitudes posesivas.

Al igual que ocurre con los agresores, las víctimas muestran una serie de características personales comunes:

Normalmente son poco comunicativas, no suelen expresar sus opiniones ni en público ni en privado ante su pareja, fundamentalmente por temor a la agresión; su autoestima es muy baja, suelen creer que no «valen para nada» o que no «son nada» sin sus parejas e incluso justifican la agresión²⁰; tienen tendencias depresivas (que en ocasiones, se convierten en tendencias suicidas); tienen escasas relaciones sociales; carecen de recursos económicos propios o el acceso a los mismos está limitado y generan sentimientos de culpa²¹.

IV. LA LEY ORGÁNICA 14/1999, DE 9 DE JUNIO

La gran preocupación social ante las agresiones en el seno familiar, unida a la deficiente regulación del Código Penal de 1995 al respecto, motivaron que el legislador optara por una reforma en profundidad tanto del texto punitivo como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las principales innovaciones contenidas en la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se agrupan en dos grandes bloques: a) En cuanto al *Código Penal*, se modifican los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 132, 153, 617 y 620; y, b) en cuanto a la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se reforman los artículos 13, 14.1, 103, 104, 109, 448, 455, 544 bis, 707 y 713. En dichas reformas se contienen las novedades que se detallan a continuación.

IV.1. MODIFICACIONES EN EL CÓDIGO PENAL

A) MODIFICACIONES EN CUANTO AL DELITO

En el actual artículo 153 del Código Penal se tipifica, de forma específica, la *violencia psíquica* ejercida con carácter habitual sobre las *personas más cercanas*, es decir, contra el cónyuge o ex-cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada

tratamiento jurídico y psicosocial: LO 14/1999 de Protección a las víctimas de malos tratos. Ed. Colex e ICSE, 1999, p. 167 y ss.

¹⁹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio...*, *ob. cit.*, p. 247.

²⁰ GANZENMÜLLER ROIG, C. y otros: *La violencia doméstica...*, *ob. cit.*, p. 45.

²¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio...*, *ob. cit.*, p. 255.



al agresor 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. Se mantiene la tipificación de la *violencia física* ejercida con carácter habitual sobre los sujetos citados y *se define la habitualidad* en el maltrato, tanto físico como psíquico que, conforme a la nueva redacción, concurrirá cuando haya reiteración en la conducta sin necesidad de que exista sentencia judicial en procesos anteriores.

Por su parte, las faltas del artículo 620 del Código Penal, cuando el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 153, han dejado de ser faltas de carácter semipúblico para ser consideradas como *faltas públicas* (puesto que podrán ser perseguidas sin necesidad de denuncia, nuevo párrafo final del artículo 620 del Código Penal y nuevo artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), salvo en el caso de las injurias leves, que continúan necesitando denuncia para su persecución. Además, se adecua la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima²².

B) MODIFICACIONES EN MATERIA DE PENAS

En este punto, se da nueva redacción a la letra f) del artículo 39 del Código Penal. La modificación consiste en añadir a la pena anteriormente existente, que consistía en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de acercarse a o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares o personas que el Juez o Tribunal determinen. Como consecuencia de esta reforma, se modifican los artículos 48 y 57 del Código Penal. Así, en el artículo 48 se introduce, como pena privativa de derechos, la prohibición al penado de acercarse o comunicarse con la víctima, sus familiares o personas que el Juez o Tribunal determinen. Por su parte, en el artículo 57, y entre el catálogo de penas accesorias, se introduce la consistente en la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima, familiares u otras personas designadas por el Juez o Tribunal, así como la prohibición de volver al lugar de comisión del delito o al de residencia de la víctima, familiares u otras personas, siempre que el Juez o Tribunal así lo decidieran.

En la medida en que la reforma de los citados artículos 48 y 57 afecta a la *clasificación de las penas*, se modifican la letra g) del apartado 2 del artículo 33 (se introduce como pena *grave*, además de la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a tres años, ya contemplada en la redacción anterior, la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares o personas que el Juez o Tribunal determinen), la letra f) del

²² Esta modificación se refiere a la adecuación económica de la pena de multa cuando su imposición pudiera provocar perjuicios económicos para la víctima o sus familiares.

apartado 3 del artículo 33 (que introduce como pena *menos grave*, además de la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo de seis meses a tres años, ya contemplada en la redacción anterior, la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares o personas que el Juez o Tribunal determinen), y se añade una letra b) bis al apartado 4 del artículo 33, en el sentido de considerar como pena *leve* la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos así como la prohibición de acercarse a o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares o personas que el Juez o Tribunal determinen por tiempo inferior a seis meses.

Asimismo, se han ampliado las *reglas de conducta* susceptibles de ser impuestas por el Juez en los supuestos de concesión de la suspensión condicional de penas de prisión, incluyendo, en el artículo 83.1 bis) la medida cautelar consistente en la «...prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos».

Por último, en cuanto a las medidas de seguridad, se reforma el artículo 105 para incluir, en la letra g) del apartado 1 de dicho precepto, la medida consistente en la «...prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos». De esta manera se contempla la posibilidad de impedir el acercamiento a la víctima o a sus familiares como una de las reglas de conducta que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede imponer al decretar la libertad condicional, en virtud de la remisión que el artículo 90.2 del Código Penal hace al artículo 105.

C) MODIFICACIONES EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN

La prescripción también ha sufrido alguna modificación importante con el nuevo texto. En concreto, se ha dado nueva redacción al apartado 1 del artículo 132 en relación con el inicio del cómputo de la prescripción del delito cuando la víctima fuera menor de edad, para corregir un defecto originado por la reforma de este mismo precepto operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril²³. En este

²³ La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VII del Libro II del Código Penal (BOE núm. 104 de 1 de mayo de 1999) modificaba el plazo de prescripción de determinados delitos (entre ellos, el de malos tratos.) Así, cuando la víctima fuere menor de edad se retrasaría el inicio del cómputo del plazo hasta que cumpliera la mayoría de edad y, en caso de fallecimiento, se comenzaría a computar desde este momento. Pero la redacción del precepto planteó dos problemas: en primer lugar, hacía referencia al delito de homicidio y no a la tentativa del mismo, de manera que invalidaba la aplicación del inciso relativo al inicio del cómputo del plazo una vez fallecida la víctima. Por otra parte, el catálogo de delitos afectados por la modificación del plazo quedó incompleto. Por ello el legislador reformó de nuevo este inciso con la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, mediante la cual no sólo amplió el catálogo de delitos afectados por la modificación del plazo de prescripción sino que corrigió la referencia al homicidio sustituyéndola por la «tentativa de homicidio».



sentido, en caso de minoría de edad de la víctima, se aplazará el inicio del cómputo del plazo de prescripción del delito al momento en que alcance la mayoría de edad, y si falleciera antes, al momento de su fallecimiento.

IV.2. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

A) La reforma de los artículos 13, 544 bis y 109 trata de facilitar la «inmediata protección de la víctima de determinados delitos» (los del artículo 57 del Código Penal). De este modo se instaura en nuestro ordenamiento «una nueva medida cautelar de carácter personal» que tiene como principal finalidad la de protección a la víctima, y que consiste en posibilitar que el Juez o Tribunal imponga cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas (artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por otro lado, y junto con los derechos ya reconocidos anteriormente al ofendido, se establece que «...en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad» (artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, último párrafo).

B) La nueva reforma del apartado 1 del artículo 14 (ya había sido reformado por la Ley 36/1998, de 10 de noviembre con el fin de adecuar sus disposiciones al Código Penal de 1995), pretende obtener una mejor «distribución de la competencia para el conocimiento de las faltas», repartiendo la misma entre los Juzgados de Paz y los Juzgados de Instrucción. La nueva redacción del precepto establece que «para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, será competente el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido. También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620.1 y 2, del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 153 del mismo Código». De esta manera, y pese a determinarse expresamente la competencia del Juez de Paz para conocer de las faltas de amenazas, coacciones e injurias leves contenidas en los dos primeros números del artículo 620 del Código Penal, se precisa que, en el caso de que el agraviado por alguna de estas conductas fuera alguno de los sujetos mencionados en el artículo 153 del Código Penal, es decir, cuando los hechos se vinculen a la violencia doméstica, la competencia se atribuirá al Juzgado de Instrucción correspondiente.

C) Con el fin de permitir la «persecución de oficios de las faltas de malos tratos» se reforma el artículo 104, eliminando, al mismo tiempo, la obsoleta referencia que se contenía en el mismo sobre la desobediencia de las mujeres respecto de

sus maridos o de los hijos respecto de los padres que, pese a su inaplicación, se contenía aún en el texto²⁴.

En lo que respecta al artículo 103 se pretende adecuar su redacción al Código Penal de 1995²⁵. En consecuencia, se suprime la mención del ejercicio de acciones penales por los delitos de amancebamiento y adulterio, puesto que son inexistentes en el Código vigente, dejando únicamente la referencia al delito de bigamia.

D) Finalmente la reforma de los artículos 455, 448, 707 y 713 pretende reducir en la medida de lo posible las «consecuencias que puede tener para la víctima o los testigos menores de edad el desarrollo del proceso», otorgando la cobertura legal necesaria para que, en las declaraciones testificales y careos que tengan lugar durante el proceso, no se produzca la confrontación visual entre las víctimas y el procesado permitiendo, incluso, la utilización de medios audiovisuales para tal fin.

V. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y NATURALEZA DEL DELITO

Existe una gran discusión doctrinal en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido por este delito. Así, podemos encontrar opiniones según las cuales lo que se protege con este precepto es la integridad física y psíquica de las víctimas²⁶

²⁴ Con anterioridad a esta reforma, el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal disponía que las faltas a las que hacía referencia el precepto, entre las que se incluían las de malos tratos infligidos por los maridos a sus mujeres, la desobediencia y maltrato de éstas hacia aquéllos y las faltas de respeto y sumisión de los hijos hacia los padres, únicamente podían ser perseguidas por los ofendidos o sus representantes. Como se ve, pese a la vigencia de la Constitución Española y a las modificaciones del Código Penal despenalizando algunas de estas conductas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal todavía las contemplaba en su texto.

²⁵ El artículo 103 queda redactado de la forma siguiente:

Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos y por el delito de bigamia.

Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.

²⁶ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *El homicidio...*, ob. cit., p. 526; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares. Nueva Regulación*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000 p. 42; GRACIA MARTÍN, L.: *El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995*, AR, 1996, p. 585; el mismo: *Comentarios del artículo 153 del Código Penal*. En DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN y LAURENZO COPELLO: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, 1*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 423; LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal español, Parte Especial*, ed. Tecnos, 1996, p. 72; MAQUEDA ABREU, M.L.: *La Violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma*. En *Protección Jurídico-penal de la mujer maltratada...*, ob. cit., p. 127; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 106; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español, Parte Especial*, J.M. Bosch Editor, 1996, p. 57; RODRÍGUEZ RAMOS, COBOS GÓMEZ DE LINARES y SÁNCHEZ TOMÁS: *Derecho Penal, Parte Especial, 1*, Servicio de Publicaciones de la Universi-



o su salud. Otros, sin embargo, consideran que se protege la dignidad²⁷ y/o seguridad de las personas²⁸ y el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes²⁹ y hay quienes entienden, en fin, que se trata de un delito pluriofensivo³⁰, y que, en consecuencia, protege no sólo la dignidad y seguridad, sino también otros bienes jurídicos tales como el equilibrio físico y psíquico de la víctima, el bienestar del cónyuge, los menores y demás sujetos pasivos del delito.

Por mi parte, comparto la opinión mayoritaria según la cual el bien jurídico protegido en el artículo 153 es la integridad personal (física y psicológica) del afectado.

A esta conclusión tal vez se le podría formular una objeción por el hecho de que el tipo no exija la lesión de estos bienes jurídicos, bastando la realización de la acción típica para su consumación³¹. Pero ello se debe a que no estamos ante un delito de lesión³² sino ante un delito de peligro en el que su consumación no se hace

dad Complutense de Madrid, 1996, p. 80; SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en VVAA: *Comentarios al Código Penal de 1995* (artículo 153) ed. Comares, 1998, p. 986.

²⁷ Así, la STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ, 9036/1996) según la cual se protege «...la dignidad de la persona en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometido a trato degradante alguno».

²⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por G. Rodríguez Mourullo, ed. Civitas, 1997, p. 440.

²⁹ Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, según la cual se tutela, además de la vida, salud e integridad de las personas, «...otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse a los artículos 15 y 39 de la Constitución Española»; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, coordinados por Vives Antón, vol. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 801.

³⁰ Acale Sánchez considera, en cuanto al bien jurídico protegido, que «la relación de dependencia vital que se establece en el seno de la convivencia familiar, con las situaciones de inferioridad domésticamente creadas, con la potenciación de la inseguridad, del miedo, la minoración de la autoestima, la falta de tranquilidad, en definitiva, con las necesidades de un ámbito familiar en el que vivir y desarrollarse en el respeto a la dignidad de la persona en cuanto que tal y que impide el desarrollo integral, por un lado, de cada uno de los sujetos protegidos y, por otro, del colectivo, esto es, del grupo de personas que han de convivir en semejantes condiciones. De esta forma, la dignidad de la persona no se constituye en bien jurídico protegido pero sí las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar». Vid.: ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 133 y 134; CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: *El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación*, La Ley, 1991, p. 1.185; GONZÁLEZ RUS, J.J., en VVAA.: *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial, vol. I*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, ed. Marcial Pons, 1996, p. 169; ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos contra la integridad corporal y la salud*. En *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torio López*, Granada, p. 937; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 4º ed., Dykinson, Madrid, 1999, p. 113.

³¹ Así, Carbonell Mateu y Gonzalez Cussac, para quienes «ni la salud ni la integridad corporal son objeto de tutela por cuanto es perfectamente concebible la consumación del delito sin resultado lesivo alguno». CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios...*, ob. cit., p. 801.

³² En contra, CERVELLÓ DONDERIS, V.: *El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección*, Poder Judicial, 1994, p. 57; GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, ob. cit., p. 424;

depender del efectivo menoscabo de tales bienes jurídicos. Efectivamente, este resultado no se exige, puesto que el legislador ha adelantado la tutela de la integridad personal considerando suficiente su puesta en peligro. Sin duda, el adelantamiento de la tutela se justifica por la frecuencia de estas conductas en la sociedad y la experiencia demostrada de su alta peligrosidad.

Hechas estas matizaciones corresponde determinar ahora si se trata de un delito de peligro concreto o abstracto.

Mientras que el delito de peligro concreto se caracteriza por la existencia de un resultado sobre el bien jurídico protegido (aunque no se manifieste externamente), los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque en ellos la protección del bien jurídico se adelanta hasta un punto en que no es preciso que éste entre en contacto efectivo con la acción³³. Es por ello que los delitos de peligro abstracto, si bien no exigen la concurrencia de un resultado estructural, sí presuponen una cierta vinculación con el bien jurídico protegido, de manera que se puede decir que contienen un «desvalor potencial del resultado»³⁴.

En mi opinión, el tipo de violencia habitual contra la mujer en el seno familiar es un delito de *peligro concreto*³⁵, por los argumentos que expongo a continuación.

En primer lugar, el delito exige el ejercicio de actos de violencia, lo que supone ya, sin duda alguna, que los bienes jurídicos tutelados entren en contacto con la acción peligrosa, o lo que es lo mismo, que se encuentran expuestos a un riesgo de lesión no controlable³⁶.

En segundo lugar, esa inmediatez entre acción peligrosa (típica) y resultado de lesión (posible, aunque no exigido por el tipo) se hace más patente por la exigencia de habitualidad, ya que la frecuencia de actos violentos aumenta notablemente el riesgo de lesión y, por tanto, añade cercanía e incontrolabilidad a la acción³⁷.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: *Las violencias en el ámbito familiar*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 4, 1994, p. 630. También Acale Sánchez, quien partiendo de su personal consideración del bien jurídico, (vid. *supra* nota 30) entiende que se trata de un delito de resultado. Vid.: ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 145.

³³ Sobre el concepto de peligro, vid.: CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español, Parte General, vol. II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., 1998, Tecnos, p. 111 y ss.; TORIO LÓPEZ, A.: *Los delitos de peligro hipotético*, ADPCR, 1981, p. 827 y ss.

³⁴ LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 182.

³⁵ También, entre otros, LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal, PE...*, *ob. cit.*, p. 81.

³⁶ En este sentido, CEREZO DOMÍNGEZ, A.I.: *El homicidio...*, *ob. cit.*, p. 528; En contra, GRACIA MARTÍN, L.: *El delito y la falta de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 585; el mismo, *Comentarios al...*, *ob. cit.*, p. 423.

³⁷ LAURENZO COPELLO, P.: *Dolo y conocimiento*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 300.



VI. EXAMEN DE LA CONDUCTA TÍPICA

VI.1. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL DELITO

En cuanto al sujeto activo de la conducta, hemos de decir que el artículo 153 del Código Penal se configura como un *delito especial*, esto es, un tipo que para su realización precisa que se mantenga con la víctima una de las relaciones que el propio precepto enumera, y que circunscriben tanto al sujeto activo como al pasivo al ámbito de las relaciones familiares. Por tanto, se trata, además, de un *delito especial propio*³⁸. En este sentido, el tipo requiere que exista una relación matrimonial o análoga al matrimonio, actual o pasada; una relación de filiación o bien que la víctima sea hijo del cónyuge o conviviente o una relación de ascendencia familiar o guarda, tutela, curatela o acogimiento de un menor o incapaz.

El requisito de la convivencia ha suscitado importantes dudas por cuanto se ha planteado si es necesario que exista en el momento en que se comete el delito o si basta con que haya existido con anterioridad. A mi modo de ver, la redacción del precepto permite su aplicación aun en casos en que no exista convivencia. Ello no plantea mayor problema en el caso de los cónyuges o convivientes, ya que el propio artículo 153 tipifica las agresiones entre los mismos cuando la vida en común ha cesado su convivencia. En cuanto a los restantes sujetos pasivos del delito, el mismo precepto recoge la posibilidad de que, no mediando convivencia, las agresiones entre parientes sean típicas siempre y cuando exista sujeción a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho.

Por lo que respecta a los sujetos pasivos, la primera indicación que hemos de realizar con relación a éstos es que con la reforma operada mediante la Ley Orgánica 14/1999 se ha logrado la adecuación entre el delito, contenido en el artículo 153 y la falta del artículo 617, de manera tal que ahora la falta cualificada (2º párrafo del artículo 617) se remite, en cuanto a los sujetos pasivos, a la relación contenida en el artículo 153.

La enumeración de sujetos pasivos del delito no difiere en exceso de la ya contenida en el artículo 153 en el momento de promulgación del Código Penal. En efecto, en el texto primitivo también se incluía al cónyuge o persona ligada al autor por análoga relación de afectividad, a los descendientes, ascendientes y sometidos a patria potestad, tutela, curatela o guarda. No se incluía, sin embargo, y es una importante novedad, a quienes hubieran estado vinculados por cualquier relación de pareja mediando convivencia en el pasado³⁹. Tampoco se incluía las situaciones de acogimiento familiar ni a los hijos o pupilos del conviviente.

³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 150; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 801; GRACIA MARTÍN, L.: *El delito y la falta de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 594; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español...*, *ob. cit.*, p. 82. ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 939.

³⁹ Esto excluye, por tanto, las relaciones de noviazgo en las que, pese a existir un vínculo sentimental, no concurre la situación de convivencia necesaria para aplicar el tipo. Vid., *STS 11 de*

Por otra parte, aunque la promulgación del Código Penal de 1995 trajo consigo modificaciones respecto del texto anterior, en ninguno de los textos penales que han tipificado la violencia doméstica se ha incluido a los hermanos, ni como sujeto activo ni como sujeto pasivo, algo que ha sido criticado en diversas ocasiones por la doctrina⁴⁰.

VI.2. LA CONDUCTA TÍPICA

Dado que la Ley Orgánica 14/1999 ha introducido la violencia psicológica como medio comisivo, resulta que la conducta típica consiste ahora en el ejercicio habitual de actos violentos de carácter físico o psíquico. El verbo típico (*ejercer*) ha sido interpretado en gran medida por la doctrina como un verbo eminentemente *activo*, lo que a juicio de alguno autores que así opinan impide su comisión por omisión⁴¹.

mayo de 1995 (RJ 36425/1995). Otro problema que plantea la redacción del tipo es el inciso «...quien sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad». En cuanto a la situación conyugal, sólo se deja de ser cónyuge cuando se obtiene la sentencia de divorcio (artículo 85 del Código Civil, dejando a salvo, claro está, los supuestos de fallecimiento del cónyuge o bien los casos de nulidad matrimonial, que no es un caso de disolución), pero no con la presentación de la demanda de separación, la cual únicamente provoca la cesación de la vida en común de los cónyuges y otros efectos relacionados con la potestad doméstica (artículo 83 del Código Civil). En cuanto a las parejas no casadas, es importante distinguir entre aquellas sometidas a Derecho Foral y aquellas que no lo están. Así, por ejemplo, en Cataluña y Aragón las Leyes aplicables a las parejas de hecho no casadas recogen la posibilidad de que éstas formalicen su unión mediante escritura pública, obligándolas, en caso de cesación de la convivencia, a dejar la misma sin efecto (ley 10/1998 de 15 de julio y Ley 6/1999 de 26 de marzo, respectivamente.) Por tanto, mientras estas parejas no dejen sin efecto la citada escritura pública, seguirán estando vinculadas. En cualquier caso, en este supuesto operaría el inciso relativo al cese de la convivencia recogido en el artículo 153 del Código Penal. Vid. CAPOTE PÉREZ, L.: *Las parejas no casadas en el Derecho de Cataluña y Aragón*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, núm. 17, año 2000.

⁴⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 162; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares...*, *ob. cit.*, p. 98; CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: *El nuevo artículo 425...*, *ob. cit.*, p. 1.185.

⁴¹ CUELLO CONTRERAS, J.: *El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad*, PJ, 1993, p. 12; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 46. En contra, ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 938 y GRACIA MARTÍN, para este último es posible admitir las modalidades omisivas en el sentido de «no impedir, pudiendo hacerlo, que una fuerza física actúe en el cuerpo de otro, lo que puede ser entendido también, por lo tanto, como realización de esa fuerza o como hacerla actuar sobre el cuerpo de la víctima por el omitente, si éste tenía el dominio de aquella». GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 465. El artículo 11 del Código Penal dispone que se equiparará la omisión a la acción cuando la no evitación de un resultado al infringir un especial deber del autor equivalga a su causación (*criterio de la equivalencia*, que la doctrina ha entendido que debe ser estructural y material, vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión: concepto y sistema*, ed. Bosch, 1986, p. 368 y



Sin embargo, mi concepción de la naturaleza de este delito como de peligro concreto permite la aplicación del criterio de equivalencia del artículo 11 y posibilita, por tanto, la realización de la acción típica en comisión por omisión.

Por otro lado, el concepto de «violencia psíquica» plantea importantes problemas, puesto que es totalmente novedoso en el Derecho Penal. En efecto, si bien existen otras referencias a la salud mental en el texto punitivo, como puede ser la protección expresa frente a su menoscabo mediante la aplicación de los tipos de lesiones, no existe ninguna definición de lo que deba entenderse por «violencia psíquica» y, dado lo reciente de la reforma, tampoco existe jurisprudencia que interprete este concepto. En cualquier caso, la doctrina ya lo ha aclarado, precisando, además, como bien indica CORTÉS BECHIARELLI, que la técnica del legislador penal no ha sido todo lo correcta que debiera, puesto que en realidad el acto que se ejerce o realiza no es psíquico: lo que es psíquico, o mejor dicho, menoscaba la integridad psíquica es el resultado que esa acción genera. De esta manera, es correcto entender que serán aptos para considerar realizado el tipo con esta modalidad comisiva todos los actos que sean idóneos para producir, de manera constatada, un menoscabo en la integridad psíquica del sujeto⁴².

ss.) y siempre que el autor se encontrara en una posición de garante respecto del bien jurídico protegido o bien, con su actuar precedente, hubiera situado al mismo en una posición de riesgo. Existe una polémica doctrinal acerca de si el término « resultado» que se emplea en el citado precepto debe entenderse en el sentido físico (como resultado material, separado en el tiempo y en el espacio de la conducta típica) o bien debe interpretarse en un sentido jurídico (como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), en cuyo caso permitiría incluir en el ámbito de aplicación del precepto no sólo a los delitos de lesión y peligro concreto sino también a los de peligro abstracto. Vid.: SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales*, J.M. Bosch Editor, 1997, p. 74. En mi opinión, por lo que se refiere al delito de malos tratos habituales, esta forma de concebir la realización de la acción típica sólo es posible, aunque en la práctica sea improbable, si se configura el delito como de peligro concreto, pero no, como entiende Gracia Martín, si se parte de la idea de que se trata de un delito de peligro abstracto (vid. GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 424.). Como indica Silva Sánchez, J.M. si ya resulta complicada la fundamentación de la realización en comisión por omisión de delitos de resultado en los que la conducta típica aparece descrita tan sólo como creadora de un riesgo de producción de aquél (yo añadido, el caso de los delitos de peligro concreto), mucho más complicada se muestra su justificación en delitos que, por definición, exigen la realización de una actividad caracterizada de modo preciso en la ley, cuando dicha actividad no se ha llevado a cabo. Ello deriva de distintas circunstancias, cuya exposición sobrepasa en exceso el objeto de este trabajo, pero que pueden sintetizarse en la inadecuación estructural de la figura de la comisión por omisión a las características de este tipo de delitos, en los que no se requiere un resultado trascendente a la realización de la conducta típica. Vid.: SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión...*, *ob. cit.*, pp. 350 a 358.

⁴² En este sentido, Cortés Bechiarelli, partiendo de su consideración el bien jurídico como la integridad personal del sujeto pasivo, considera que puede emplearse como indicativo el criterio de determinación de la salud psíquica o mental propio del delito de lesiones. Vid., CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares...*, *ob. cit.*, pp. 55 a 62.

VI.3. LA HABITUALIDAD DE LA CONDUCTA

Sin duda, la determinación de lo que debe entenderse por habitualidad de la conducta agresiva ha sido, y sigue siendo, uno de los mayores problemas en la interpretación del tipo. La Ley Orgánica 14/1999 ha intentado salvarlo mediante la inclusión de un segundo párrafo en el artículo 153 con el que pretende explicar qué debe entenderse por habitualidad a los efectos de esta conducta, inciso que si bien consigue plasmar en el derecho positivo una explicación que era patrocinada por algún sector doctrinal y jurisprudencial, no consigue resolver las dudas que ya existían y siguen existiendo, en particular, si es realmente necesario un número determinado de conductas agresivas para apreciar la existencia de la habitualidad. Lo cierto es que, pese a sus defectos, ésta es la primera vez que se introduce en el precepto dedicado al castigo del maltrato familiar una definición de la «habitualidad».

Ya desde su Circular 2/1990 la Fiscalía General del Estado indicaba que la interpretación adecuada de la habitualidad en esta conducta debía ser de carácter «naturalístico» *consistente en la repetición, por el sujeto activo, de actos de violencia física (hoy añadiríamos también, psíquica) con o sin resultado lesivo*. Igualmente, la doctrina optó por este concepto naturalístico⁴³, que conlleva, necesariamente, su distinción de la reincidencia y del denominado «delito de hábito».

La circunstancia agravante de reincidencia, según el artículo 22.8, 2º párrafo del Código Penal, requiere que, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza. Por tanto, requiere una condena previa del sujeto activo. En el caso de la habitualidad del artículo 153 no se precisa esta condena previa, sino la concurrencia de varios actos cercanos en el tiempo. Por tanto, se trata de conceptos totalmente diferentes.

Por lo que se refiere al «delito habitual» se entiende por tal el que requiere la repetición de actos en una conexión objetiva tal que pueda hablarse de hábito. Hasta ese momento (el de la concurrencia de los distintos actos) el delito no se consuma⁴⁴. En opinión de QUINTERO OLIVARES, el delito de malos tratos no constituye un delito de hábito porque éste se caracteriza por el hecho de que las distintas infracciones que lo conforman son atípicas, de manera que únicamente se castiga la totalidad de ellas en la medida en que se convierten en un hábito del autor. Y dado que las distintas infracciones que dan lugar al delito de violencia habitual sí pueden ser típicas individualmente consideradas (pueden constituir una falta de malos tratos, por ejemplo) no

⁴³ ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos...*, ob. cit., p. 106; CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares...*, ob. cit., p. 62; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de malos tratos...* ob. cit., p. 68. GRACIA MARTÍN, L.: *El delito y la falta de malos tratos...*, ob. cit., p. 595; el mismo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 456; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, PE...*, ob. cit., pp. 122 y 123.

⁴⁴ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 5ª ed., 1998, p. 204.



puede entenderse que se incluya en esta clase de delitos⁴⁵. GRACIA MARTÍN, sin embargo, considera que las infracciones requeridas por el tipo, individualmente consideradas, son atípicas, lo que le lleva a concluir que sí se trata de un delito de hábito⁴⁶.

La aplicación del artículo 94 del Código Penal al caso ha sido igualmente polémica. Este precepto trata de la consideración de reos habituales e indica que serán considerados como tales aquellos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años y hubieren sido condenados por ellos⁴⁷. Dado que el artículo 153 habla de habitualidad en la conducta delictiva, se ha suscitado un debate sobre si ésta se predica del autor, en cuyo caso entrarían en juego las reglas del artículo 94, o simplemente se refiere a la reiteración de conductas delictivas. En general, la doctrina se ha decantado por considerar que los criterios del artículo 94 no son trasladables al delito de malos tratos, por más que la definición de habitualidad de este último contenga todos los elementos de la noción de reo habitual del artículo 94 (reiteración de las conductas, breve espacio de tiempo entre ellas y la posible existencia de enjuiciamiento o condena previa)⁴⁸.

También se ha pronunciado en sentido negativo la Fiscalía General del Estado, según la cual el concepto del artículo 94 opera sólo a efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras. La misma Fiscalía destaca, además, el hecho de que la habitualidad del artículo 153 no califica al sujeto activo, como sí hace el artículo 94 al hablar de reo habitual, sino a la conducta, que se realiza de manera constante en el tiempo⁴⁹.

Sin embargo, en la práctica, y con anterioridad a la reforma de 1999, los Tribunales venían aplicando un concepto de habitualidad, si no coincidente, sí inspirado en el de reo habitual del artículo 94⁵⁰, línea interpretativa que también se

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989 de 21 de junio*, ADPCP, 1989, p. 937.

⁴⁶ GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, ob. cit., p. 457.

⁴⁷ Se trata, por lo tanto, de un concepto normativo. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos...*, ob. cit., p. 108 y nota 102.

⁴⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares...*, ob. cit., p. 63; GRACIA MARTÍN, L.: *El delito y la falta de malos tratos...*, ob. cit., p. 595; GONZÁLEZ RUS, J.J., en VVAA: *Curso de Derecho Penal... dirigido por Cobo del Rosal...*, ob. cit., p. 170; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal, PE...*, ob. cit., p. 138; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Comentarios... dirigidos por Rodríguez Mourullo...*, ob. cit., p. 440. Algunos autores, sin embargo, han entendido que el concepto puede trasladarse, al menos parcialmente. Es la opinión, v. gr., de Tamarit Sumalla, para quien «aun no siendo lo establecido en el artículo 94 directamente aplicable, por expresa indicación legal, a este tipo de delitos, representa el mejor criterio posible para garantizar una aplicación de la misma respetuosa con la garantía de la seguridad jurídica». Vid.: TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal, dirigidos por Quintero Olivares*, Aranzadi, 1996, pp. 101 y 102.

⁴⁹ Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁰ Así ocurre, v. gr., en distintas Sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales en las que se reconoce expresamente la necesidad de acreditar al menos tres actos violentos para



mantuvo en la *Primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar*⁵¹, celebrada en Madrid en marzo de 2000. En efecto, en el apartado IV de sus «Conclusiones», dedicado íntegramente a los aspectos sustantivos de la habitualidad, se sostiene (punto sexto) que «la comisión de uno o más actos violentos excluye la apreciación del artículo 153, que precisa, por exigencias jurisprudenciales, de, al menos, tres actos de violencia». Con todo, en el punto séptimo se matiza esta exigencia indicando que «es posible que la habitualidad se deduzca de la existencia de actos reiterados de violencia, pese a que la individualización y el relato pormenorizado y concreto se produzca respecto de uno o dos de tales actos, haciéndose referencia al resto de las violencias que componen la habitualidad con expresiones tales como «en múltiples ocasiones» o similares. Tales referencias genéricas deberán, no obstante, contener la expresión de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de tales violencias, pues sólo de esta manera será posible establecer su necesaria conexión con los restantes actos violentos perfectamente individualizados».

De la confrontación de estos dos puntos de las conclusiones del informe, así como de la Circular 1/1998 de la propia Fiscalía, es posible extraer una conclusión de interés: si bien se considera que son necesarios tres actos violentos para estimar aplicable el tipo, se admite su concurrencia si se ofrece un relato exacto y coherente en el momento de la prueba, aunque únicamente puedan acreditarse de manera fehaciente uno o dos actos violentos.

Ante tal criterio, cabe preguntarse, sin embargo, por qué insistir en un número determinado de actos (tres) cuando la propia Fiscalía reconoce que basta la prueba de uno sólo vinculado a otros conectados a él aunque no individualizados. No quiero decir con este razonamiento que deba aplicarse el tipo del artículo 153 cuando sólo existe un acto violento aunque se haya acreditado, puesto que, como ya hemos dicho, el tipo requiere la «habitualidad», concepto que excede la realización de un acto. Lo que planteo es por qué las conclusiones de la Fiscalía General del Estado continúan ancladas en la exigencia material de tres actos para estimar existente la habitualidad con independencia de que, a efectos procesales, se flexibilice su prueba. En definitiva: el concepto de «habitualidad» no tiene por qué concretarse en un número determinado de actos. Basta, como dice la ley, con que sean varios y exista entre ellos una cierta proximidad temporal.

Además, la línea interpretativa patrocinada por la Fiscalía General del Estado y por los fiscales encargados de los servicios de violencia familiar es realmente compleja, de manera que, de aplicarse estrictamente, difícilmente sería todo lo útil que se precisa. De hecho, en algunas sentencias más recientes, como la de 20 de

estimar existente el tipo. En ocasiones, se requiere demostrar la existencia de estos actos mediante la interposición de una denuncia, de manera que si la víctima no ha denunciado al menos en tres ocasiones a su agresor, no se entiende acreditada la habitualidad de la conducta. Así, v. gr., la Sentencia 5 de junio de 1998 de la AP de Gerona (RJ 2809/1998.)

⁵¹ *Vid.*: Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999.

enero de 1999 de la Audiencia Provincial de Madrid (RJ 283/99), a partir de una única denuncia, y sin que las fechas de las agresiones anteriores a la denunciada y tomadas en consideración para la aplicación del tipo pudieran concretarse, el Tribunal condenó al acusado como autor de este delito.

Este planteamiento es, a mi modo de ver, el más adecuado a la hora de examinar el concepto de *habitualidad* y su aplicación práctica. Ello por varias razones:

En primer lugar, porque ya hemos indicado que el tipo no exige en ningún momento que sean tres los actos cometidos para estimar existente la habitualidad⁵². Por eso, en mi opinión, la habitualidad podría enunciarse como la *existencia de más de un acto violento, es decir, como mínimo uno más aparte del que ha sido objeto de la denuncia que origina el proceso, con cierta conexión temporal, acreditados de cualquier forma válida en Derecho, y no sólo mediante sentencia condenatoria*. Con una interpretación en este sentido se mantiene intacto el requisito de la *habitualidad* como continuidad en la conducta y se facilita la aplicación del tipo al no requerir necesariamente sentencias condenatorias previas, manteniendo, por otra parte, las garantías del reo al exigir la acreditación de la existencia de los actos violentos por cualquier medio válido en Derecho (que normalmente consistirá en la declaración de testigos, pruebas radiográficas y la declaración contrastada de la víctima).

En segundo lugar, unos requisitos tan restrictivos no fomentan ni facilitan la denuncia de la víctima del maltrato, que ya de por sí resulta una decisión difícil de tomar. Asegurando a la víctima que sólo con la primera denuncia, y siempre que pueda demostrar (con pruebas de cargo suficientes) la preexistencia de los malos tratos, podrá seguirse un proceso por el delito del artículo 153 se puede incentivar, a mi entender, la denuncia por maltrato familiar⁵³.

Los problemas que ha suscitado la escasa precisión del legislador con respecto a este precepto no acaban aquí. Otra relevante cuestión que se ha planteado es la

⁵² No se me escapa el hecho de que este argumento también puede emplearse en sentido contrario, esto es, como punto de partida para estimar que, dado el silencio legal, en este precepto deben aplicarse otros criterios ya existentes, como el del artículo 94. Sin embargo, no parece haber sido esta la voluntad del legislador, si tenemos en cuenta que en el artículo 161 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (BOCG, serie A, núm. 102, 23 de septiembre de 1992) relativo al delito de violencia en el ámbito familiar, se incluía un segundo párrafo en el que se definía la habitualidad en el siguiente sentido: «a los efectos de este artículo, existe habitualidad cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a que se refiere el apartado anterior, en los cinco años precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal». Lo cierto es que en el texto definitivo no se incluyó este inciso. De hecho, se obvió completamente cualquier definición de la habitualidad.

⁵³ Por otra parte, es preciso diferenciar las situaciones. Es distinto el caso de la mujer, por ejemplo, que denuncia un acto violento aislado de su marido. En este caso es inaplicable el artículo 153, y sólo se podrá proceder por los tipos generales (v. gr., lesiones). Las mujeres que denuncian un maltrato habitual, normalmente lo hacen cuando ya han sufrido varias agresiones y, de hecho, temen por su vida o integridad física (o por las de sus hijos.) Por tanto, no parece que exista impedimento alguno para incoar un proceso por este delito mediante una denuncia y la acreditación de las agresiones preexistentes.



relativa a si el empleo de infracciones previamente enjuiciadas para estimar concurrente la habitualidad (tal y como permite la redacción del artículo 153 del Código Penal tras la reforma de 1999) no supone una vulneración del principio *non bis in idem*, o lo que es lo mismo, si no se está castigando doblemente el mismo hecho. Esta cuestión no es, ni mucho menos, pacífica. Algunos autores, como CORTÉS BECHIARELLI⁵⁴, entienden que el concepto de *habitualidad* sólo podrá configurarse sobre la base de conductas que no hayan sido ya enjuiciadas o condenadas como falta, pues lo contrario supondría *de facto* una vulneración del principio *non bis in idem*⁵⁵.

El problema de la existencia o no de *bis in idem* se ha relacionado también con el instituto de la prescripción. Esto ocurre en los casos en que, por ejemplo, se toma en consideración como infracción computable a los efectos de la habitualidad una falta ya prescrita (nos referimos a la falta, obviamente, por su escaso tiempo de prescripción frente al delito: seis meses respecto de, como mínimo, tres años, según el artículo 131 del Código Penal)⁵⁶. El legislador de 1999 no se refiere expresamente al problema, al contrario de lo que hace, con el instituto de la *cosa juzgada* y el principio *non bis in idem*.

Sin embargo, de acuerdo con el concepto de habitualidad que he sostenido en este trabajo la existencia o no de prescripción es indiferente, puesto que el concepto de habitualidad en el maltrato se desvincula de la concurrencia de tres infracciones. En definitiva: el hecho de que la infracción esté prescrita resulta irrelevante a efectos de conformar la habitualidad, puesto que la existencia de actos violentos se toma en consideración únicamente a efectos fácticos, esto es, para acreditar que el maltrato, lejos de ser esporádico, es habitual.

Por otra parte, también pueden producirse problemas cuando los actos violentos previos constitutivos de falta no sean denunciados, y es que una vez recaída Sentencia condenatoria por el delito, la falta quedaría impune⁵⁷.

⁵⁴ De otra opinión, MAQUEDA ABREU, M.L.: *La violencia habitual en el ámbito familiar...*, *ob. cit.*, pp. 125 y 126.

⁵⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares...*, *ob. cit.*, pp. 83 y 86. Distintas Sentencias también se han pronunciado favorablemente a esta interpretación. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 5 de junio de 1998.

⁵⁶ La Audiencia Provincial de Málaga en su Sentencia de 15 de diciembre de 1992 concluía que pese a existir evidencias de la existencia de agresiones anteriores a los dos meses previos a la denuncia, «sólo se puede tener en consideración los dos últimos meses porque las infracciones anteriores han prescrito». (Hay que recordar que el Código Penal derogado disponía un plazo de prescripción de las faltas de sólo dos meses, plazo que ha sido incrementado en el Código Penal vigente hasta los seis meses precisamente para facilitar su denuncia.) Por ello en su fallo, condenatorio, castiga la comisión de una falta de malos tratos y no de un delito de violencia habitual, interpretación respecto de la prescripción de la que se muestra partidario Cuenca Sánchez. Vid.: CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: *El nuevo artículo 425...*, *ob. cit.*, p. 1.185.

⁵⁷ La Fiscalía General del Estado, consciente de la existencia de estos problemas de aplicación práctica del precepto, incluyó en su Circular 1/1998 una serie de normas o criterios interpretativos del principio *non bis in idem* a los efectos de este artículo. En opinión de la Fiscalía, «es perfectamen-

VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA

- La primera conclusión que puede extraerse de todo lo expuesto la apuntábamos ya al comienzo de este trabajo: el Derecho penal no es ni puede ser el único medio para tratar el problema de la violencia en el hogar, ni contra la mujer ni contra ningún otro miembro de la familia. Es preciso abordar el problema desde una perspectiva multidisciplinar, social, cultural y jurídica.
- Es necesario aumentar la conciencia de las víctimas de la necesidad de su denuncia, mejorando en lo posible los servicios asistenciales (v. gr., casas de acogida).
- Es preciso fomentar las labores de reeducación del agresor. Si como se entiende en la actualidad, y como dispone el artículo 25.2 de la Constitución Española, las penas deben orientarse a la resocialización del penado⁵⁸, debe articularse un conjunto de acciones que hagan efectiva su reinserción en la sociedad.
- Es preciso garantizar el correcto funcionamiento de los servicios de atención a las víctimas y de los registros informáticos.
- Desde el punto de vista del tipo, se requiere una ampliación del elenco de sujetos pasivos incluyendo, al menos, a los hermanos.
- El concepto de violencia psicológica es, hoy por hoy, un concepto absolutamente vacío de contenido, cuestión totalmente criticable desde el punto de vista de la seguridad jurídica.
- La definición del concepto habitualidad que proporciona el legislador de 1999 debe ser modificada, puesto que no ofrece criterio alguno, más allá de la proximidad temporal entre las agresiones, que indique realmente qué debe entenderse por tal habitualidad. Esta falta de concreción en la definición resulta especialmente grave en cuanto al número de actos requeridos para acreditar la existencia de habitualidad.
- Es necesario potenciar la creación y funcionamiento de los juzgados especializados en violencia doméstica, para conseguir una mayor eficacia en el tratamiento del problema y, especialmente, del control de la habitualidad.

te posible que se siga una causa por varios actos aislados de violencia que, en su conjunta consideración, permiten extraer acreditadamente la existencia de violencia habitual. Dicho procedimiento puede seguirse bien porque desde su inicio el objeto del mismo son varios actos violentos o bien porque es fruto de la acumulación de varios procedimientos. En tales casos, el artículo 153 *in fine*, imponiendo así una solución legislativa que encierra un entendimiento específico —no exento de dificultades— del problema concursal, exige que la condena se produzca tanto por el delito del artículo 153 como por cada uno de los concretos actos aislados en que la violencia se ha materializado». Por otra parte, se precisa que el delito del artículo 153 habrá de ser apreciado aunque por todas o algunas de las concretas conductas que determinan la habitualidad hayan recaído previos pronunciamientos penales condenatorios. Estas indicaciones de la Fiscalía fueron tomadas en consideración por el legislador quien, en la reforma de 1999, introdujo la específica mención de que se tomen en consideración para conformar la habitualidad hechos juzgados anteriormente.

⁵⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, PG...*, ob. cit., p. 324.

- Es necesario fomentar la cooperación entre los distintos órdenes jurisdiccionales, concretamente entre el orden civil y el orden penal, a fin de evitar faltas de comunicación entre ambos que puedan generar un peligro para la víctima de las agresiones. Esta necesidad de comunicación es clara, por ejemplo, en los casos de separaciones o divorcios derivados de las agresiones sufridas.

