

**ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA  
DOMÉSTICA. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO  
FISCAL**

**Antonio del Moral García**  
Fiscal

# ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

**SUMARIO:** I. PRELIMINARES. II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. III. MINISTERIO FISCAL Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: PERSPECTIVA GENERAL Y MATERIALES. IV. EL NUEVO ART. 153. V. LAS FALTAS DE AMENAZAS LEVES O VEJACIÓN INJUSTA E INJURIAS. VI. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL (ART. 173): EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. VII. VIOLENCIA PSÍQUICA. VIII. LA HABITUALIDAD COMO REQUISITO TÍPICO. IX. SUJETOS DEL DELITO. X. PENAS Y SUBTIPOS AGRAVADOS. XI. LA COMPATIBILIDAD DEL DELITO DE MALTRATO HABITUAL CON LOS PREVIOS DELITOS O FALTAS DE LESIONES. XII. COORDINACIÓN ENTRE LOS PROCESOS POR DELITO DE MALTRATO HABITUAL Y LOS SEGUIDOS POR DELITOS O FALTAS DE LESIONES. XIII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS Y PROBLEMAS DE COSA JUZGADA. XIV. OTROS PROBLEMAS CONCURSALES. XV. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES. XVI. DELITOS SEXUALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR. XVII. LAS PROHIBICIONES DEL ART. 57 DEL CÓDIGO PENAL. XVIII. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. XIX. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

## I. PRELIMINARES

Se me encomienda tratar en esta ponencia los aspectos sustantivos de la represión penal del fenómeno de la violencia doméstica o familiar, un tema que ocupa hace unos años un primerísimo lugar en los medios de comunicación, en la preocupación social, en las prioridades políticas, en las iniciativas legislativas y también en los estudios doctrinales. La bibliografía producida en estos últimos años es copiosísima y han proliferado cursos, publicaciones, estudios, encuentros y también leyes y normas. Eso hace enormemente difícil reflejar mínimamente en una ponencia de estas características todas las cuestiones y todas las opiniones, ni siquiera las de tipo dogmático, que pueden consultarse sobre esta materia. De ahí que sea ineludible un esfuerzo de selección. Por eso voy a marginar los temas menos jurídicos. Centraré la atención principalmente en las últimas reformas, sin que ello suponga prescindir de una exégesis completa de los tipos penales que en el Derecho vigente inciden en la violencia doméstica. No es la primera vez que tengo ocasión de ocuparme de esta materia y este trabajo en definitiva no es más que una actualización y revisión de estudios anteriores (1).

Antes de adentrarme en esa temática no me resisto a realizar un brevísimo apunte de carácter metajurídico reproduciendo lo que ya he escrito en otras ocasiones. Estoy persuadido de que la solución al grave problema de la violencia doméstica no puede venir de la mano del Derecho Penal. Es éste un instrumento necesario del que no se puede prescindir. Pero el Derecho Penal es una herramienta muy tosca y grosera y pocas veces proporciona soluciones realmente pacificadoras de los conflictos sociales: está pensado para las patologías. Buscar en el articulado del Código Penal la receta sanadora de ese mal social, o achacar todas las desgraciadas noticias que no nos acostumbramos a leer al mal funcionamiento de la justicia o la imperfección de la Ley Penal es un plan-

---

(1) Vid. en particular, "El delito de violencia habitual en el ámbito familiar", en *Manuales de Formación Continuada* del Consejo General del Poder Judicial, n.º 3 de 1999, págs. 300 y ss.

teamiento errado del que sólo se van a derivar frustraciones. Por eso, aunque soy consciente y eso es plausible que a nivel estatal y autonómico se ha avanzado también en otros terrenos, miro con recelo esa persistente y cada vez más acentuada tendencia a combatir el fenómeno con "más Derecho penal".

El Derecho penal siempre –por definición– llega tarde. Más o menos tarde, pero tarde. A veces se corre el peligro de creer candorosamente que el Código Penal tiene una eficacia cuasi-taumatúrgica y pensar que las leyes crean la realidad, cuando es ésta la que las antecede (2). O de ver en el ciego endurecimiento de las penas o en la relajación de las garantías procesales la fórmula para lavar la conciencia por no haber sabido atajar las causas sociales de ese fenómeno que indudablemente debe ser erradicado (3).

El Derecho penal, por su propia naturaleza, es un instrumento poco pulimentado. Su finalidad primordial es represiva, como demuestra la realidad por más que a tal fin pretendan aunarse otros objetivos rehabilitadores que –nos guste o no nos guste– siempre aparecen, hoy por hoy, en un segundo plano. El Derecho penal tampoco tiene como objeto prioritario la protección de la víctima, aunque en línea con lo que antes se apuntaba ha de buscarse un nuevo reequilibrio para dar más entrada a esas orientaciones victimológicas en el proceso penal.

---

(2) QUINTERO OLIVARES (*Infracción penal...*, cit. en bibliografía, págs. 14 y 15): "Como no podía ser menos, en la reacción clásica de políticos y operadores sociales, lo más fácil y primero que se hace es dirigir la mirada hacia las leyes penales en búsqueda de errores o carencias que permitan la reiteración de tan sórdidos comportamientos con lo cual se evidencia una infantil convicción en la virtualidad de la prevención general y en la eficacia contramotivadora de las leyes penales...". Estas, "sólo con tiempo y paciencia contribuyen a modificarla (la realidad social)...". Y, concluye el citado catedrático, "constituye un grave desenfoque del problema apreciar una relación de causa-efecto entre defectos de las leyes y la tragedia de los malos tratos".

(3) Unas fuertes y muy razonadas y fundadas críticas a las sucesivas reformas del art. 153 desde esta óptica pueden encontrarse en el trabajo de DOLZ LAGO que se cita en la bibliografía. Aunque no comparto muchas de sus apreciaciones, late en toda su exposición una línea argumental muy sólida.

El Derecho penal es necesario para abordar esta materia. Muy necesario, si se quiere. Imprescindible. Pero insuficiente. El remedio a este problema social necesita otros cauces. La respuesta penal ha de existir. Es básica para los efectos de prevención general –ejemplaridad– y prevención especial que van anudados a la pena, junto con los puramente represivos y rehabilitadores. Pero no basta con ella.

## II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Asumiendo el coste de recordar ideas bien conocidas, parece imprescindible, aunque sea de forma muy sucinta, recoger las vicisitudes legislativas del tratamiento penal de la violencia doméstica.

El delito del art. 153 del Código Penal de 1995 fue el heredero del delito del art. 425 del Código Penal (TR de 1973), según la redacción que le dio la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio que introdujo esta figura penal. Se castigaba con la pena de arresto mayor al que "habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho"

El tipo penal se incardinaba junto a los delitos de lesiones. En mi opinión la ubicación sistemática idónea hubiese sido la destinada a los delitos contra la libertad y seguridad, junto a los delitos relativos a las relaciones familiares. Con ello hubiese quedado bien destacada la diversidad de bien jurídico protegido, soslayándose los problemas de *bis in idem* (4).

---

(4) En una concreta propuesta previa a la tipificación del art. 425 se decía en justificación de la introducción de un tipo con esos condicionantes: "en las faltas o delitos contra un cónyuge o hijo se está protegiendo casi exclusivamente su integridad física. A la tutela de ese bien jurídico responde la sanción que se impone por la falta o delito de lesiones. Sin embargo cuando la conducta es tan reiterada que llega a ser habitual, se está atacando no sólo a la integridad física, sino

Las innovaciones del Código de 1995 fueron escasas (5). El citado art. 153 disponía: "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado *de forma estable* por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o *del cónyuge o conviviente*, pupilos, *ascendientes* o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, *curatela* o guarda de hecho de uno *u otro*, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causare*".

Las novedades, resaltadas en el texto mediante cursiva, eran las siguientes:

a) Para caracterizar la relación análoga de afectividad se introdujo el elemento de la estabilidad, que ya la doctrina consideraba exigible.

b) Se amplió el radio de personas protegidas.

c) Se introdujo un significativo inciso final tendente a dejar a salvo y considerar compatible la pena por los resultados que se hayan producido.

---

también a otros bienes jurídicos, por cuanto esa conducta reiterada supone, de un lado, un deterioro de la paz y orden familiares, y, de otro, un ataque a los sentimientos de seguridad y libertad de la víctima que se ven profundamente alterados por esa situación de maltrato reiterado. La infracción de esos deberes familiares y afectación de otros bienes jurídicos dignos de protección (piénsese en el art. 39 de la Constitución), y que no son tomados en consideración más que marginalmente, a la hora de castigar las faltas o delitos de lesiones ocasionados al cónyuge o hijos, posibilitan la dualidad de sanciones... Por eso la ubicación sistemática del precepto que se propone y el cambio de rúbrica del capítulo, no son cuestiones menores. Y, además, sería precisa una mención breve, pero clara, en la Exposición de Motivos a estas consideraciones".

(5) GARCÍA VARELA dice que las diferencias son "insignificantes". El calificativo es exagerado pues especialmente el intento de salvar la pena por los resultados producidos es muy relevante (GARCÍA VARELA, 181).

d) Desapareció el inciso "con cualquier fin" que no añadía nada, salvo que quisiese verse en él una velada intención de cortar el paso a todo intento de amparar la conducta en concepciones ya superadas del derecho –mejor sería decir potestad– de corrección (6). Aunque la exageración de las más recientes reformas invita a la tentación de volver de nuevo la vista a esa potestad para soslayar el peligro de una penalización desmesurada.

En 1999 se sucedieron dos modificaciones. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril amplió la medida del art. 57 del Código Penal (prohibición de residencia o aproximación), y de las paralelas de los arts. 105.1 (medida de seguridad) y 83.1 (como condición a cumplir en el período de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta). A la posibilidad de prohibir la estancia en el lugar donde se cometió el delito o donde resida la víctima, se añadió la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicar con ella.

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 remodeló tanto el art. 153 como otros muchos puntos relacionados directa o indirectamente con estos temas. Las modificaciones son tributarias tanto de las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo en un estudio elaborado sobre la materia en el seno de tal Institución (7), como de las tesis interpretativas manejadas por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 a que se aludirá enseguida.

El antiguo art. 153 fue enriquecido con relevantes modificaciones:

---

(6) Vid. sobre este punto la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998 (A./Reino Unido): es contraria al art. 3 del Convenio –prohibición de malos tratos– la norma según la cual corresponde a la acusación demostrar que las vías de hecho sobre un menor habrían sobrepasado los límites de un "castigo razonable".

(7) Págs. 119 a 126 del Informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres.

a) Se incluyó la violencia psíquica.

b) Se prescindió de la necesidad de que la relación matrimonial o análoga subsistiese en el momento del maltrato. Con ello se subsanaba lo que según la doctrina y la práctica era una de las principales carencias del anterior tipo.

c) Se modificó el inciso final para dejar ya sentado con claridad y sin margen alguno para la duda que las penas por el maltrato habitual se acumularían a las correspondientes por las posibles lesiones causadas.

d) Se aportaron criterios legales para interpretar el término "habitualidad" con un afán en exceso didáctico.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica representó otro importante hito, aunque con trascendencia más procesal y cautelar que sustantivo-penal.

Prescindiendo de normas de carácter autonómico, que han proliferado, y de acuerdos y reglamentos del Consejo General del Poder Judicial, así como otras normas de tipo asistencial, el último paso en esta evolución viene representado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre que modifica el Código Penal. En concreto y en relación con el fenómeno de la violencia doméstica la reforma, según se explicará con detalle en estas páginas, reconduce el delito de maltrato habitual a los delitos contra la integridad moral ampliando el círculo de posibles sujetos activos, al tiempo que crea un delito de lesiones en el ámbito familiar donde se encajan la mayor parte de las conductas que antes eran constitutivas de falta cometidas entre esos parientes o asimilados.

Y queda todavía un último punto: la reforma más general del Código Penal ya aprobada en las Cortes Generales que entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y que también, aunque de manera indirecta, incide algo en esta materia.

### III. MINISTERIO FISCAL Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: PERSPECTIVA GENERAL Y MATERIALES

La preocupación institucional explícita del Ministerio Fiscal por estas materias se visualiza por primera vez en una vieja instrucción de 1988, cuando todavía no existía un delito específico para el maltrato habitual en el ámbito familiar y, al menos "oficialmente" las faltas de malos tratos inferidas por los maridos a sus esposas sólo eran perseguibles a instancia de la perjudicada sin intervención del Ministerio Fiscal (art. 104 de la LECrim). La Instrucción 3/1988 se intitulaba "Persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales" y destinaba el segundo de sus tres apartados a las "Lesiones y malos tratos a mujeres". Se recomendaba a los Fiscales una atención particular a esas conductas para reprimirlas "con toda ejemplaridad" y para suplir las posibles deficiencias de prueba nacidas del temor (8). Al mismo tiempo se interesaba la realización de una estadística anual detallada de estos procesos con la finalidad de recabar datos para un mayor conocimiento de la realidad social. Pese a esos buenos deseos, no llegó a elaborarse un estudio estadístico mínimamente serio, entre otras cosas por la dificultad de obtener datos de unos procesos que entonces no estaban singularizados y que, normalmente, quedaban en juicios de faltas archivados por incomparecencia de las partes. En 1997 se recordaba desde la Fiscalía General del Estado la vigencia de esas Instrucciones en lo particular en lo relativo a la estadística, aspecto que había caído en desuso. Es más, en realidad nunca había llegado a cuajar totalmente en la práctica.

---

(8) Hoy esas frecuentes retractaciones de la víctima que tienen una compleja y no pluridimensional explicación, sigue siendo uno de las trabas que surgen para una lucha eficaz contra la violencia doméstica. Vid. sobre este punto las consideraciones que se hacen en el *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999*, págs. 45 y 46.

Diez años después, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado sobre Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los Malos Tratos en el ámbito doméstico y familiar supuso un renovado impulsado de la institución en esa tarea. Antes, con motivo de la introducción del delito de maltrato habitual (art. 425) en la reforma del Código Penal de 1989, la Circular 2/1990 proporcionaba algunos criterios interpretativos sobre el nuevo tipo penal, criterios que en parte serían revisados en la citada Circular 1/1998. Esta marca un claro antes y después en la implicación del Ministerio Fiscal como institución en la lucha contra esa lacra social de la que se ha dicho que marca el índice más alto de delincuencia oculta. La Circular ha constituido hasta ahora un punto de referencia básico, no sólo para los Fiscales, sino también para los demás operadores jurídicos. Sin duda algunas de las consideraciones vertidas en ese documento inspiraron las reformas legales que vendrían posteriormente en 1999. Y también se detecta en la doctrina jurisprudencial una clara influencia, que en algunas sentencias se traduce en la transcripción íntegra de expresiones y formas de decir, un claro influjo de tal Circular. Entre las medidas de carácter más operativo que se diseñaban en la Circular destaca la creación de un servicio específico de violencia familiar en cada Fiscalía con un registro especial y un renovado afán de elaboración de unas estadísticas reales y completas.

La Circular descarta explícitamente la conveniencia de una Fiscalía Especial, propuesta que sigue aleteando en algunos programas políticos y opta por la adscripción en cada Fiscalía de alguno o algunos de sus miembros al seguimiento de las causas por violencia familiar: "Determinadas razones, que en su día fueron expuestas al Ministerio de Justicia, hacen absolutamente desaconsejable, por contraproducente, la creación de una Fiscalía Especial. Baste ahora señalar que las dos Fiscalías Especiales actualmente existentes se justifican por la existencia, en los fenómenos que tratan de combatir —el narcotráfico y la corrupción—, de tramas organizativas de cierta complejidad que extienden sus efectos no sólo al ámbito territorial de varias Fiscalías sino a terceros países.

Las anteriores circunstancias no concurren, en modo alguno, en los comportamientos violentos que ahora analizamos. Por el contrario, la respuesta del Ministerio Fiscal será más eficaz si se produce desde la cercanía que proporciona la actuación del Fiscal adscrito al Juzgado que conozca de la causa".

Las funciones del Servicio de Violencia Familiar consisten fundamentalmente en la coordinación de todas las causas seguidas por hechos de esta naturaleza, y la llevanza de un Registro —existe ya un programa informático unificado— para introducir los datos de interés sobre procedimientos —penales y civiles— por hechos de esta naturaleza (sujeto activo, pasivo, fecha de la agresión, número de procedimiento y Juzgado, etc.). Tal registro tiene por finalidad la unificación de la respuesta del Fiscal; la detección de la conexidad de distintas causas para evitar que la dispersión acabe convirtiendo en una pluralidad de juicios de faltas, lo que debiera ser un único proceso por delito de maltrato habitual; y facilitar una estadística fiable y completa. Los datos estadísticos básicos son remitidos con carácter semestral a la Inspección Fiscal.

Como es sabido con posterioridad se han adoptado nuevas iniciativas tendentes a ese paso necesario para atajar el fenómeno con eficacia que consiste en detectar cuáles son las deficiencias del sistema a través de medidas de coordinación y de la obtención de informaciones estadísticas suficientemente completas y ricas. La Instrucción 3/2003, de 9 de abril del Consejo General del Poder Judicial (art. 6) y la creación de un Registro Central para la Protección de las Víctimas de la violencia doméstica prevista en la Ley 27/2003, de 31 de julio obedecen a esas ideas. Baste esta mención por no ser éste el lugar adecuado para su estudio.

En la Memorias anuales que han seguido a esa Circular se dedica un apartado específico a incluir los comentarios que desde las distintas Fiscalías se hacen sobre este problema en relación a la actividad desplegada el año anterior (9).

---

(9) Memoria de 1998, págs. 305 a 332; Memoria de 1999, págs. 307 a 337; Memoria de 2000, págs. 305 a 323; Memoria de 2001, págs. 328 y ss.; Memoria de 2002, págs. 361 y ss. y Memoria de 2003, págs. 618 y ss. La lectura de esas

El nuevo impulso institucional ha plasmado en la aparición de datos estadísticos proporcionados por la Fiscalía que han sido publicados tanto en un informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento Jurisdiccional de los Malos tratos familiares en el año 1999, como en las Memorias anuales de la Institución. Uno y otras llegan más allá de lo que es una pura radiografía estática de la situación y de manera a veces crítica, indagan sobre las causas de posibles disfunciones y se adentran en la tarea de propuestas de reformas que se consideran de utilidad.

En el año 2000 y posteriormente en el año 2002 han tenido lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia sendas reuniones de los Fiscales encargados de los servicios de violencia doméstica con el objetivo de intercambiar experiencias, así como abrir un debate entre quienes se dedican diariamente y desde la práctica a esos cometidos, para la elaboración de conclusiones y criterios de actuación (10).

#### IV. EL NUEVO ART. 153

Llega el momento de adentrarse en la regulación sustantiva actual del fenómeno de la violencia doméstica en el que cabe referirse a cuatro grupos de materias: los delitos de lesiones en el ámbito familiar del art. 153; el nuevo tipo de maltrato habitual del art. 173; las faltas referidas a tal fenómeno que subsisten aunque con un papel muy residual; y, por fin, los abusos sexuales en el ámbito familiar. Al estudio de los problemas sustantivos de estas

---

páginas alumbraba poderosamente sobre los problemas prácticos que surgen en esta materia.

(10) Los materiales de las primeras jornadas, incluidas las conclusiones, aparecieron publicados en el volumen II del año 2000 de la colección "Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales" donde se recogen los cursos celebrados en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia con la colaboración del Instituto de la Mujer. Por su parte las segundas jornadas, celebradas en noviembre de 2002, acabaron también con unas conclusiones que aparecen publicadas en el n.º II del año 2002 de la citada colección (págs. 377 y ss.).

figuras penales van dedicadas las siguientes páginas de esta ponencia.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre ha introducido un tipo de nueva planta en el art. 153, cuyo anterior contenido se ha desplazado al art. 173.

El art. 153 queda redactado de la siguiente forma: "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, o amenazare a otro de modo leve con armas o instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años".

"Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza".

Se transforman de esta forma en delito conductas que hasta ahora eran constitutivas de las faltas previstas en los arts. 617 y 620 CP. Secuela necesaria de esa mutación es la supresión del último párrafo del art. 617 CP. El tipo comprende, con independencia de resultados y abarcando también los actos aislados, todas las lesiones, maltratos de obra, amenazas con armas o instrumentos peligrosos, ejercidas sobre alguna de las personas contempladas en el art. 173.2. Se endurece enormemente la respuesta penal, quizás hasta rozar lo desproporcionado. Toda agresión física –incluso episódica– producida en este ámbito pasa a ser considerada como delito.

La medida en mi opinión es excesiva y se enmarca en esa filosofía un tanto ingenua de combatir el fenómeno de la violencia doméstica con "más Derecho penal". Creo que la amplitud de las conductas encajables en el art. 153 desbordan el principio de intervención mínima y enseguida vienen a la cabeza ejemplos que ponen esa realidad de manifiesto (11). A veces la tendencia a ir progresivamente agravando la respuesta penal puede conllevar efectos perversos al generar una reluctancia en los juzgados y tribunales a imponer penas desproporcionadas con la gravedad de los hechos y buscar subterfugios y abrir agujeros para vaciar el tipo penal.

En esa línea se manifestaba también la Fiscalía General del Estado en el informe que evacuó sobre el Anteproyecto de Ley: "Es indudable que la lacra social que se pretende erradicar requiere una contundente respuesta del ordenamiento jurídico y que una decidida acción en esta materia es imprescindible por parte de los agentes encargados de su cumplimiento. La nitidez del mensaje de "tolerancia cero" aparece en esta solución de una manera palmaria. Sin embargo, la observación de indudables beneficios en esta solución no debe ocultar la percepción de los riesgos que entraña, pues cabría suscitar serias dudas sobre la proporcionalidad de esta opción, que puede posibilitar una reacción no acorde con la entidad en esencia del hecho, por cuanto no se deja resquicio a un tratamiento como infracción leve de ningún tipo de maltrato de obra aún producido de una forma episódica o aislada. En dicha medida,

---

(11) En idéntico sentido MERLOS CHICHARRO, J.A., *Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre en materia de violencia doméstica*, ponencia presentada al curso celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en octubre de 2003 dentro del plan de formación continuada para Fiscales, págs. 48 y ss. del texto mecanografiado facilitado por el autor y que ha sido una guía inestimable a la hora de afrontar este trabajo. Apunta el mismo autor alguna eventual vía de escape como el uso del art. 154 del Código Civil –derecho de corrección– para evitar castigar como delito una ligera bofetada que el padre puede propinar al hijo. Desde luego de considerar que el derecho de corrección no puede justificar un maltrato físico, a castigar como delito todo exceso media un abismo y el legislador parece haber dado el salto.

puede resultar aconsejable, y así se sugiere, modular la respuesta, introduciendo algún tipo de objetivación de la conducta constitutiva de delito que vaya más allá de la referencia a la recepción de la acción por la condición del sujeto pasivo de la misma, concediendo, en suma, un campo aplicativo a una falta residual".

El círculo de posibles sujetos activos es idéntico al del art. 173. Más adelante abordaré este tema común a ambas infracciones.

Tres son las conductas castigadas:

a) Acciones que produzcan *un menoscabo psíquico o lesiones que no sean constitutivas de delito*, es decir, que no exijan tratamiento médico o quirúrgico más allá de la primera asistencia facultativa. La conducta consistente en causar lesiones no plantea problemas que no existiesen anteriormente. La reforma se ha limitado a convertir la falta del art. 617.1 en delito cuando el agresor tiene unas relaciones especiales con el sujeto pasivo. Resulta desde luego incoherente y paradójico que las lesiones constitutivas de delito causadas entre ese círculo de personas permitan imponer una pena más leve, por el camino que abre el art. 147.2 (12) Sí está necesitada de una interpretación la novedosa expresión "menoscabo psíquico". Ha de ser un menoscabo psíquico no definido como delito (así se deriva del plural que emplea el precepto: *definidos*). Por tanto cuando se trate de lesiones psíquicas susceptibles de integrar el delito del art. 147 habrá que calificar como tal con la correspondiente agravante de parentesco. En mi opinión el menoscabo psíquico hace referencia al resultado y no a la acción. Ahí radica la distinción básica frente a la violencia psíquica descrita en el art. 173.2. No cualquier vejación o maltra-

---

(12) Aunque se aprecie la agravante de parentesco del art. 23, la pena puede quedar reducida a una multa. Eso lleva al absurdo de que el agresor puede ver recompensada la mayor entidad de las lesiones con penas inferiores o, al menos, con la posibilidad de penas inferiores. Eso por no mencionar las incoherencias que derivan de la inaplicabilidad de las agravaciones del art. 153.2 o de las penas especiales de privación del derecho a la tenencia y porte de armas o inhabilitación especial que contempla el nuevo art. 153, pero no están previstas en los delitos de lesiones comunes cometidas frente a familiares.

to "psíquico" o "espiritual" produce menoscabo psíquico. Éste exige un resultado, una efectiva merma de la salud "psíquica", del bienestar de tal naturaleza. Excluidas por arriba lo que son lesiones psíquicas del art. 147 que precisan tratamiento médico; y por abajo lo que es un simple maltrato psíquico, la causación de un menoscabo psíquico del art. 153 se queda en un estrechísimo terreno intermedio muy difícil de detectar (13).

c) La acción de *golpear o el maltrato de obra* cuando no lleven aparejada lesión alguna. La conducta es equivalente a la descrita en el art. 617.2.

d) Las *amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos*. Las amenazas leves sin exhibir arma, meramente verbales o mediante gestos, no tienen cabida en el tipo y continuarán persiguiéndose como falta del art. 620.2.º en iguales condiciones que con anterioridad a la reforma. Recuérdese a este respecto que esa infracción venial adquirió la categoría de perseguible de oficio en virtud de las reformas de 1999. El empleo de la copulativa "y" en lugar de una disyuntiva (como hacen los arts. 620.1.º, 148.1.º, 242.2 o 552.1.º) es una errata poco disculpable en un tipo penal. Parece que la lógica lleva inequívocamente a pensar que basta con que se use un arma o un instrumento peligroso y no es necesario el empleo simultáneo de un arma y otro medio peligroso. Las abundantes aclaraciones jurisprudenciales recaídas sobre los tipos preexistentes que incluyen agravaciones similares es trasladable a la exégesis del nuevo art. 153. Particularmente la que se ha producido en torno al art. 242.2 en sede de robos con violencia o intimidación. No puede olvidarse que los términos del art. 148.1.º son

---

(13) MERLOS CHICHARRO sin embargo apunta que podría identificarse la vejación injusta con el menoscabo psíquico, lo que llevaría a ensanchar todavía más el ámbito de aplicación del art. 153 en perjuicio de la falta del art. 620 (ob. cit., pág. 50). No creo que pueda entenderse así, también por interpretación sistemática: no sería lógico que unas amenazas verbales escapen del art. 153 y no así una vejación injusta cuya entidad, *prima facie*, parece ser menor.

más restrictivos al exigir un peligro concreto que no se requiere aquí. Es obvio –y aquí con más claridad que en el art. 242.2 donde reiteradamente lo tiene proclamado la doctrina jurisprudencial– que la simple exhibición es "uso". Si a la amenaza prosigue la agresión, aquélla queda embebida en ésta con la paradoja ya anotada de que si la curación requiere tratamiento médico, el marco penológico inferior –no así el superior– queda reducido por mor de las facultades discrecionales que otorga el art. 147.2. El subtipo agravado de uso de armas del art. 153.2 no es aplicable a esta modalidad.

En cuanto a la penalidad, llama la atención el establecimiento de una pena de prisión por debajo del mínimo legal en el momento en que entró en vigor la reforma, aunque la deficiencia se corregirá con la entrada en vigor de la modificación más amplia del Código Penal a punto de ser publicada en el Boletín Oficial del Estado. Por otra parte se impone como preceptiva la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, lo que puede ser también excesivo en algunos casos. Cuando fuere adecuado para el interés del menor o incapaz, podrá el Juez o Tribunal acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un tiempo comprendido entre seis meses y tres años.

Se establece una agravación específica, en el caso de que cualquiera de aquellas acciones se realicen por el autor en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o quebrantando las penas de residir en determinados lugares, aproximación a la víctima o comunicación (art. 48), o medidas cautelares.

## V. LAS FALTAS DE AMENAZAS LEVES O VEJACIÓN INJUSTA E INJURIAS

Como se deduce de lo expuesto en el ámbito familiar que luego se definirá sólo subsisten algunas faltas muy concretas. El

resto han pasado a integrarse como delito en el nuevo art. 153. Son las faltas de amenazas leves, sin uso de armas, coacción o vejación injusta y la injuria. Subsisten para estas faltas cuando se cometen en el ámbito doméstico las especialidades introducidas en 1999. Por una parte, la supresión de la necesidad de denuncia con la única excepción de la falta de injurias. El art. 620 del Código Penal, en efecto contempla desde 1999 un subtipo agravado cuando estemos ante faltas inferidas a alguna de las personas contempladas en el art. 153, convirtiéndose en estos casos la falta en perseguible de oficio, salvo que se trate de injurias. Esto arrastra la ineficacia del perdón y la intervención obligada del Fiscal en esos juicios. La ampliación del círculo de posibles sujetos activos verificada en los arts. 153 y 173 repercute indirectamente en la esfera de aplicación de esta falta agravada que también se ve ampliada.

Esta modificación a mi juicio incurría en un claro exceso intervencionista que se viene paliando mediante su funcionamiento práctico como faltas perseguibles a instancia de parte. No es lógico que cualquier exceso en una discusión matrimonial o una amenaza leve o nimia que se escapa en el curso de una riña familiar pueda –y deba en teoría– ser denunciada por unos vecinos y dar lugar a un juicio de faltas pese a la voluntad contraria de los afectados ya pacificados (14).

## VI. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL (ART. 173): EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de malos tratos habituales aparece en la actualidad recogido en el art. 173.2 del vigente Código Penal, incardinado

---

(14) Una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco pretendió mantener el carácter semipúblico de estas infracciones para evitar que "cualquier vecino se inmiscuya en la vida de una familia". Al final sólo se aceptó por el resto de los grupos devolver a las faltas de injurias ese carácter privado: otra cosa, como se puso de manifiesto, hubiese supuesto un despropósito a la vista del carácter privado de los delitos de injurias.

dentro del título VII de las Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Su tenor literal es el siguiente: "El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco 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.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza".

El número 3 del precepto contiene la definición legal de habitualidad.

El primer interrogante a plantear es el del bien jurídico que se trata de tutelar. Este tema ha sido objeto de discusión por su indudable repercusión práctica pues condiciona la solución de los problemas concursales.

Al hilo del anterior art. 153, en la doctrina se produjeron múltiples posiciones. Desde los que ceñían el bien jurídico a la propia

integridad física o psíquica, a los que se referían a bienes tan genéricos como la dignidad humana (15).

La sentencia de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de febrero de 1999, muy citada, hablaba de un bien jurídico de naturaleza mixta: "...junto a la salud o integridad física de las personas, se tutela también, la pacífica convivencia ya armonía en el seno del grupo familiar, estando configurado por figuras reiteradas que, aisladamente consideradas, no son constitutivas de lesiones o no van a constituir un menoscabo a la salud física o mental".

Por mi parte, pienso que situar el objeto de protección en el ámbito familiar, como bien supraindividual, era la tesis que permitía resolver satisfactoriamente los problemas concursales y que hubiese propiciado un espacio definido a esta figura penal. Sólo en esa necesidad de protección de la institución familiar (art. 39 de la Constitución) puede encontrarse un fundamento sobre el que asentar sólidamente la doble sanción en los casos de habitualidad. En esos supuestos no sólo se está violando el bien jurídico "integridad física", sino también un auténtico deber jurídico afirmado por el art. 67 del Código Civil (16), o por los deberes especiales frente a parientes. Cuando ésto se enturbia, comienzan los problemas, las divergencias doctrinales, y la imposibilidad de hallar un acomodo claro para ese tipo.

---

(15) Una síntesis acertada de las distintas posturas doctrinales puede encontrarse en CUENCA i GARCÍA, ob. cit., en bibliografía, págs. 633 y 634. Destacable por mantener una postura sólida y original es la tesis de GRACIA MARTÍN que considera que estábamos ante un delito de peligro que prevenía estados graves de desequilibrio psíquico y emocional (*Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 428). Por su parte GARCÍA ARAN habló también de la dignidad e integridad de la persona, pero en cuanto ubicada en la familia ("Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor" en *Protección de Menores en el Código Penal*, obra colectiva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XII, 1998, pág. 68).

(16) Vid. sobre este punto las interesantes reflexiones que se contienen en el trabajo de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES que se cita en la bibliografía. Aunque el trabajo no aborda este delito, sus sugerencias y observaciones pueden trasladarse a este ámbito.

A este respecto me parecen de tremendo interés, y creo que aciertan las reflexiones que se hacen en la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, hablando del antiguo art. 153: "La ubicación sistemática de este delito en el Título III del Libro II del CP, dedicado a los delitos de lesiones, ha suscitado un erróneo entendimiento de algunas cuestiones que afectan al tipo.

Debe repararse, pese a dicha sistemática, en que el art. 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de la condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39). El bien jurídico que se protege con el art. 153 es, por consiguiente, distinto al que se tutela en los restantes preceptos penales a que antes se hizo referencia. En éste se trata de la paz y convivencia familiar, en aquellos, según los casos, la vida, la integridad física, la libertad, etc. (en este sentido STS 1060/1996, de 20 de diciembre).

A esta consideración conducen los siguientes argumentos:

a) La habitualidad en el ejercicio de actos violentos sólo se castiga cuando recae sobre determinadas personas en las que confluyen determinadas características de pertenencia a un grupo familiar. Fuera de tales supuestos, la conducta violenta que por reiterada sea reputada de *habitual* no merecerá otro castigo que el que corresponda por la suma de las penas de cada uno de los actos individualmente considerados, sin perjuicio de que en los posteriores quepa valorar, por ejemplo a través de la apreciación de la agravante de reincidencia, la mayor peligrosidad del reo evidenciada en la reiteración de hechos similares que aconsejaren la fijación más elevada de la pena, o la negativa a determinadas posibilidades como la suspensión o sustitución de las penas que, de no mediar habitualidad (art. 94 CP), brindaría la ley para la mitigación del rigor en la ejecución de la sentencia.

b) El propio tenor literal del art. 153 que, a diferencia del texto del antiguo art. 425, señala que el reo de este delito 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*".

Es claro que no ha sido esa la opción del legislador de 2003 al situar el delito entre los que atentan contra la dignidad e integridad moral, y ampliar el círculo de sujetos activos desbordando lo que es el ámbito estrictamente familiar y contemplando también los ataques provenientes de personas con las que ha cesado esa relación marital (lo que parece responder a razones de política criminal, más que a motivos dogmáticos que justifiquen esa asimilación).

Las consideraciones de la Fiscalía General del Estado inspiraron algunos pronunciamientos jurisprudenciales. En particular la sentencia 927/2000, de 24 de junio, recoge, a veces casi literalmente, algunas de las argumentaciones de la citada Circular. "Puede afirmarse –explica la sentencia– que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes". Por su parte la STS 414/03 estima que el bien jurídico protegido, "trasciende y se extiende, más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15–, y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los

hijos del art. 39". En este mismo sentido se expresa la STS 662/2002, de 18 de abril.

La reiteración de actividades de violencia, hasta crear una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, se debe castigar en mi opinión no por lo que comporta de ataque a la incolumidad física, sino por lo que tiene de violación de deberes especiales de respeto al cónyuge y a los hijos y familiares; por lo que supone de afectación del sentimiento de seguridad; por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de protección a la familia (17). Poner el punto de mira en la protección de la integridad física y considerar que estamos ante un delito especial de lesiones agravado por la reiteración o por las relaciones con el sujeto pasivo lastrará la interpretación del tipo. El acierto no acompañó al legislador al elegir la colocación sistemática del precepto. La reforma de 2003 supone un avance en la medida en que desvincula el tipo de los delitos de lesiones. Pero creo que tampoco atina al ensanchar de forma tan desmesurada los posibles sujetos activos y al poner como referente más la integridad moral que la institución familiar.

## VII. VIOLENCIA PSÍQUICA

Como ya se ha dicho, tras la reforma de junio de 1999 el delito de maltrato habitual contempla junto a la violencia física, la de carácter psíquico. Con esa configuración persiste el delito en el vigente art. 173.

Qué sea la violencia física es tema ya tratado clásicamente que no suscita especiales complicaciones.

Fijar el perímetro de la violencia psíquica sí que origina problemas exegéticos. Estamos ante una expresión poco nítida y la

---

(17) Con esas palabras, sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS 1366/2000, de 7 de septiembre.

interpretación ha de buscar un equilibrio entre una amplitud desmesurada que produjese una panjudicialización convirtiendo en diligencias previas por maltrato habitual toda vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas; o una interpretación tan restrictiva que exigiese la producción de resultados lesivos y que casi redujese a la nada la ampliación del tipo llevada a cabo en 1999.

La interpretación gramatical ayuda bien poco pues el término "violencia" significa justamente la fuerza física (18), por lo que es evidente que está utilizado en un sentido figurado. En el Código Penal la palabra violencia tiene ese contenido de *vis física* y se suele oponer a la intimidación. Aunque en los casos en que el Código habla exclusivamente de violencia, la jurisprudencia suele incluir también la *vis moralis* (19).

Los actos de intimidación suponen ya una primera aproximación enumerativa: han de ser considerados violencia psíquica.

Los actos idóneos para causar lesiones de carácter psíquico, aunque no conlleven contacto físico, y aunque de hecho no lleguen a producir esa alteración de la salud psíquica, también han de encuadrarse en el concepto de violencia psíquica (20).

---

(18) Así aparece caracterizado en el art. 1267 del Código Civil: "fuerza irresistible". Y la acepción básica de violento en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es "lo que obra con ímpetu o fuerza".

(19) Por ejemplo en la interpretación que se daba a ese término utilizado por los antiguos arts. 337 –realización arbitraria del propio derecho– o 496 –coacciones–.

(20) Puede citarse la sentencia 785/1998, de 9 de junio que castiga como lesiones psíquicas unos hechos espeluznantes: sometimiento de un niño de 11 años a la escena del asesinato de su hermana de tres años. No obstante es interesante observar como esa sentencia niega que lesión se identifique con menoscabo de la salud y exige siempre para la apreciación de los tipos de lesiones una cierta incidencia corporal que concurrirá también "cuando junto a la conmoción del equilibrio espiritual se dé también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles", concepto a partir del cual "se ha considerado que constituye una lesión corporal escupir a otro, someterlo continuamente a fuertes ruidos, el aterrorizar a otro mediante la amenaza con un arma, etc."

Fuera de estas iniciales precisiones no es sencillo apuntar más criterios apriorísticos y habrá que estar a situaciones concretas que han de juzgarse a la vista de todo el contexto y en especial de las circunstancias sociales, culturales, ambientales e individuales de los protagonistas, que nos darán razón de sus resortes personales para reaccionar. En ambientes más elevados o entre personas de cierto nivel cultural o educativo, una prohibición de salir o gritos o insultos podrán carecer de idoneidad para alterar o perturbar gravemente a la víctima que encontrará en los mecanismos civiles una respuesta asequible para su defensa y protección. La misma actitud frente a una mujer que no trabaja y depende económicamente del marido puede tener una relevancia totalmente distinta.

La hostilidad verbal crónica en forma de insulto, las burlas reiteradas, la actitud despótica traducida en prepotencia y actos de anulación de la personalidad del otro, las amenazas explícitas o larvadas, el cinismo patológico, el desprecio exteriorizado en actitudes o palabras degradantes, las palabras zahirientes... suponen actos de violencia emocional, entre muchos otros, que podrían integrar el concepto de violencia psíquica. En cualquier caso es preciso llamar a la prudencia para mantener el precepto en sus justos términos pues una inflación de procesos por este delito puede traer como efecto contraproducente su inaplicación práctica: el principio de intervención mínima obliga a rechazar de plano todo intento de solucionar rencillas familiares o discusiones matrimoniales a través de unas diligencias previas.

A esos fines, para afirmar la habitualidad, entiendo que será preciso exigir una mayor reiteración, repetición o continuación de los actos cuando se trate de violencias psíquicas.

Por otra parte es igualmente (21) exigible por ser casi connatural al concepto de violencia psíquica en este ámbito que se detec-

---

(21) Dos pronunciamientos jurisprudenciales sobre condenas basadas en violencias psíquicas. En primer lugar la sentencia del Juzgado de lo penal n.º 1 de Sevilla de 9 de septiembre de 2001: "las expresiones insultantes, vejatorias, las amenazas y el reiterado control sobre las actividades del cónyuge, la perjudicada, por parte del acusado, *constituyen el maltrato psíquico* del que habla el

te una cierta relación de superioridad o de dominio. La violencia psíquica implica esa posición dominante.

La introducción de la "violencia psíquica" permite contestar afirmativamente a la cuestión de la posibilidad de comisión por omisión del delito del art. 173.2 del Código Penal. Determinadas conductas omisivas –falta de asistencia o cuidado; ignorar despectivamente la existencia del otro...– pueden encajar en esta modalidad típica.

---

precepto penal analizado, que al ser reiterado o permanente, habitual, conforma los elementos típicos necesarios de la infracción penal, desde el punto de vista subjetivo y objetivo. Esto es, dirigido a alguna de las personas a las que alude el tipo penal (en este caso al cónyuge, como se ha dicho), de forma habitual, reiterado y generando un clima de violencia permanente, que no es aislado, proyectándose de forma sucesiva y en cortos espacios de tiempo. Es decir, el acusado cada vez que ha tenido oportunidad (antes, cuando convivía en el domicilio conyugal, y ahora cuando la aborda en la calle u otro lugar) ha llevado a cabo los actos de violencia psíquica expuestos, que en la perjudicada generan una enorme ansiedad y temor, así como una disminución de la autoestima, sentimiento de desesperanza y frustración, como se analizará en el fundamento siguiente (indicadores éstos de maltrato psíquico). Por tanto, una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones (aunque este extremo no es pacífico ya que algún sector doctrinal excluye la posibilidad de comisión por omisión), así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 19 de septiembre de 2000, por su parte, establece: "Y si bien es cierto que, no existe certificación facultativa, acreditativa de la secuela psíquica que haya podido dejar en la perjudicada, lo cierto es que hay que deducirlo por las actuaciones de la misma: el hecho de sentirse amenazada y la posibilidad de que se pudiera cumplir esa amenaza; las continuas comunicaciones con la Guardia Civil, en busca de protección y el estar temiendo por la vida de su hija, hacen que este Tribunal estime la existencia de ese quebranto psíquico en la perjudicada. Que, de haberse probado la existencia de una gravedad del quebranto psíquico, podría pensarse como delito autónomo".

## VIII. LA HABITUALIDAD COMO REQUISITO TÍPICO

Estamos ante un concepto fáctico (22) que no coincide ni con el contenido en el art. 94 del Código Penal (23) ni, desde luego, con la reincidencia. Como escribió RUIZ VADILLO (24) la habitualidad ha de ser "entendida como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal". Tampoco guarda ninguna relación con las nuevas modalidades delictivas basadas en la reiteración durante un año de cuatro faltas (por ej.: art. 147).

La Circular 1/1998 habla de concepto resbaladizo y precisa que la habitualidad aquí se predica no del sujeto, sino de la acción (25).

Para limar dificultades exegéticas, la reforma de junio de 1999 quiso proporcionar cierta orientación para delimitar la noción introduciendo una definición legal que ha sido trasladada al art. 173.3: "Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado 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".

Analizaré en posteriores epígrafes la problemática derivada del posible doble enjuiciamiento aludido al final de la norma. Ahora interesa destacar tres aspectos que perfilan el concepto de habitualidad:

---

(22) GARCÍA VARELA, 183.

(23) Aunque no faltan autores que apuntan a ese criterio (por todos TAMARIT SUMALLA en la obra colectiva *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 745 y 746.

(24) *Las violencias físicas en el hogar*, cit., en bibliografía pág. 3.

(25) Pese a ello, como afirma MORENO VERDEJO, la interpretación de todo el tipo ha de estar presidida por la atención a un componente subjetivo cual es "la inclinación del sujeto activo al empleo en sus relaciones familiares de la violencia física o psíquica" en *Problemas jurídicos derivados de la noción de habitualidad*, ponencia presentada a la primera reunión de Fiscales encargados del servicio de violencia familiar ya reseñada.

a) Un factor insoslayable es el *número de actos de violencia* que son exigibles para que se hable de habitualidad. En principio creo que habrían de exigirse ineludiblemente más de dos (26). La jurisprudencia recaída sobre los antiguos delitos de hábito que exigía tres o más actos (27) es un punto de referencia, aunque insuficiente y ya superado por la jurisprudencia. No es aceptable un mimetismo irreflexivo. En primer lugar por el factor cronológico que se introduce ahora. Pero, sobre todo, porque en este delito lo que se castiga es la creación de un clima de violencia permanente o sostenida. Por eso si en un mismo día hay tres actos de violencia física espaciados en diversos momentos, pero no se vuelve a repetir esa situación, no puede hablarse de habitualidad, aunque hayan existido tres actos. El ejemplo es extremo, pero con él se entiende lo que intento decir. La cuantificación numérica es importante, pero no suficiente y el problema interpretativo no se soluciona fijando una cifra. Hay que atender a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por esos episodios de violencia reiterados que, aunque sean espaciados, están presentes de una forma latente en todo momento. Para la cuantificación hay que sumar tanto los actos de violencia física como aquellos que supongan violencia psíquica. Y, en todo caso, la habitualidad es algo más que una suma de actos aislados. Lo que, por otra parte, significa que se podrá apreciar la habitualidad aunque no puedan concretarse los distintos actos de violencia de forma total: puede bastar la referencia a que la situación se repite con frecuencia realizada por la víctima para llegar a la convicción determinante de un pronunciamiento condenatorio. Por eso no me parece acertado que se hable en el precepto de "actos de violencia" "acreditados", expresiones que parecen sugerir que cada uno de los episodios violentos aparezca perfectamente descrito en sus circunstancias.

---

(26) Una enmienda del Grupo Mixto en el Senado pretendía que se hablase de "dos o más actos de violencia".

(27) Especialmente en materia de receptación habitual: sentencias de 28 de febrero de 1997, 20 de mayo de 1997 o 14 de junio del mismo año, entre muchas otras.

A este respecto, la sentencia del TS 1208/2000, de 7 de julio ha afirmado que "lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el tracto violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual" (28). De una especial plasticidad se me antoja la imagen a que acude CUESTA SÁNCHEZ (29): "la representación gráfica del tipo del art. 153 sería semejante a la luz que brilla a distintas intensidades pero que nunca llega a apagarse. Habrá momentos en los que se atacan todos los bienes jurídicos protegidos (un episodio violento concreto y determinado, individualizado en hora y día) y otros en los que, si bien no existe un ataque contra la integridad física o la salud, sin embargo se mantiene la situación de miedo de la víctima (la luz se mantiene más o menos tenue, pero no llega a apagarse)".

b) Ha de apreciarse también un *elemento cronológico*: cierta cercanía temporal entre los distintos episodios de violencia. El transcurso de largas temporadas de convivencia en el respeto mutuo rompe la habitualidad. Tampoco pueden establecerse criterios apriorísticos. Pero, por ejemplo, un acto de violencia cada año no es ni puede ser habitualidad, si efectivamente durante ese período el suceso ni se repite, ni existe un clima propicio a la reiteración. Las conclusiones de los Fiscales encargados del servicio de violencia familiar intentaron apuntar un cierto criterio orientador: "no cabe negar

---

(28) La sentencia explica a continuación que no se trata de dos simples agresiones, sino de dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente. Con esto la cuantificación de acciones violentas pasa a un segundo plano.

(29) *La prueba en los delitos de violencia familiar*, pág. 6 del texto mecanografiado.

la proximidad temporal, como regla general, entre aquellos actos violentos constitutivos de falta distanciados por plazo no superior a seis meses, ni entre los actos violentos constitutivos de delito si el lapso temporal no excede de un año" (30). Evidentemente, aunque no exista habitualidad, los hechos merecerán ser castigados con arreglo a los tipos de lesiones, amenazas... En la jurisprudencia tenemos ya varios pronunciamientos específicos sobre este punto. En un caso la afirmación de los hechos probados de "palizas" en "varias ocasiones" dentro de un mismo año se considera suficiente para que pueda hablarse de malos tratos habituales. Y se da a entender que si se tratase de hechos cometidos en años distintos, el espaciamiento temporal impediría hablar de habitualidad (sentencia 645/1999, de 29 de abril). Por otro lado, la sentencia de 20 de diciembre de 1996 entiende por habitualidad la "repetición de actos de idéntico contenido, *con cierta proximidad cronológica*, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas (31)". El criterio de esta sentencia cuantitativo debe considerarse ya superado. En la jurisprudencia menor la sentencia de 24 de julio de 2000 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona se absuelve del delito del art. 153 pues "es cierto que se ha producido una repetición de actos violentos, pero estos no son reveladores de la habitualidad, dado que no se da el requisito de proximidad cronológica. Así y de acuerdo con los hechos probados... tales actos violentos datan de 12 de marzo de 1992 y 24 de junio de 1998 (habiendo transcurrido entre ellos un periodo de seis años y tres meses), así como el que ha dado origen a las presentes actuaciones que data de 13 de septiembre de 1998; que si bien se encuentra próximo en el tiempo con el hecho por el que el imputado fue condenado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de esta Ciudad; dos hechos de acuerdo con los expuesto anteriormente no pueden ser calificados como de habitualidad a los efectos de aplicar el art. 153 del Código Penal (actual art. 173.2)".

---

(30) IV, 8).

(31) Sic, aunque parece intuirse que quería ponerse la cifra de tres agresiones, no se hace. No se sabe si consciente o inconscientemente.

c) Por último el precepto aclara que la habitualidad puede construirse con actos de violencia ejercidos *sobre distintos sujetos pasivos*. Ahora bien, la mención legal merece una ineludible puntualización: ha de tratarse de violencias generadas dentro de un mismo marco convivencial (32). Se ha hablado de la necesidad de una "unidad de contexto" (33). Así no será habitualidad si se repiten actos de violencia con el cónyuge y con el ex-cónyuge. De ahí se derivará que cada entorno familiar dará lugar a una infracción del art. 173.2. Si se están ejerciendo reiteradas violencias sobre varios hijos y el cónyuge habrá un único delito del art. 173.2. Pero si simultáneamente se producen maltratos respecto del ex-cónyuge, tendremos dos delitos del art. 173.2 en concurso real.

Sobre la habitualidad existe ya un relevante número de pronunciamientos jurisprudenciales. La STS 414/03 explica que "la habitualidad se vertebrada alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujetos pasivos siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica, viene a constituirse en el elemento configurador del tipo y aparece definida por la concurrencia de los elementos citados, que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza, en cada caso, sobre su concurrencia o no; por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada. Reiteradamente ha precisado esta Sala que al concepto de habitualidad, considerado como elemento valorativo en el art. 153 no le afecta la definición legal del art. 94 CP que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad".

---

(32) En este sentido, Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado que en este punto rectificaba la interpretación que sostenía la Circular 2/1990 para la que no se podían acumular malos tratos ejercidos sobre sujetos pasivos diferenciados.

(33) GARZENMÜLLER y otros, cit., núm. 360.

La Sentencia 662/2003 de 18 de abril, por su parte, expresa que es preciso para la habitualidad, "un ámbito temporal de proximidad" y que "la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido". La Sentencia 907/2002, de 16 de mayo, recogiendo doctrina anterior, refiere que "habitualidad necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del art. 153 del CP –y antes el 425 CP de 1973– es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual".

## IX. SUJETOS DEL DELITO

El círculo de posibles sujetos activo y pasivo del delito ha ido ampliándose progresivamente. El tipo abarca ya casi todas las situaciones imaginables dentro de un círculo doméstico. Sujeto activo y pasivo han de estar unidos por alguna de las relaciones expresamente contempladas en el precepto que son las siguientes:

a) *Cónyuge o ex-cónyuge*. Atendiendo a las sugerencias que había formulado el Defensor del Pueblo en 1999 se introdujo la mención al ex-cónyuge para dar respuesta a un fenómeno nada infrecuente: la continuación de los tratos vejatorios cuando el matrimonio ha sido disuelto. En esos casos lo que debiera ser la *ratio* última del precepto (protección institución familiar) no concurre, aunque debe admitirse que la realidad criminológica exigía alguna previsión *ad hoc*. De cualquier forma creo que se desnaturaliza el precepto con ese aditamento. Es indispensable en el caso de ex-cónyuges que los malos tratos o violencias traigan su causa precisamente en esa previa relación matrimonial. Eventuales supuestos en que las violencias surjan con motivo de otro tipo de relaciones (piénsese en discusiones laborales, en el caso de que trabajen juntos) no serán trasladables a los arts. 153 o 173.

b) *Personas ligadas con análoga relación de afectividad a la del matrimonio o que lo hayan estado*. Cabe hacer idénticas precisiones que las formuladas en el punto anterior. Siendo los cónyuges el referente, es lógico que se exigiese una cierta estabilidad en la relación y así se expresaba antes de la reforma. En la redacción actual se aclara de manera explícita que no es necesario que haya convivencia lo que abre la posibilidad de que se incluyan determinadas relaciones de noviazgo. No obstante en mi opinión el noviazgo —en su acepción tradicional— no tiene el componente de compromiso más o menos definitivo que comporta el matrimonio por lo que no queda abarcado por el tipo ni siquiera en su nueva redacción [sentencia de 11 de mayo de 1995 (34)], aunque no cabe excluir que algunos casos especiales que pudieran genéricamente catalogarse como "noviazgo" puedan asimilarse a esa relación análoga de afectividad.

---

(34) En algún momento se ha reclamado la inclusión expresa de las relaciones de noviazgo: en mi opinión es perturbador (XII Congreso de Mujeres Abogadas celebrado en Sevilla entre los días 23 a 25 de octubre de 1998, citado por ARANGÜENA FANEGO, 240). En cambio considera que ya pueden considerarse incluidas las relaciones de noviazgo, alabando la modificación, MERLOS CHICHARRO, ob. cit., pág. 15.

c) *Los descendientes.* Como el Código no hace distinción alguna, es indiferente que sean o no mayores de edad, aunque sí parece exigirse la relación convivencial o, alternativamente, la sujeción a la patria potestad.

d) *Los descendientes del cónyuge o del conviviente* en iguales términos. No se incluyen en cambio los hijos del ex-cónyuge o del ex-conviviente.

e) *Los ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente,* exigiéndose igualmente, según la mejor interpretación, que exista relación de convivencia. Se incluyen ya los suegros con claridad. Los malos tratos de hijos a padres o abuelos quedan también incluidos. La referencia a los hermanos es una novedad, que se había reclamado.

f) *Los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno –el autor– u otro –su cónyuge o conviviente–.* En cuanto a los incapaces no es necesaria una relación de parentesco. Tampoco es precisa la declaración judicial de incapacidad (art. 25 del Código Penal). En relación con los pupilos, no se exige relación de parentesco. Cuando la tutela está asumida por una persona jurídica tal y como permite la legislación civil (art. 242 del Código Civil), no parece viable la aplicación del art. 31 del Código Penal que está pensado para delitos y relaciones típicas muy distintas a éstas, aunque la laguna se subsana en la nueva redacción con otra adición que enseguida se consignará.

g) *Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.* Con esta fórmula se abre todavía más el círculo de posibles sujetos pasivos (en la medida en que en este punto no puede hablarse de reciprocidad) hasta llegar a comprender a sobrinos, a ancianos acogidos en una familia e incluso a la interna que presta en la casa servicios de tipo doméstico.

h) *Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

En las conclusiones elaboradas por los Fiscales encargados del servicio de violencia familiar tras su reunión de marzo de 2000, se especifica con acierto que aunque el sujeto pasivo del maltrato sea uno, ello no excluye la posible condición de víctimas o perjudicados de otras personas distintas de aquél que sufre directamente las violencias. Ello es importante a la hora de adoptar decisiones en materia de responsabilidad civil, medidas de protección de víctimas y alcance de las medidas cautelares (35).

## X. PENAS Y SUBTIPOS AGRAVADOS

Son reflejo de las previstas en el art. 153 ya comentadas.

En materia de penología la única diferencia es el incremento en la duración de las previstas, lo que conlleva la supresión de la posibilidad de trabajos en beneficios de la comunidad: prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, facultativamente en atención al interés del menor o incapaz, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento entre uno y cinco años.

Se erigen en subtipos agravados la realización de una sola de las acciones integrantes de la habitualidad en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio común o en el de la víctima, o quebrantando las penas de residir en determinados lugares, aproximación a la víctima o comunicación (art. 48), o medidas cautelares.

El plural "menores" suscita la duda de si basta un menor para que la agravación concurra. Creo que sí. En todo caso resulta absurdo que no se dé la agravación cuando la víctima es justamente el menor.

---

(35) Punto III.1) de las Conclusiones.

Los problemas concursales que se derivan de la contemplación de estos subtipos se examinarán más adelante.

## XI. LA COMPATIBILIDAD DEL DELITO DE MALTRATO HABITUAL CON LOS PREVIOS DELITOS O FALTAS DE LESIONES

Cuando se suscitó la necesidad de tipificar estas conductas ante la insuficiencia de la respuesta penal basada exclusivamente en el castigo individualizado de cada acto de agresión, algunos abogaron por resucitar una vieja técnica: la virtualidad de la reincidencia para convertir una falta en delito por su simple repetición. Así se hacía antes de las reformas de 1978 y 1983 (36) con algunos delitos contra la propiedad, en modalidad que pervivió en cierta legislación especial (37) y que el legislador de 2003 acaba de resucitar para hacer frente a la multirreincidencia en faltas contra la persona o la propiedad.

Ese tipo de legislación hubiese abortado muchos de los problemas interpretativos que se han generado en torno al delito de maltrato habitual, pero en su contra jugaba la dudosa constitucionalidad de la reforma –problema que hoy parece haberse evaporado respecto de los nuevos delitos compuestos por varias faltas– y, en su momento, se hubiese presentado como un paso atrás en lo que aparecía como una reivindicación generalizada en pro de la desaparición de la capacidad de la reincidencia para provocar la mutación de una falta en un delito.

La opción por el delito de hábito trae consigo problemas. Ha de evitarse la tentación de intentar resolverlos acudiendo de forma camuflada a soluciones que valdrían para una infracción basada en la reincidencia pero no para un característico delito de hábito.

La compatibilidad entre el delito de maltrato habitual y los posibles delitos o faltas de lesiones ha sido siempre uno de los

---

(36) El último vestigio en el Código Penal Común fue el art. 534 –delitos contra la propiedad industrial e intelectual– que fue suprimido en 1987.

(37) Ley de Caza de 4 de agosto de 1970.

puntos más discutidos de esta norma. En el Código de 1995 el legislador intentó salir al paso de la interpretación que negaba el concurso de delitos, aclarando en el precepto que las penas previstas en el art. 153 se impondrían "sin perjuicio de las que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causare". La aclaración persiste en el tipo actual del art. 173.2 que declara a salvo, "las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".

La cuestión es en todo caso compleja y no basta el voluntarismo del legislador para solventarla con una mera declaración. Aparecen imbricados problemas constitucionales –*non bis in idem*–; sustantivos –concurso– y procesales –acumulación y cosa juzgada–.

Toda solución que no pase por diversificar los bienes jurídicos protegidos por cada una de esas infracciones está condenada a conducir a claras inconsecuencias o dislates donde los datos para que exista condena o no serán tan ajenos a la culpabilidad del autor, como el hecho de que anteriores conductas hayan sido denunciadas o no, o el sentido de la sentencia que haya recaído. Por tanto el punto dogmático de partida ha de ser la proclamación de que en el art. 173.2 se protege un bien jurídico distinto de los tutelados en los restantes delitos y faltas de lesiones. La afirmación, tras la reforma de 2003, cuenta con el respaldo de la dispersión sistemática de los delitos de lesiones y de maltrato habitual.

Con anterioridad el tema se presentaba como más dudoso. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 645/1999 de 29 de abril llegaba a insinuar que la doble condena violaría la prohibición del *bis in idem* (38). Sin embargo la más reciente jurisprudencia ha encaminado sus pasos por otros derroteros. La sentencia 927/2000, de 24 de junio, tras insistir en la autonomía del delito del art. 153 frente a los delitos o faltas de lesiones basándose en la diferencia-

---

(38) Muy críticamente en relación con la fórmula legal, considera que la compatibilidad de sanciones vulnera el *non bis in idem*, DOLZ LAGO (cit., págs. 314 y ss.).

ción de bien jurídico protegido, se decanta claramente por la compatibilidad de sanciones (39).

Corolario de esa autonomía del bien jurídico frente a los delitos de lesiones, será también que las agresiones a distintos destinatarios dentro de un mismo ámbito familiar serán constitutivas de un único delito del art. 173.2 y no tantos como agredidos.

La jurisprudencia en la actualidad es ya contundente en este punto. La STS 968/2003, de 4 de julio, analiza en su fundamento tercero la alegada vulneración del principio *non bis in idem* que rechaza con la siguiente argumentación: "En principio, ningún inconveniente habría en considerar que una sucesión de hechos constituyen un delito de violencia doméstica, que por su estructura típica es un delito de hábito, y al mismo tiempo un delito de coacciones si se entiende que ha sido precisamente la pluralidad de los hechos enjuiciados la que ha perturbado gravemente la libertad personal de la víctima. El delito de violencia doméstica se encuentra castigado en el art. 153 CP ... 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. E igual puede decirse del delito de amenazas cuando es la reiteración con que se profieren las amenazas lo que les otorga seriedad y capacidad para amedrentar a la persona a la que van dirigidas".

La Sentencia 687/2002, de 16 de abril, por su parte, admite con claridad la toma en consideración de hechos aislados ya enjuiciados para construir la habitualidad del art. 173.2 (153 en las fechas de la sentencia): "No es posible admitir el argumento de la cosa juzgada, pues la conducta típica es compatible también con la existencia de condenas anteriores por hechos violentos, pues se trata de reconocer típicamente dicho comportamiento desde la perspectiva de la habitualidad, y no cabe alegar infracción del

---

(39) Esa es la tesis mayoritaria en las Audiencias Provinciales (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 254/2000, de 15 de mayo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 295/2000, de 6 de abril o sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 468/1999, de 7 de diciembre). Aunque no falta algún pronunciamiento aislado en sentido diverso.

principio *non bis in idem* tan estrechamente vinculado con la cosa juzgada (sólo en el caso de que los mismos episodios hubiesen sido ya subsumidos en el delito del art. 153), puesto que son hechos distintos". Igualmente expresiva en esa dirección es la sentencia 932/2003, de 27 de junio.

La posible prescripción de hechos constitutivos de falta no impide su valoración cuando se aplica el art. 173.2. Por eso, dice la STS 662/2002, de 18 de abril y reiteran otras, "los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito –se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77 y no de normas–, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dado por la LO 14/99 de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas".

Los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad de forma que la prescripción comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados (STS 687/2002, de 16 de abril).

Con los nuevos tipos penales el problema se suscitará ya entre los arts. 153 y 173.2, dado el carácter tan residual con que han quedado las faltas cometidas en el ámbito familiar.

## XII. COORDINACIÓN ENTRE LOS PROCESOS POR DELITO DE MALTRATO HABITUAL Y LOS SEGUIDOS POR DELITOS O FALTAS DE LESIONES

La afirmación de la compatibilidad entre ambas infracciones no soluciona todos los problemas, sino que trae de la mano otros derivados de la necesidad de coordinar los procesos por unas y otras infracciones, pues el enjuiciamiento no necesariamente será

conjunto. Esos problemas han estado presentes en la mente del legislador cuando en junio de 1999 al dar nueva redacción al art. 153 se preocupó de establecer que la habitualidad exigida por el delito se apreciará con independencia "de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

La problemática derivada del posible doble enjuiciamiento aludido al final de la norma representa un auténtico campo de minas para el intérprete y el práctico y exige distinguir supuestos.

a) *Valor de las condenas previas por faltas de lesiones o maltrato.*—Que hayan recaído ya sentencias condenatorias por delitos (art. 173) o faltas (art. 620) de lesiones o vejación o amenazas no excluye la sanción por el delito del art. 173.2 aunque para integrar éste se tomen en consideración también las faltas o delitos ya enjuiciados.

Pero está plenamente abierta en el segundo proceso la posibilidad de discrepancia valorativa: el juez puede apartarse de las conclusiones fácticas plasmadas en las anteriores sentencias. No existirá eficacia material o positiva de cosa juzgada.

Al enjuiciarse los hechos desde su globalidad para dilucidar la condena por el delito del art. 173.2 deberán ser nuevamente probados todos los hechos: la existencia de una previa sentencia condenatoria será un elemento importante de convicción, pero no definitivo o incontestable (40). El que existan ya sentencias condenatorias por algunos de los hechos aislados de violencia no excusa de que tengan que volver a ser probados en juicio. No basta con el testimonio de la sentencia o de todas las actuaciones de la causa anterior, que en todo caso será conveniente aportar. Ni la existencia de varias sentencias condenatorias exime de prueba: será necesario reproducir la actividad probatoria en el proceso por el delito del art. 153. Así se infiere además del art. 173.3 que habla de actos de violencia "que resulten acreditados". Esto me parece especialmente importante para no descuidar la actividad probatoria.

---

(40) Aunque presenta matices diversos, puede citarse en apoyo de esa tesis la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1999, de 10 de mayo.

b) *Enjuiciamiento en un solo proceso de los resultados lesivos y la violencia habitual.*—Cuando no se ha interpuesto denuncia por los episodios individualizados de violencia, todos los hechos —tanto los constitutivos de falta como lo que en su caso pudieran dar lugar a un delito de lesiones— podrán ser valorados para conformar la tipicidad del art. 173.2, originando un concurso de delitos que arrastrará, en su caso, las correspondientes sanciones por esas faltas o delitos. Se exceptúa el supuesto de que las faltas pudiesen estar prescritas: en esos casos, en principio, no sería imponible la sanción por la falta, pero nada impide valorar esas agresiones a los efectos del art. 173.2 (41). En ese terreno se mueve la sentencia del Tribunal Supremo 645/1999, de 29 de abril: no se castigan las faltas por estar prescritas, pero se tienen en cuenta esos hechos para apreciar el delito de violencia habitual (vid. igualmente sentencia 927/2000, de 24 de junio).

c) El tercer y último supuesto posible es el del *enjuiciamiento por un delito del art. 173.2 cuando previamente han recaído sentencias absolutorias o autos de sobreseimiento* por las faltas o delitos de lesiones o vejación o maltrato psíquico individualizados. Es una hipótesis que era frecuente. Se van interponiendo denuncias que finalizan en archivo o en sentencia absolutoria por falta de pruebas derivada de la incomparecencia de la víctima. En una enésima denuncia la víctima, habiendo superado ya el temor o abandonada la falsa ilusión de que la situación se podría solucionar sin intervención judicial, comparece y no sólo relata con detalle la última agresión sino que da cuenta de la retahíla de

---

(41) De acuerdo con el principio establecido en el art. 132.1 del Código Penal el delito del art. 173.2, según ya se ha dicho incidentalmente en el texto, no empezará a prescribir sino desde el momento de la última acción violenta.

Es dudosa la aplicabilidad a estos supuestos de la jurisprudencia a tenor de la cual en casos de infracciones conexas, las más leves no pueden prescribir hasta que lo haga la más grave. ¿Significa ésto que aunque hayan transcurrido más de seis meses hasta la interposición de la denuncia, sería factible la condena por las faltas?

denuncias que luego no fueron sostenidas o que no pudieron finalizar en sentencia condenatoria.

No cabe obviamente volver a enjuiciar esos hechos salvo que se tratase de autos de sobreseimiento provisional. En ese caso sí procederá la reapertura y acumulación.

Cuando lo que existen son sentencias absolutorias, creo factible que en el nuevo proceso por el delito del art. 173.2 se discrepe de la valoración de la prueba hecha en las sentencias anteriores y considerar a los únicos efectos de integrar la noción de habitualidad, que esas conductas de violencia –ya enjuiciadas desde su perspectiva individual– existieron. Lo que no sería dable es condenar por esas previas faltas o delitos por impedirlo la eficacia negativa de la cosa juzgada. Pero considero que no se puede hablar aquí de eficacia material o positiva del efecto de cosa juzgada. En el ámbito jurisdiccional penal la cosa juzgada carece de eficacia prejudicial o positiva (sentencias de 19 de octubre de 1970, 5 de mayo de 1988 o 1284/1999, de 21 de septiembre). Es decir lo afirmado o declarado probado en una sentencia firme no vincula en otros procesos posteriores (42). La absolución por un delito o falta de lesiones o amenazas, o maltrato, no implica necesariamente la absolución por el delito de maltrato habitual en el que lo que se enjuicia no es cada acto aislado, sino la situación creada. Si la absolución no impediría el ejercicio de acciones civiles posteriores por los mismos hechos, salvo que la sentencia declare probada su inexistencia (art. 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tampoco veda que posteriormente se vuelva sobre los mismos hechos no para su castigo individualizado –repelido por la cosa juzgada–, sino para estimar si existía o no una situación de maltrato habitual y condenar por el delito del art. 173.2. La cosa juzgada penal sólo cumple la función negativa o excluyente y no la positiva o pre-

---

(42) Cosa distinta es que un precepto penal tome como base una previa sentencia condenatoria: en ese caso lo que se prueba no es lo afirmado en la sentencia condenatoria, sino su misma existencia. Así la reincidencia no exige que el autor haya cometido otros delitos previamente, sino que aparezca condenado.

judicial (43). La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre de un proceso previo cuyo objeto fuese un concreto caso aislado de lesiones —especialmente si en ella no afirma taxativamente la inexistencia del hecho— impedirá un nuevo enjuiciamiento de esos hechos, pero no su valoración a los fines de considerar que ha existido habitualidad en un proceso abierto posteriormente por el delito del art. 173.2. En la medida en que en el segundo proceso se está valorando una situación permanente y se evita condenar específicamente por cada episodio individualizado, no se está vulnerando el principio de la cosa juzgada.

Entiendo, pues, que no existe obstáculo dogmático alguno para que el órgano llamado a enjuiciar el delito del art. 173.2, pese a la existencia de sentencias absolutorias, entienda probados algunos episodios particulares ya enjuiciados de violencia a los solos efectos de condenar por el delito de maltrato habitual (44).

En esa dirección parece apuntar la sentencia de la Sección 23.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2000: "...las razones que lleven a poner fin a esos otros procedimientos pueden ser variadas, ya que, incluso si hubieren concluido con sentencia absolutoria, la misma pudiera responder a cuestiones procesales que no afectasen a la realidad de fondo, por cuyo motivo el concepto de habitualidad hay que construirlo desprovisto de eventuales incidencias de otros procesos. El resultado y los efectos de ese resultado en el proceso de que se trate serán los que, en relación con el mismo, deban ser, pero, a salvo los efectos de cosa juzgada, no deben ir más allá, ya que lo contrario supondría supeditar el proceso por malos tratos habituales a lo que en otro se dijese, con lo que de limitación para el principio de libre valoración

---

(43) DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal*, obra conjunta, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, págs. 532 y ss., que, por otra parte, no hace más que recoger una opinión pacífica entre los procesalistas. En las consideraciones que siguen en el texto he tenido igualmente a la vista la exposición que de este punto hace el citado catedrático y de ahí tomo algunas de las referencias que se consignan.

(44) En términos generales estas ideas han sido acogidas en las primeras conclusiones de los Fiscales de violencia familiar tantas veces aludidas: apartado V.

de la prueba ello supone. Resumiendo, pues, el tema de la habitualidad es cuestión de prueba ajena a cualquier avatar judicial que pueda interferir en el concepto con el riesgo de producir una disfunción de ese concepto naturalístico que entendemos debe serle dado".

Muy distintas son las conclusiones de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña 60/1999, de 11 de noviembre: "...una cosa es que el art. 153 (art. 173.2 actual) no exija una condena previa para apreciar la habitualidad, aunque sí han de ser hechos condenables... en otras palabras: la absolución anterior por tales hechos es cosa juzgada con todas sus consecuencias, no pudiendo revisarse, ni ser contradicha después en otro proceso".

Esa es en el fondo la objeción que puede hacerse a este planteamiento: si con este entendimiento se está no sólo negando la eficacia positiva de la cosa juzgada, sino violando su mismo efecto negativo: ¿se están juzgando de nuevo los mismos hechos? Como es bien sabido el cambio de calificación no permite un nuevo enjuiciamiento. En mi opinión en la medida en que la perspectiva es distinta no puede hablarse de los mismos hechos: se está contemplando una situación permanente y no episodios aislados.

En la jurisprudencia existen dos pronunciamientos contradictorios sobre esta cuestión. Por una parte la STS 805/2003: "Es cierto que las denuncias por supuestos malos tratos que concluyeron en sentencia absolutoria no pueden ser tomadas en consideración para apreciar la habitualidad. El principio de presunción de inocencia establece que toda persona es inocente mientras no se acredite lo contrario, y en el caso de que una acusación concluya en sentencia absolutoria por no haberse acreditado los hechos, sea por incomparecencia de la denunciante sea por otra razón diferentes, lo cierto es que la sentencia firme dictada impone la consecuencia de que el denunciado debe ser a todos los efectos considerado inocente de los referidos hechos, por lo que no pueden valorarse posteriormente esos mismos hechos en contra del acusado tomando en consideración".

La Sentencia 687/2002, de 16 de abril, ofrece, sin embargo, aunque de manera incidental, la respuesta contraria: "es aplicable

la doctrina según la cual en el proceso penal no se da el efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada (excepto quizá cuando un pronunciamiento anterior ha declarado la inexistencia del hecho), por lo que igualmente un Tribunal distinto puede valorar de forma diferente hechos archivados con anterioridad conforme a la prueba desarrollada a su presencia".

De cualquier forma una buena práctica, aunque quizás no del todo ortodoxa desde el purismo procesal, sería optar por el sobreseimiento provisional cuando la falta de prueba de estas agresiones denunciadas se debe a la incomparecencia de las partes –supuesto harto frecuente–. Evitando la sentencia absolutoria y sin perjuicio de que el sobreseimiento provisional a los seis meses se transforme en definitivo por mor de la prescripción, se sale al paso de una penosa situación: quien denuncia un maltrato habitual plenamente acreditado a través de la comprobación de asistencias médicas, pero que ve rechazada su denuncia con el argumento de que no cabe la condena por cuanto las sentencias recaídas en los anteriores juicios de faltas acabaron en absolucón por su incomparecencia. La práctica apuntada impediría jugar con la eficacia material de la cosa juzgada para dificultar o hacer imposible la condena por el delito del art. 173.2 pese a que exista constancia de que tal infracción se ha llegado a perpetrar efectivamente.

### XIII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS Y PROBLEMAS DE COSA JUZGADA

En materia de cosa juzgada, de manera similar a lo que sucede con los delitos permanentes o de tracto continuado, la existencia de una sentencia condenatoria rompe la unidad delictiva y permitirá a partir de ella construir una nueva infracción del art. 173.2 con los actos violentos posteriores que, no podrán acumularse con los ya juzgados o los coetáneos a ello a la hora de dar contenido a la habitualidad.

Por otra parte la eficacia de cosa juzgada de una sentencia condenatoria cubrirá con su manto todos los episodios comprendidos

entre las fechas contempladas. Pero la eficacia de cosa juzgada de una sentencia absolutoria sólo alcanzará los hechos que hayan sido conocidos y juzgados (45).

No es fácil precisar en los delitos de hábito cuándo acaba un delito y empieza una infracción nueva. Este problema unido al ya apuntado de los concursos en el terreno procesal repercute a la hora de decidir la acumulación o no de distintos procesos. A estos temas se dedican las siguientes líneas.

La formación de causas aisladas por cada una de las denuncias interpuestas, sin proceder a la acumulación tal y como es preceptivo, era una tendencia que se apreciaba sobre todo en las grandes capitales. La ausencia de un seguimiento coordinado o la falta de mecanismos que pusiesen en relación todos los datos impedían apreciar globalmente una situación constituyéndose en una grave carencia que vino handicapado la operatividad del delito que estamos examinando. Al paso de ese grave defecto salió la Circular de la Fiscalía General del Estado tantas veces citada a través de los registros de cada Fiscalía de que ya se ha hablado y mediante los que se pretende controlar esas denuncias. A esa inicial herramienta se han venido uniendo otras entre las que destacan las normas del Consejo General del Poder Judicial que propugnan un específico sistema de reparto para estas infracciones (Instrucción 3/2003, de 9 de abril del Consejo General del Poder Judicial sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica) y que responde a alguna de las recomendaciones que se vertían en el informe sobre malos tratos del Consejo General del Poder Judicial aprobado el 22 de marzo de 2001 (46).

---

(45) Vid. CORTES DOMÍNGUEZ, cit., págs. 139 y 140.

(46) Se menciona expresamente en el informe la norma de reparto aprobada en Barcelona en Junta de 6 de julio de 2000: "Toda denuncia por hechos susceptibles de ser calificados dentro del tipo penal del art. 153 del CP e imputables a un mismo autor será competencia, por antecedentes, del Juzgado que haya conocido o esté conociendo de los anteriores hechos en que se base la habitualidad. Si no consta ninguna denuncia anterior, serán aplicables las normas generales de competencia. Se reiniciará nueva cadena de antecedentes cuando hayan transcurrido tres años desde la primera denuncia".

Prescindiendo ahora de un examen más detenido de los problemas de acumulación, de tipo predominantemente procesal y por tanto no propios de esta ponencia, relacionados con ellos, aparece la cuestión sustantiva de la necesidad de delimitar en qué momento acaba un delito de maltrato habitual y da comienzo otro. El problema es rabiosamente endiablado, aunque no es exclusivo de esta figura penal. Se presenta con términos muy semejantes en todos los delitos en que la actividad típica se despliega en tramos más o menos largos de tiempo: los delitos continuados, los delitos permanentes (como los delitos contra la Salud Pública), los de tracto continuado (como la tenencia de armas o el impago de pensiones). ¿Cuándo finaliza un delito y comienza otro distinto?

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

Existiendo unidad de delito no será factible la tramitación separada de las causas. Pero no concurriendo la misma la necesidad de acumulación o no se determinará con arreglo a criterios de conveniencia en atención al estado procesal de cada causa y las relaciones entre unos y otros hechos.

Sin embargo en el delito del art. 173.2 creo que las soluciones han de aproximarse más a las que vienen dándose en la práctica para el delito de impago de pensiones. Hay que fijar un momento a partir del cual nuevos episodios de maltrato habrán de dar vida a otro posible delito del art. 173.2... Y otro momento a partir del cual como regla general de niegue la acumulación de nuevos epi-

sodios de maltrato, aunque puedan quedar integrados en la unidad delictiva.

El tema merece un estudio reposado. Me atrevo a sugerir dos criterios como punto de referencia:

— En principio a partir del momento de la calificación del Ministerio Fiscal deberían excluirse nuevas acumulaciones.

— También por vía de principio parece que sólo a partir de la sentencia o, preferiblemente, del acto del juicio oral podrá decirse que nuevas acciones de maltrato podrán dar vida, siempre que se reiteren, a un nuevo y distinto delito del art. 153 del Código Penal. Criterios posibles alternativos a éste serían fijar ese momento en la comunicación al imputado de la existencia del proceso; o, del auto de apertura del juicio oral.

En teoría el cauce procesal de los juicios rápidos reducirá estos problemas. Pero creo que todos somos conscientes de que la práctica desmentirá la idoneidad de ese procedimiento acelerado para el enjuiciamiento de la mayoría de estas figuras penales. Pero con eso me estoy adentrando también en territorio de otras ponencias corriendo el riesgo de un *bis in idem* que también ha de estar proscrito en el ámbito de un curso de formación.

#### XIV. OTROS PROBLEMAS CONCURSALES

Si ya con anterioridad a la reforma de 2003 los problemas concursales dentro del campo de la violencia doméstica encerraban un sinfín de interrogantes que no siempre encontraban respuestas unificadas, los perfiles de los nuevos tipos han engrandecido hasta límites insospechados tal problemática, que parece llamada a ser uno de los puntos donde surjan mayores discusiones dogmáticas y más variopintas soluciones prácticas.

Se hace imprescindible una exposición diferenciada de esos diferentes problemas:

a) *Maltrato habitual y tratos degradantes (art. 173.1)*. La posibilidad de concurso entre estas dos infracciones se debatió antes de la última reforma. Dos Sentencias de la Sala Segunda abordaron el problema. La primera de las sentencias contemplaba una sucesión de actos dirigidos contra la mujer y los hijos del matrimonio consistentes en amenazas con un martillo, arrancamiento de un mechón de pelo, golpes, amenazas verbales y con una carabina. La secuencia acabaría en la muerte de la esposa. El Tribunal de Jurado condenó por un delito de asesinato y un delito contra la integridad moral y le absolvió del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. La STS de 2 de abril de 2003 niega el delito del art. 173.1 por razones conceptuales: "los hechos declarados probados refieren actos de violencia causantes de un menoscabo a la salud física de miembros de la familia y de amenazas que bien podrán ser subsumidas en el 153 CP pero carecen de la nota de envilecimiento y humillación que corresponde al tipo penal del art. 173". Por su parte la STS de 5 de junio de 2003, admite el concurso entre ambos tipos penales. El encierro de una mujer por parte de su pareja en una habitación, con ataduras y con numerosas vejaciones dio lugar a una condena por delitos de detención ilegal, agresión sexual, violencia en el ámbito familiar y contra la integridad moral. La sentencia fue confirmada en casación: "la víctima S, tras ser atada de pies y manos durante el curso del encierro, es reiteradamente golpeada, usando cinturones para ello, quemándola con cigarrillos para extremar su dolor y humillación, agredida sexualmente, no dándole comida más que en una ocasión, negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua" y se le "untó la cara con heces". Episodio, pues, de más humillación y vejación que atenta contra la integridad moral, como concepto derivado de la dignidad humana, no puede ofrecerse fácilmente en la realidad". Y se admite la compatibilidad entre el antiguo art. 153 y el art. 173.1: "el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el art. 177 del Código penal, a cuyo tenor" si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víc-

tima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley". Tras la reforma de 2003, y apareciendo el delito de maltrato habitual en el mismo precepto que el delito contra la integridad moral, se subraya la unidad de bien jurídico protegido y ya no será posible tal solución concursal. Estaremos ante un concurso de normas.

b) *Maltrato habitual y lesiones psíquicas*. Al delito del art. 173.2 puede considerarse inherente un cierto menoscabo psíquico de la salud. Por eso entiendo que incide en este punto el reciente acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2003 que ha considerado que "las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del Código Penal sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil". Con independencia de que se pueda estar más o menos de acuerdo con el criterio, creo que es indudable su incidencia en esta materia. Bien es cierto que el art. 173.2 salva en su inciso final la penas que pudieran corresponder por "los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica". Pero si las lesiones psíquicas no son consecuencia de un episodio o acto concreto, sino de toda la secuencia integrante de la habitualidad no será factible el doble castigo de conformidad con esa doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (47).

---

(47) Nótese que con anterioridad la solución ha sido la contraria. Un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia de 21 de enero de 2003 de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia de Navarra. El Juzgado de lo Penal negó la condena por lesiones psíquicas, además de maltrato habitual, por considerar que era una consecuencia necesaria del maltrato. La Audiencia, sin embargo, al conocer del recurso de apelación tras proclamar que comparte la existencia de secuelas psíquicas y que se pueden considera derivadas del maltrato, entiende que "configuran una secuela autónoma, calificable de lesión psíquica y que debe tener un tratamiento

c) *Subtipos agravados y quebrantamiento de condena, allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas.* Algunos de los subtipos agravados que se contemplan tanto en el art. 153 como en el art. 173 con idéntica redacción pueden ser por sí mismos constitutivos de delito. Me parece fácil concluir que es factible la concurrencia del subtipo correspondiente con el delito de tenencia ilícita de armas cuya condición de delito de tracto continuado lo permite sin problemas. Incluso cuando la tenencia haya sido instantánea, la jurisprudencia recaída en torno al art. 242.1 apoya de manera clara la posibilidad de un concurso de delitos (48). Creo que igual solución se impone en relación con el delito de allanamiento de morada, desde el momento en que la agravación es compatible con una introducción consentida en ese domicilio, al menos en teoría. Si a la ubicación, se une la manifestada previamente –de manera explícita o tácita– voluntad contraria de la víctima a la entrada o permanencia en el domicilio el desvalor de la acción se incrementa y consiente la doble punición, normalmente como concurso ideal. Aunque soy consciente de que la antigua y atormentada jurisprudencia sobre las relaciones entre la desaparecida agravante genérica de morada y los delitos de allanamiento de morada puede servir de sostén para un entendimiento distinto en virtud del cual prevalecería la calificación por allanamiento de morada que repelería la apreciación conjunta de la agravación específica (49). Por fin, en cuanto al quebrantamiento de condena o medida cautelar considero que puede afirmarse rotundamente que la agravación excluye la condena separada por el delito del art. 468, aunque esa solución en el caso del delito del art. 153 se traduzca en un intolerable y no buscado privilegio penológico. El

---

tipológico y punitivo asimismo independiente del delito de maltrato familiar del art. 153 del Código Penal, concretamente con un delito de lesiones del art. 147.1 del citado texto legal, en relación concursal.

(48) Que en esos casos algún autor no excluye que pueda ser ideal.

(49) MERLOS CHICHARRO se pronuncia por la apreciación exclusiva del delito de allanamiento de morada que impedirá la agravación específica. Desde luego la posición no es desdeñable (ob. cit., págs. 43 y 44 del texto mecanografiado).

principio de especialidad (art. 8.1) conduce a esa solución (50). Cuestión diferente es que puedan concurrir otras de las agravaciones –presencia de menores, domicilio, tenencia de armas– en cuyo caso cabrá construir con una de ellas el subtipo y castigar separadamente por el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar.

d) *Coordinación entre los subtipos agravados de los arts. 153 y 173.* Si se parte de la compatibilidad de las condenas por los delitos de los arts. 153 y 173, ya sobradamente razonada, y la identidad de las circunstancias que determinan una agravación en ambos preceptos, se vislumbrarán enseguida las dificultades presentes en el momento de establecer engranajes que, sorteando las prohibiciones del *bis in idem*, arrojen soluciones claras. Presente uno de esas circunstancias cualificadoras, ¿la agravación se extenderá a los arts. 153 y 173 simultáneamente, o sólo a uno de los preceptos? Las combinaciones posibles son muchas. Piénsese en que la agravación aparece en varios de los episodios integrantes del art. 173; en casos en que haya ya recaído condena por el art. 153.2 antes del proceso por el delito del art. 173; en los supuestos en que la agravante de uso de armas no sea apreciable en el art. 153 por tratarse de la conducta consistente en amenaza con armas; o en supuestos que por ser constitutivos de falta –amenazas leves, vejaciones injustas– no comportan subtipo agravado... Un primer criterio de solución sería acudir a la jurisprudencia que ha considerado compatible la agravación doble e idéntica en relación con los delitos del art. 148.1.º y 242.2.º. No convence esa solución para unos tipos tan estrechamente emparentados como son los de los arts. 153 y 173, lo que hace que la cuestión aparezca con unos perfiles diferenciados. No parece factible el doble juego del elemento agravatorio. En ocasiones las vicisitudes procesales pueden

---

(50) En igual sentido MERLOS CHICHARRO que invoca el art. 8.4 para reclamar la prevalencia del subtipo agravado sobre la punición autónoma como quebrantamiento de condena (ob. cit., pág. 44), aunque el argumento sólo vale para el art. 173.2.

imponer una solución: si se enjuicia con anterioridad el delito del art. 153 agravado, en el posterior proceso por delito del art. 173 no podrá apreciarse el subtipo agravado, lo que redundará en una menor onerosidad de la condena, especialmente si en otra de las conductas integrantes de la habitualidad concurre la circunstancia agravatoria. En los casos de enjuiciamiento conjunto de la conducta concreta y la habitual la lógica parece conducir a apreciar la agravación sólo en el delito del art. 173, lo que vendría impuesto por el art. 8.4 del Código Penal. Otro entendimiento llevaría a la ilógica conclusión de que la agravación nunca jugaría en el art. 173 en la medida en que normalmente aparecería también en una de las conductas concretas, salvo que se llegue al dislate de estimar que en los casos menos graves (ninguna de las conductas integrantes de la habitualidad alcanza el rango de delito del art. 153 por tratarse de faltas), es cuando jugaría el efecto agravatorio más oneroso (art. 173.2.2.º). Como se puede ver estamos en un terreno abierto a muy diversas soluciones. Como premisas creo que puede partirse de estas dos: en principio el subtipo agravado sólo jugará en una de las infracciones y en principio será la del art. 173.2. Eso no empece que en caso de concurrencia de varias agravaciones pueda llegarse a la aplicación de los dos subtipos agravados de manera simultánea utilizando agravaciones diferentes para construir cada una de las tipicidades.

e) *Lesiones del art. 148.1 y art. 173.* Aquí la cuestión radica en dilucidar si es compatible la agravación derivada del uso de armas del art. 173 con la de similar factura del art. 148.1.º, cuando concurren ambas infracciones. Tampoco es fácil decantarse por una solución clara. En principio parece que la aplicación simultánea supondría un *bis in idem* pues, con independencia de que el bien jurídico sea distinto y se permita el castigo conjunto por ambos delitos, el subtipo agravado del art. 173 contempla justamente la misma situación: empleo de un arma en un acto concreto de agresión. Aunque la jurisprudencia antes aludida sobre la compatibilidad de los arts. 148.1 y 242.2 del Código Penal podría abonar la solución contraria, considero más razonable la solución

que propone MERLOS CHICHARRO y que pasa por la aplicación del art. 8.4 del Código Penal (51): la agravación sólo será aplicable en uno de los dos tipos y la opción operará con arreglo al criterio de la mayor penalidad resultante. Como antes se dijo al hablar del art. 153, el inconveniente que arrastra esta solución en que en ocasiones la cronología de los procesos, sujeta a azares imprevisibles, se superpondrá a la solución estrictamente dogmática.

## XV. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES

En este terreno las soluciones son más fáciles.

Por una parte, es obvio que la *circunstancia mixta de parentesco* –cuyo radio de acción por cierto se ha ampliado al abarcarse también los casos de desafecto acreditado y persistente– es incompatible, por inherente (art. 67 CP) con los tipos penales recogidos en los arts. 153 y 173.2 (sentencia TS de 26 de junio de 2000, 164/2001, de 5 de marzo o 22 de enero de 2002).

Igual afirmación cabe hacer respecto de la agravante de *abuso de superioridad* aunque en este caso en relación exclusivamente al art. 173.2. Es connatural con el delito de maltrato habitual –es casi uno de sus elementos criminológicos definitorios– el establecimiento de una situación de dominación que es equivalente al abuso de superioridad definido como agravante. No sucede así con el nuevo delito del art. 153 en el que no habrá inconveniente para la estimación de esa agravación genérica.

Las cuestiones relacionadas con la agravante de *alevosía* se presentan en términos idénticos, aunque por razones diferentes. El cambio sistemático del delito de maltrato habitual que sale del Título destinado a los delitos contra las personas convierte ya en clara la respuesta negativa a la posibilidad de apreciar esa agravante (52).

---

(51) Ob. cit., pág. 43.

(52) De hecho también antes de la reforma el TS se mostró reticente a la aplicación de la alevosía al antiguo art. 153 argumentando entre otras cosas que no estábamos propiamente ante un "delito contra las personas: la STS 20/2001 de 22

Por el contrario, nada empeece a su aplicación al delito del art. 153, al menos dogmáticamente, por cuanto en la práctica la levedad de las conductas ahí reprimidas no hace fácil que aparezcan supues-

---

de enero de 2002, desestima un recurso del Ministerio Fiscal en el que se interesaba la aplicación de la alevosía al delito de maltrato habitual "El delito de malos tratos familiares constituye un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal, afirmando también que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. Asimismo hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos (si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*), sino la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática. También hemos destacado que esta norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, un cierto abuso de superioridad. Aplicando esta doctrina a la cuestión controvertida es claro que las agravantes referidas a los medios, modos o formas con los que se ejecuta cada agresión concreta, como lo es la alevosía, deben ser apreciadas en la sanción separada de cada una de dichas agresiones como delitos o faltas contra la integridad física, pero no reproducirse al sancionar adicionalmente el delito contra la paz familiar integrado por la habitualidad del comportamiento violento, pues en primer lugar este delito no es propiamente un delito contra las personas –únicos en los que resulta aplicable la agravante de alevosía, conforme al art. 22.1 del CP– sino contra la pacífica convivencia familiar y en segundo lugar si el modo de ejecución de una agresión concreta se utilizase repetidamente tanto como agravante del delito de lesiones como del delito de maltratos habituales, se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*. Ello no quiere decir que el mayor desvalor de la acción derivado del modo alevoso de comisión de una o más agresiones quede sin sanción, pues agravará en cada caso, si procediese, los delitos integrados por cada agresión concreta. Asimismo, en los delitos de violencia doméstica el Tribunal *a quo* podrá tomar en consideración en cada caso las circunstancias de las víctimas y los modos de ejecución al individualizar la pena, pudiendo recorrer la pena prevenida para el tipo en toda su extensión (art. 66.1.º del CP), si el caso lo justificase y la sentencia lo motivase expresamente, sin necesidad de que dichos modos de ejecución integren circunstancias modificativas específicas propias de los delitos contra las personas".

tos con esas características. Por fin en lo atinente a la *reincidencia* es de advertir el cambio de ubicación sistemática del delito de maltrato habitual: ha sido trasladado al título destinado a los delitos "contra la libertad" con los que guarda un parentesco muy lejano que hace difícil que pueda darse la semejanza de naturaleza que exige el art. 22.8.º para apreciar esa agravación. Por tanto, en principio, puede sentarse como premisa general que sólo procederá la reincidencia cuando las previas condenas sean también por un delito del art. 173.2. Y no será apreciable en ningún caso cuando se trate de condenas previas por delitos del art. 153, aunque sea por conductas excluidas de la secuencia de ataques comprendidos en la condena del art. 173.2. La diferenciación de *ubi* sistemático conduce inexorablemente a esa conclusión que no es lógica. El legislador seguramente no advierte que la colocación de un precepto en un lugar u otro del Código no es una mera cuestión estilística. Tiene relieve interpretativo en materia de concursos y una innegable y evidente repercusión en la agravante de reincidencia.

¿Será posible aplicar la reincidencia a quien condenado por un delito del art. 153 derogado es enjuiciado tras la reforma por una conducta similar pero ubicable ahora en el nuevo art. 173.2? La lógica impondría una indudable respuesta afirmativa que, sin embargo, no está nada clara si nos aferramos a la ortodoxia interpretativa de las leyes penales. El diferente lugar de ubicación sistemática se erige en un obstáculo no sorteable, ni siquiera usando como herramienta la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> del Código Penal de 1995. Su dicción es demasiado coyuntural como para proyectar su aplicabilidad a derogaciones o modificaciones parciales del Código de 1995, y la aplicación analógica está vedada si va contra *reo*.

Por fin quedarían por examinar las relaciones entre reincidencia, delitos de los arts. 153 y 173.2 y el nuevo delito del art. 147.1.2.º (comisión de cuatro faltas del art. 617 en el plazo de un año). El tema es endiabladamente complejo (53): conscientemente lo mar-

---

(53) Lo aborda en sus puntos básicos, aunque sin pretensión de dar soluciones definitivas y totalmente elaboradas, FERNÁNDEZ VALCARCE, *Violencia en el ámbito familiar. Tipos penales. Análisis jurisprudencial*, ponencia presentada al

gino de esta ponencia. Sólo alguien que combine sus conocimientos penales con la afición por los jeroglíficos será capaz de afrontarlo con solvencia. Y yo, que ando ya "justito" de lo primero, carezco absolutamente de la segunda de las condiciones.

## XVI. DELITOS SEXUALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR (54)

Para cubrir el elenco de temas que se me había encomendado, es necesario incluir un epígrafe destinado a esta materia, aunque sea tan sólo para espigar algunos problemas específicos y eludiendo todo intento de exposición más o menos completa.

Hablando de entorno familiar, este tipo de infracciones suele tener como víctima a menores. En primer lugar es obligada una referencia al art. 192 del Código Penal. Su número primero –en el que no se exige prevalimiento– sólo es aplicable cuando no estemos ante una circunstancia ya prevista en el tipo, como sucede en el art. 180.1.4.º. Sin embargo la previsión del n.º 2 se extiende a todos los casos.

El parentesco es también tomado en consideración como subtipo cualificado en el art. 181.4 en relación con el art. 180.1.4.º. Algunos han criticado el precepto por considerar que estaríamos ante un *bis in idem* en cuanto que el parentesco sería el fundamento del prevalimiento que es lo que configura los tipos de abusos sexuales. Ahora bien creo que cabe una visión distinta: el prevalimiento es ciertamente el presupuesto de esos tipos, pero cuando el prevalimiento se basa justamente en esa relación de

---

curso celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en octubre de 2003 dentro del plan de formación continuada para Fiscales, págs. 6 y 7 del texto mecanografiado pendiente de publicación. Un solo apunte como botón de muestra: ¿Una condena del art. 153 puede servir para ser contabilizada a los efectos de provocar el delito del art. 147.1 cuando se han cometido tres faltas del art. 617 con personas no contempladas en el art. 173?

(54) Sobre el tema puede verse, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "La victimización infantil: menores víctimas de agresión sexual y sistema judicial" en *Actualidad Penal*, n.º 14 de 2000, semana del 3 al 9 de abril, rf. 331.

parentesco se considera que es más grave. No se trata de considerar dos veces el mismo elemento, sino de graduar la gravedad de las distintas clases de prevalimiento. Como no es violación de tal principio que preceptos como el 242 o 180.1.5.º establezcan una pena superior cuando la intimidación –base del tipo– adopte una determinada modalidad –uso de armas u otros instrumentos peligrosos (55).

En cuanto a los abusos sexuales, especialmente respecto de menores, parece que tampoco es descartable su posible asimilación a las "violencias psíquicas" integrantes de la tipicidad del art. 173 pese a que lo característico de ese delito frente a las agresiones sexuales, es precisamente la ausencia de violencia o intimidación. En el caso, no infrecuente, de abusos sexuales reiterados ejercidos sobre hijos menores, ¿sería dable aceptar un concurso con el delito previsto en el art. 173.2? La respuesta debe ser negativa: el bien jurídico afectado –la paz externa familiar– no está directamente atacado por ese delito y cuando se habla de violencia psíquica parece que se está exigiendo una cierta alteración del mundo externo, de la apariencia de convivencia pacífica y en orden.

Aunque sea un tema procesal, resulta de ineludible referencia en un campo como éste, la cuestión de la forma y valoración de las declaraciones del menor (56). Es seguramente en el ámbito de los abusos sexuales –muchas veces llevados a cabo en el ámbito doméstico– donde suele aparecer con toda su crudeza esta temática que el legislador abordó en 1999 con la modificación, poco ati-

---

(55) En lo relativo a la aplicación de la agravación específica de "especial vulnerabilidad" derivada de la edad en el delito del art. 181.2 (abusos sobre menores de trece años) puede verse la respuesta negativa de la STS 224/2003, de 11 de enero y la fundada crítica de ESCOBAR JIMÉNEZ en *SEPIN, Revista Práctica Penal*, n.º 4, comentario a la sentencia 224/2003, de 11 de enero de la Sala Segunda del TS, págs. 79 y ss.

(56) Sobre esta materia, vid., POU I FERNÁNDEZ, *Protección de menores en el Código Penal* y GIMENO JUBERO, "Menores Maltratados: derechos de la víctima y garantías del proceso" en la obra colectiva *Protección de menores en el Código Penal* ya citada.

nada, de los arts. 448, 455, 707 y 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En principio debe afirmarse sin paliativos que el testimonio del menor es plenamente valorable en los procesos y en particular en el proceso penal tiene aptitud para destruir la presunción de inocencia (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1992, 5 de abril de 1994 o 379/1997, de 23 de marzo). La inhabilidad prevista en el art. 1246 del Código Civil es un anacronismo que queda subsanado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que deroga ese precepto incluyendo nuevos criterios (art. 361). La declaración del menor es una fuente de información. Algunas resoluciones del Tribunal Supremo (sentencia de 23 de junio de 1999) insisten en la necesidad de que esa declaración se lleve a cabo en presencia del representante legal del menor o del Ministerio Fiscal.

La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados. No es lógico que los operadores jurídicos trabajen sin contar con esos datos de enorme interés. Debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. Es este un aspecto muy necesitado de potenciar. Es preciso contar más con el apoyo de los expertos (57). Frente a iniciales posturas reticentes, en los últimos años se ha producido un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial.

---

(57) Entre otros, DIGES JUNCO y ALONSO-QUECUTY, "El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores" en *Poder Judicial*, n.º 35, septiembre 1994, págs. 43 y ss.; ALONSO-QUECUTY, "Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal" en *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 1997; o GODOY RUIZ, "Reflexiones sobre abuso sexual infantil" en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º monográfico *El menor ante el Ordenamiento Jurídico*, n.º 19, 3.ª época, septiembre, 2001, págs. 213 y ss.

dencial sobre la validez de este tipo de pruebas periciales sobre la credibilidad de las declaraciones de un menor, sin perjuicio de que el criterio último queda en manos del juzgador. La reciente sentencia 1131/2002, de 10 de septiembre es un buen botón de muestra de esa doctrina: "...la credibilidad de un testigo uno es un hecho científico aunque sí un instrumento de ayuda a la valoración de la prueba testifical que el tribunal debe percibir de forma inmediata, atento al contenido de la declaración, tanto en lo referente a lo relatado por el testigo, como a la seguridad de su afirmación, reacciones que provoca... En esa función no puede ser sustituido por un perito aunque los criterios que proporciona pueden ser tenidos en cuenta...". Y con mayor profundidad y extensión, la sentencia 705/2003, de 16 de mayo, se expresa así: "Aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que en esta materia le encomienda el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desarrollo penal del art. 117 de la Constitución, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su manera de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica practicadas con todas las garantías (entre ellas, la de imparcialidad y la de fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal y aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de verosimilitud del menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo de saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor, víctima de un delito de naturaleza sexual. No basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración,

informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá que tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión probatoria". En términos más o menos similares, sentencias 255/2002, de 18 de febrero o 1229/2002, de 1 de julio (58).

Esa colaboración de psicólogos sirve igualmente para asesorar y lograr así que los efectos de la victimización secundaria en los menores (el maltrato institucional derivado de su paso por el Juzgado) se minimicen. En este sentido se cuenta también con elocuentes estudios que demuestran como las alteraciones conductuales y el stress del menor víctima se acentúa con el seguimiento de un proceso y la reiteración de declaraciones. Junto a ello está demostrado que determinadas actuaciones de preparación –como explicación de lo que es su papel, visita a la Sala de Vistas previamente...– disminuyen las lacras de esa victimización secundaria.

Es una necesidad sentida la indagación y creación de los soportes legales necesarios para facilitar la grabación videográfica de las manifestaciones del menor como forma de conjugar la necesidad de no perturbar su desarrollo con reiteraciones de declaraciones y la obligación de volver a recordar los hechos, con los derechos de defensa y los principios de inmediación y contradicción. La grabación de la entrevista con el psicólogo es un instrumento que ya es utilizado en otros países donde se han debatido desde varias perspectivas sus pros y sus contras. En Canadá, Dinamarca o USA se han utilizado esas técnicas. El Comité "Pigot" propuso la combinación de varias grabaciones.

En cuanto a la forma de realizar esas declaraciones, hay que evitar en la medida de lo posible condiciones que perjudiquen al menor. La Ley 14/1999, de 9 de junio introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal unas modificaciones que intentaban salir al paso de la supuesta necesidad de enfrentar a la víctima menor de edad con el autor del delito. La sentencia del Tribunal Supremo 827/1998, de 16 de junio provocó una cierta polémica sobre este

---

(58) En esta sentencia parece llegar a admitirse la sustitución en el juicio oral de los testimonios de la menor por el testimonio de referencia de los psicólogos.

punto e indudablemente estaba en la mente del legislador al realizar esta reforma. La citada sentencia contemplaba unos supuestos abusos sexuales a una menor (8 años) por parte de su padre quien, condenado en la instancia, acudía a la casación denunciando que la menor no había declarado en presencia del acusado y que se le había denegado una pericial psicológica solicitada. El Tribunal Supremo le daba la razón en la sentencia de casación con las siguientes consideraciones: "El acusado tenía derecho a que se practicara la prueba pericial que propuso y que constituía una forma de obtener una visión conjunta e integrada por la observación de todos los miembros de la familia por un mismo perito, lo que no se había hecho en esta forma en la causa y, desde luego, la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (art. 9.1), ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2 d). La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, primar sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probara, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido. Por todo ello se observa que el recurrente sufrió indefensión tanto al no admitirse una prueba cuya evaluación por el juzgador pudo ser determinante de una distinta resolución, así como por no permitirse lo que el recurrente ha llamado careo, y

que consistía en una real contradicción en la práctica de la prueba testifical que también podía haber determinado una distinta resolución...".

El criterio de la sentencia no resulta asumible: el principio de contradicción no padece en lo más mínimo por el hecho de que la testigo menor declare sin necesidad de tener a la vista al acusado, en este caso, su padre. Conocida su identidad, y estando plenamente facultada la defensa para formular todo tipo de repreguntas, no se alcanza a entender qué merma del derecho de defensa se sigue de la confrontación visual directa con el padre, salvo que se quiera ver en la posible presión psicológica derivada de esa situación un mecanismo de defensa aceptable.

Secuela de esa sentencia fue la reforma que de los arts. 448, 455, 707 y 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1999.

A los careos con menores se les otorga un marcado carácter excepcional (arts. 455 y 713). Para que pueda llevarse a cabo será necesario que concurran dos presupuestos:

— Su indispensabilidad, a juicio del juez.

— La no lesividad para el interés del menor, a cuyo fin deberá reclamarse un informe pericial.

No cabe inferir de esta reforma gran incidencia práctica. Si ya los careos son excepcionales en la praxis judicial, aquellos que cuentan como uno de sus protagonistas a un menor son casi insólitos, dado el buen sentido de los jueces. No parecía necesaria una previsión tan específica como la señalada. Aunque, tampoco sobra, por más que no vaya a modificar lo que ya es la práctica habitual.

En lo atinente a la forma de las declaraciones de menores se introdujo una previsión tendente a evitar la confrontación visual con el inculpado, utilizando cualquier tipo de técnica (no sólo las audiovisuales especialmente mencionadas, sino también algunas otras muy sencillas y muy frecuentes como la retirada a un lugar no visible del inculpado durante la declaración). Pero esa medida exigirá dos condiciones: una resolución judicial motivada así como un

informe pericial (arts. 448 y 707). En la actualidad las previsiones de esos preceptos han quedado superadas y desbordadas por las que con carácter más general contemplan los nuevos arts. 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma operada por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre permitiendo con ciertos presupuestos el uso de videoconferencia u otro sistema similar que suponga la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido.

No sobraría tampoco la incorporación de algunas previsiones del Derecho Comparado más valientes y que para nada se ha considerado que puedan afectar al derecho de defensa. Puede servir de botón de muestra la prescripción del parágrafo 247 de la Ley Procesal Alemana que en los casos de declaración de menores obliga a ausentarse al acusado del juicio, sin perjuicio de que luego es informado de los términos de las manifestaciones del menor. Los textos procesales internacionales de nuevo cuño incluyen también normas que admiten ese tipo de medidas (59). Pueden recordarse también aquellos ordenamientos donde se regula la sustitución de la declaración directa por la grabación videográfica una sola vez. Esta práctica, que en principio no sería admisible pues se exige la reiteración de la declaración en el juicio oral, ha sido admitida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo con la base del art. 730 de la Ley Procesal Penal. La previsibilidad de perjuicios para la menor es equivalente a la imposibilidad que se recoge en ese precepto y es totalmente correcta la práctica de recoger una sola vez con pleno respeto al principio de contradicción la declaración de la menor y reproducir la grabación en el acto del juicio oral: sentencia 1229/2002, de 1 de julio.

## XVII. LAS PROHIBICIONES DEL ART. 57 DEL CÓDIGO PENAL

El art. 57 del Código Penal contempla, como es sabido una pena accesoria en la que se ha querido ver una buena respuesta

---

(59) Por ejemplo el art. 68 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

para el fenómeno del maltrato doméstico. Sin duda estamos ante una medida de claro sabor victimológico. El texto del precepto se vio enriquecido en las reformas de 1999 extendiéndose la posibilidad de prohibición de la comunicación o aproximación con la víctima, familiares o terceras personas. También la reforma del Código Penal pendiente de ser publicada en el Boletín Oficial del Estado remodela esta pena.

Así como en su redacción originaria el art. 57 obligaba a atender conjuntamente a la gravedad del hecho y al peligro que pueda representar el delincuente, desde la modificación de 1999 basta uno de esos parámetros para justificar la imposición de la medida, lo que acentúa su vinculación con fines de protección de la víctima. Esa tendencia se acentúa en la inminente reforma del Código Penal que entrará en vigor en 2004 al preverse en algunos casos de violencia familiar la imposición obligatoria de esa pena.

Creo que la medida es aplicable aunque no haya sido objeto de solicitud expresa, aunque algún autor extiende las exigencias del principio acusatorio a esta medida y desde luego hay que reconocer que en la jurisprudencia existen pronunciamientos que respaldarían esa posición (60).

El art. 48 del Código Penal se ha completado, en un intento, que no deja de ser algo parecido a poner puertas al campo, de delimitar el contenido de las prohibiciones de aproximarse a la víctima o de comunicar con ella o sus familiares:

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

La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impi-

---

(60) Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, *Tratamiento de la violencia familiar en el orden civil. Medidas cautelares e intervención del Fiscal*, Ponencia presentada al curso sobre violencia familiar celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en abril de 2000, dentro del plan de formación de Fiscales. Pág. 11.

de al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual (61)".

Entiendo que las prohibiciones son autónomas y admiten gradación, de forma que la prohibición de comunicación por ejemplo, podría concretarse en la sentencia (o en su caso en el auto si se adopta provisionalmente) en alguna modalidad (permisión sólo de la comunicación telefónica, v.gr.). La medida habrá de ser concretada. Hubiese sido deseable mayor claridad en este punto, así como admitir que en fase de ejecución cupiese cierta flexibilización o atenuación de la medida, siempre previa audiencia de la víctima y en virtud de resolución judicial. Las circunstancias pueden cambiar.

En todo caso sí deben considerarse posibles autorizaciones judiciales puntuales expresas para actos que podrían constituir quebrantamiento de la medida.

Durante la tramitación parlamentaria se propuso en aras de la seguridad jurídica suprimir los términos lugares "que sean frecuentados por ellas", por la inconcreción que conlleva la locución. La enmienda no se aceptó. La sugerencia era acertada. Pero si se interpreta que en la sentencia o auto han de indicarse expresamente los lugares que se consideran frecuentados se ganará en certeza y se evitarán problemas ulteriores para aclarar si un determinado lugar donde pudo ser visto el condenado es frecuentado o no por la víctima. Con esa interpretación se acogería así de hecho la filosofía que inspiraba la enmienda.

---

(61) Como ya he indicado, esta materia es objeto de modificación en la próxima reforma del Código Penal que perfecciona la redacción de este precepto, creando mecanismos de coordinación para evitar la incoherencia entre la imposición de esta pena y las medidas que hayan podido ser acordadas en un procedimiento civil matrimonial.

La sentencia de 2 de octubre de 1999 entiende que la peligrosidad a que se refiere el art. 57 es la objetiva derivada del hecho mismo. No se precisa pronóstico de futuro. La de 23 de febrero de 1999 recalca su finalidad protectora de la víctima y considera que se señale como día de inicio de cumplimiento la finalización del cumplimiento de la pena principal, prescindiendo de hipotéticos permisos penitenciarios. Igual orientación maneja la sentencia de 23 de marzo de 1999: habrá de iniciarse su cumplimiento al finalizar la pena privativa de libertad, comprendiéndose también el tiempo en que pueda disfrutar de beneficios penitenciarios.

La suspensión de condena podrá igualmente ser acompañada de alguna de esas medidas (art. 83.1) cuyo incumplimiento daría lugar a las alternativas establecidas en el art. 84, incluida la revocación de los beneficios.

El incumplimiento de la medida supondrá un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 (sentencia del Tribunal Supremo 496/2003, de 1 de abril).

## XVIII. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

A diferencia de lo establecido para los delitos sexuales (art. 192 del Código Penal) y para otros delitos contra las relaciones familiares (arts. 220, 226 y 233) en otros delitos cometidos por padres contra hijos (como, eventualmente, los delitos de maltrato habitual) no se preveía como posible sanción penal de inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad o tutela (arts. 39, 40 y 46). La cuestión ha sido subsanada en la reforma de 2003 que contempla ya en los arts. 153 y 173 la imposición de esa pena.

No obstante la solución no es total en la medida en que delitos de lesiones del art. 147, escapan del ámbito del art. 153 y no podrán ser castigados con tal pena. No es congruente esa asimetría, aunque de cualquier forma, sería factible una interpretación del art. 56 que permitiese imponerla como pena accesoria, pero en todo caso con un límite temporal.

Alguna jurisprudencia había considerado procedente que la jurisdicción penal acordase tal privación, aunque no estuviese específicamente prevista en el Código Penal como consecuencia anudada al delito, basándose en el art. 170 del Código Civil (sentencia de 20 de diciembre de 1993) (62). Pero la más reciente doctrina del Tribunal Supremo se ha distanciado de esa interpretación (sentencia 1744/1994), habiéndose llegado a fijar criterio en ese sentido en Sala General. Eso conduce inexorablemente a tener que emprender las correspondientes actuaciones en la jurisdicción civil para llegar a ese tipo de consecuencias. No faltan fundadas opiniones doctrinales que comparten la interpretación de la vieja jurisprudencia (63).

Curiosamente el art. 189 (pasiva anuencia en la prostitución de un menor) y pese a la previsión global del art. 192, da a entender que en esos casos la jurisdicción penal no podrá acordar esa privación de los derechos de patria potestad sino que es el Fiscal el llamado a emprender esa acción ante los tribunales del orden civil.

Para los casos de privación de la patria potestad la disposición adicional 2.<sup>a</sup> del Código Penal contiene una previsión complementaria.

## XIX. NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARANGÜENA FANEGO, C., "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis", en *Actualidad Penal*, n.º 11, 2000.

CERVELLO DONDERIS, V., "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección" en *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 33. Marzo de 1994, págs. 45 y ss.

---

(62) Idéntica doctrina sostiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 1999.

(63) Vid OCAÑA, cit., págs. 8 y ss. Sobre esta materia puede verse el trabajo de ZURITA MARTÍN, "La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal" en *Actualidad Civil*, n.º 32, 1 a 7 de septiembre de 2003.

- CUELLO CONTRERAS, J., "El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad" en *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 32. Diciembre de 1993, págs. 9 y ss.
- CUENCA Y GARCÍA, María Josep, "La violencia habitual en el ámbito familiar" en *Revista Jurídica de Cataluña*.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *La violencia Doméstica contra las mujeres*, INFORME, Madrid, 1998.
- DEL ROSAL BLASCO, "El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar" en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XIV, vol. 1.º, Madrid, pág. 370.
- "Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar" en *Mujer y derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- DOLZ LAGO, M.J., *Las violencias familiares*, ponencia presentada al Curso sobre "delitos contra la integridad física: lesiones aborto, eutanasia", celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en septiembre de 1999. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, V-1999, págs. 293 y ss.
- GARCÍA ARÁN, M., "Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor" en *Protección de Menores en el Código Penal*, obra colectiva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XII, 1998).
- GARCÍA VARELA, R., "Los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar", en *Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vellido*, Colex, Madrid, 1999, págs. 177 y ss.
- GARZENMULLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA, "La violencia doméstica. Respuestas Jurídicas desde una perspectiva sociológica" en *Actualidad Penal*, n.º 16, 19 a 25 de abril de 1999.
- LAMO RUBIO, "La nueva Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio" en *Actualidad Penal* n.º 42, semana del 10 al 16 de noviembre de 2003.
- MARCHENA GÓMEZ, "La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal" en *Revista General de Derecho*, n.º 603, págs. 12470 y ss. Valencia, diciembre de 1994.

- MONGE FERNÁNDEZ y NAVAS CÓRDOBA, "Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer" en *Actualidad Penal*, n.º 9, 2000.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, "Consecuencias Penales de los procesos familiares", en el tomo IV de 1998 de *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* (págs. 103 y ss.).
- ONECHA Y SANTAMARÍA, C., "El deber de socorro mutuo entre cónyuges" en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 27, septiembre de 1992, págs. 171 y ss.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., "Prevención y tratamiento en la violencia doméstica", ponencia presentada al curso desarrollado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en abril de 1999. Publicada en *Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales*, obra colectiva citada *infra*, vol. I, págs. 279 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, "Infracción penal y prognosis de peligrosidad", en "OTROSI", *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 1999, n.º 4, abril de 1999, págs. 12 y ss.
- "Los delitos de lesiones a partir de la ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III de 1989, septiembre-diciembre. Págs. 915 y ss.
- RODRÍGUEZ VELASCO, M.ª Gracia, "La violencia de género: su tratamiento por la jurisdicción penal en *Revista Práctica Penal* de Sepín, n.º 5, págs. 19 y ss.
- RUIZ VADILLO, "Las violencias físicas en el hogar" en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 326, 22 de enero 1998.
- SÁNCHEZ AYALA, "Violencia dentro de la familia. Consideraciones Generales. Regulación legal: tipos" en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, 1998-1999, págs. 67 y ss.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Deberes de Socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal" en *Actualidad Penal*, n.º 11 de 1999, 15 al 21 de marzo de 1999.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "La victimización infantil: menores víctimas de agresión sexual y sistema judicial" en *Actualidad Penal*, n.º 14 de 2000, semana del 3 al 9 de abril.

- TIRADO ESTRADA, J.J., "Violencia en el Hogar y medidas cautelares en el proceso penal" en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1 de mayo de 1998, n.º 1820, págs. 5 y ss.
- VARGAS CABRERA, "Incumplimiento de los deberes asistenciales respecto del cónyuge e hijos", en *Estudios sobre violencia Familiar y Agresiones Sexuales* obra colectiva, vol. I, págs. 149 y ss.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, tres volúmenes que recogen los cursos celebrados entre 1998 y 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, tres volúmenes que recogen los cursos celebrados en el año 2000 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, dos volúmenes que recogen los cursos celebrados en 2001 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, dos volúmenes que recogen los cursos celebrados en 2002 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Mujer y violencia (Jornadas Internacionales sobre derechos humanos)* Universidad de Navarra, noviembre de 1997.
- VARIOS AUTORES, "La violencia doméstica". *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 21, 3.<sup>a</sup> época, mayo de 2002.