

LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA HABITUAL
EN EL ÁMBITO CONYUGAL O EN EL DE
LAS RELACIONES DE PAREJA EN EL CÓDIGO
PENAL: LEGISLACIÓN VIGENTE Y PROPUESTA
DE REFORMA

Bernardo del Rosal

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Alicante.

Síndic de Greuges de la Comunidad
Valenciana

LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO CONYUGAL O EN EL DE LAS INSTALACIONES DE PAREJA EN EL CÓDIGO PENAL: LEGISLACIÓN VIGENTE Y PROPUESTA DE REFORMA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. 1. La reforma penal de 1989. 2. El Código penal de 1995. 3. La reforma de 1999. III. PROPUESTA DE REFORMA.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación penal de la denominada «violencia doméstica», o si se prefiere, del ejercicio de malos tratos y violencia física y/o psíquica habitual en el ámbito familiar, conyugal o de las relaciones de pareja, es una de las que más modificaciones ha sufrido en nuestro país en los últimos tres lustros. Probablemente, ello sea debido a la progresiva toma de conciencia social en torno a la gravedad del fenómeno de la violencia doméstica y la consiguiente disminución de la tolerancia o de la comprensión hacia los maltratadores, con lo cual se ha podido ir teniendo un mejor conocimiento de sus características criminológicas y de la tipología criminal de sus autores, de forma que el diseño de la figura criminal se ha ido completando y perfeccionando.

Ello, no obstante, no se debe olvidar que la tipificación penal de este tipo de comportamientos no es nada sencilla, porque el Derecho penal, en un estado democrático, ha de estar fundamentalmente dirigido a reprimir las conductas concretas que un individuo

determinado produce en un momento histórico, también determinado, de su vida, pero no debe de estar orientado a la represión de lo que se podría llamar la *forma de conducción de la propia vida* ni la personalidad de un sujeto. Y, sin embargo, el maltratador es una persona que, precisamente, hace de la violencia su forma de conducción de vida en la relación con su pareja y en la comunicación con ella, configurándose el ejercicio de abusos físicos y psicológicos en un rasgo determinante de su personalidad en el ámbito doméstico. De modo que los comportamientos producidos en un momento histórico de la vida del sujeto no son lo verdaderamente relevante a efectos de combatir el fenómeno, pues éstos pueden ser, en su valoración aislada, insignificantes desde el punto de vista de la gravedad jurídico-penal. Lo verdaderamente trascendente es la constante reiteración y, generalmente, progresiva agravación de esos comportamientos concretos producidos en un contexto de convivencia o de dependencia personal, afectiva o económico-familiar.

En este ámbito de la criminalidad, el Derecho penal se enfrenta, por tanto, a un reto nada fácil de superar, cual es el de dotar a la figura penal de las características precisas que permitan abarcar el fenómeno, pero sin incurrir en vulneración alguna de los principios limitadores del *ius puniendi* que deben inspirar el Derecho penal de un estado social y democrático de Derecho. Esta tensión entre necesidad de represión del fenómeno y vigencia de los principios penales es lo que, en ocasiones, ha dado lugar a que las tipificaciones penales de las sucesivas reformas propuestas desde el año 1989 hayan sido, no sin razón, objeto de crítica.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1. *La reforma penal de 1989*

El art. 153 del Código penal vigente, redactado conforme a la reforma operada en el mismo por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio (BOE, núm. 38, del día 10), castiga con pena de prisión de

seis meses a tres años, «*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*», al «*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 de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro*». Además, el mismo precepto concreta que «*para apreciar la habitualidad..., 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..., y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*».

El origen remoto de esta figura delictiva se encuentra en la Enmienda, número 53, que el Grupo Socialista presentó, en la tramitación parlamentaria del Senado, al Proyecto de Ley Orgánica de Actualización del Código penal, texto que posteriormente se convirtió en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, introduciendo en el hoy derogado Código penal de 1973 una nueva redacción para el art. 425 (1). Si hemos de hacer caso al Preámbulo de la Ley, la creación del precepto obedeció «a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo». Así y todo, pese a las loables intenciones que decidieron al legislador a incluir en el Código penal esta nueva figura legal, básicamente destinada a poner coto al funesto fenómeno social de los malos tratos y las violencias en el ámbito de las relaciones

(1) Según dicha nueva redacción, debería ser castigado con pena de arresto mayor (un mes y un día de privación de libertad a seis meses) quien «*habitualmente, y con cualquier fin, 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*».

conyugales, familiares o tutelares, que ya a finales de la década de los ochenta arrojaba cifras alarmantes, la doctrina penal pudo denunciar poco después de aprobarse, algunas de las deficiencias más notables del precepto, y no sólo de índole político-criminal sino, igualmente, de carácter técnico. En concreto, se puso de manifiesto lo inexplicable que resultaba haber dejado fuera del ámbito de protección del tipo penal a determinados sujetos, como era el caso de los ascendientes, a pesar del grave problema que existe, en este punto, en relación con los ancianos (2), y el haber restringido el tipo al ámbito de las violencias físicas (3), sin abarcar, por tanto, los supuestos de coacciones, amenazas u otro tipo de violencias psíquicas, presentes, con frecuencia, en el ámbito de las relaciones a las que iba destinado el precepto. Todo ello, no obstante, sin menospreciar, como ya he señalado más arriba, las dificultades que entraña abordar, desde un punto de vista penal, un problema de las características como el que motivó la reforma. Pero quizás precisamente por eso, la creación de una figura legal como la que ahora comentamos debería haber exigido un mayor sosiego y reflexión, y no ser fruto como pareció ser el caso de una elaboración tan improvisada (4).

(2) BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T. S.: *La Reforma Penal de 1989*, Valencia, 1989, pág. 123; TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La Reforma de los Delitos de Lesiones*, Barcelona, 1990, pág. 183; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., en COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, I, Madrid, 1990, pág. 177; COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J. C., en COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, J. C. y CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Valencia, 1990, pág. 611.

(3) COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 177.

(4) Lo que ya hoy parece fuera de toda duda es que la introducción, en el derogado Código penal de 1973 del art. 425, o en el vigente texto legal del art. 153, cuenta con una suficiente justificación político-criminal, pues la frecuencia con la que se suceden los malos tratos sistemáticos en determinados ámbitos de relación no encontraban, hasta 1989, una adecuada respuesta penal; y por más que la surgida entonces, o las propuestas posteriormente, fueran insuficientes o deficientes, o

2. *El Código penal de 1995*

La reforma que, en el art. 153, introdujo el Código penal de 1995 (5) nació con vocación de solventar alguno de los problemas que había puesto de relieve la doctrina, y por ello el círculo de los posibles sujetos pasivos del delito se amplió a los «hijos del cónyuge o conviviente», así como a los «ascendientes... que con él [con el sujeto activo] convivan» y a los sometidos a «curatela». La ampliación fue, sin duda alguna, acertada, pues, en efecto, los

no hayan sido capaces de contribuir tan eficazmente como sería deseable a la resolución del fenómeno, la existencia de un precepto como el art. 153 del Código penal es el mínimo de cobertura legal imprescindible para empezar a hacerle frente. Hay que tener presente que lo que da carta de naturaleza a los comportamientos que se tratan de prevenir con el art. 153 del Código penal de 1995 es el hecho de que se lleven a cabo de *forma habitual o sistemática* en un círculo de relación tan peculiar como es el familiar, el conyugal o el tutelar. Por ello resultan, o pueden resultar, notablemente más dañinos y con unos efectos perjudiciales mucho más trascendentes que si se realizan en otros ámbitos o sin tal habitualidad. Ese es el motivo por el que, aunque las conductas aisladamente consideradas ya merecieran un reproche penal, el legislador ha querido obviar que se tuviera que recurrir al mismo, aunque fuera aplicando las reglas concursales, porque tal reproche no proporcionaba un mecanismo disuasorio suficiente ni situaba en sus justos términos el desvalor que merecen dichos comportamientos (así lo explica, convincentemente, QUINTERO OLIVARES, G.: «Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1989, pág. 937). Por otra parte, la existencia en el Código penal de un precepto como el art. 153 sirve al propósito, nada despreciable, de demostrar que la violencia doméstica (ya sea en el ámbito conyugal, en el ámbito de las parejas de hecho o en el ámbito de las relaciones paterno o materno filiales) se reconoce como tal fenómeno social por el legislador penal y como un fenómeno al que hay que combatir con la reacción más enérgica con la que cuenta un ordenamiento jurídico, que es el Código penal.

(5) 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*», al «*que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla 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*».

supuestos de ejercicio de violencia en el ámbito de la convivencia familiar con los ascendientes no son, por desgracia, inusuales, como tampoco lo son los casos en los que la violencia se dirige a los hijos del cónyuge o del conviviente. No obstante, la reforma de 1995 continuó sin dar respuesta al nada despreciable problema de la violencia psíquica, que volvía a no encontrar acogida típica en el art. 153 del recién estrenado Código penal.

Además, en relación con los sujetos, el ámbito típico del derogado art. 425 planteaba, en lo que a la determinación de algunos de los sujetos pasivos se refería, algunos problemas. Así, por ejemplo, cuando el tipo exigía que la conducta recayera sobre persona a la que el sujeto activo «estuviese unido por análoga relación de afectividad» se hacía necesario matizar que la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en estos casos debían de tener el carácter de *permanente* para que fuera realmente análoga al matrimonio (6). Este problema quedó definitivamente resuelto en el tipo del art. 153 al exigir éste, expresamente, la *estabilidad* en la relación, que es tanto como decir que la relación debe de tener una cierta permanencia. Todo ello, obviamente, con independencia de que la pareja conviviente sea homosexual o heterosexual. Por otra parte, el concepto de «guardador de hecho» da pie a una interpretación lo suficientemente amplia como para poder incluir los casos de maestros en referencia a sus discípulos menores de edad, ya sea en el ámbito escolar, ya lo sea en el ámbito de otro tipo de relaciones institucionales (campamentos juveniles, granjas-escuela, instituciones de educación de menores, etc.).

Por otra parte, el viejo texto del art. 425 del Código penal derogado planteaba como problema concursal más importante el que se producía cuando el sujeto activo, en uno de los episodios del ejercicio habitual de la violencia física, causaba unas lesiones de las comprendidas en el art. 420 o, incluso, en el art. 421, número 2.º, del propio texto penal derogado. Las posiciones doctrinales se

(6) COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 611; TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 180.

decantaban hacia dos soluciones distintas; unos autores (7) proponían acudir al expediente del concurso de delitos, toda vez que los bienes jurídicos lesionados eran distintos —la dignidad de la persona, en el caso del art. 425, y la salud personal, en el caso del correspondiente delito de lesiones—, mientras que otros (8), por su parte, proponían la solución del concurso de leyes, aplicando la correspondiente figura del delito de lesiones con la circunstancia mixta de parentesco del art. 11 del Código penal derogado (9). Sin embargo, a partir del art. 153 del Código penal de 1995, la solución impuesta por el Código penal, a través de la regla penológica del último párrafo del art. 153, es la de imponer la pena de éste «sin perjuicio de las... que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare», consolidándose, por tanto, el expediente del concurso de delitos.

El efecto más importante que tuvo la introducción de esta regla penológica, aparte del propio de resolver un problema cuya solución quedaba, antes, en manos del intérprete, fue el de alterar la naturaleza del delito, reorientando la discusión en torno a cuál debía ser el bien jurídico protegido por el mismo.

Efectivamente, el problema de cuál era el bien jurídico protegido en el art. 153 del Código penal de 1995 fue asunto que provocó un cierto debate doctrinal, como también lo suscitó su determinación en el art. 425 del Código penal de 1973. En relación con

(7) COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 611.

(8) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., en MUÑOZ CONDE, F.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M.: *La Reforma Penal de 1989*, Madrid, 1989, pág. 105.

(9) En mi caso (véase, DEL ROSAL BLASCO, B.: «El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar», en VVAA: *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo XIV, vol. 1.º: «La Ley orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código penal», Madrid, 1992, pág. 375) me decanté por esta segunda solución porque entendía que no existían dos bienes jurídicos diversamente lesionados sino una progresión en el ataque a un mismo bien jurídico o, cuando menos, a bienes jurídicos que, aunque conceptualmente sean distinguibles, tienen una misma naturaleza, no siendo el uno sino una prolongación o una parte del otro.

éste último, hubo un sector doctrinal (10) que vino a mantener, más o menos, la siguiente posición: si la conducta descrita en el derogado art. 425 no hubiera tenido el carácter de habitual se estaría en presencia de un supuesto de aplicación del párrafo segundo del art. 582 (11), por tanto, la figura delictiva contenida en el art. 425 no podía ser calificada como un delito de lesiones, puesto que su aplicación no requería la producción de ningún resultado material. Frente a esa posición, otros autores (12) mantuvieron que el fundamento del art. 425 radicaba en el mayor desvalor que merecía la realización de una lesión del bien jurídico cuantitativa o cualitativamente superior a la representada por los, entonces, tipos básicos de la falta de lesiones y la falta de malos tratos de obra (párrafos primero y segundo, respectivamente, del art. 582 del derogado Código penal) frente a los cuales el art. 425 aparecía como una especie agravada, tanto por la reiteración de los ataques a los bienes jurídicos «salud personal» (si se causa lesión) y «bienestar personal» (si tan sólo se causa un maltrato de obra, sin lesión) como por el mayor riesgo de lesión, especialmente de carácter psíquico, que puede sufrir la salud personal al producirse el ataque en alguno de los peculiares ámbitos de relación descritos en el precepto. A ello, además, se le podía añadir (13) la vulnerabilidad que, en tales singulares ambientes de relación, presentan dichos bienes jurídicos, porque suelen mediar relaciones de superioridad y dependencia afectiva o psicológica y económica entre agredido y agresor, lo cual dificulta o anula la capacidad defensiva (mental o física) de la víctima o su capacidad de buscar medios con los que evadirse o ponerse a salvo de tales ataques. Con tal configuración, el art. 425 no era un precepto destinado a proteger a la familia

(10) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las Personas*, 2.^a ed., Madrid, 1991, pág. 173; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 610.

(11) Precepto que recogía, en el derogado texto punitivo, la falta de malos tratos de obra, hoy regulada en el art. 617, número 2, del nuevo Código penal.

(12) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *La Reforma...*, ob. cit., págs. 104-105; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Comentarios*, pág. 371.

(13) DEL ROSAL BLASCO, B.: *Comentarios*, pág. 371.

como bien jurídico susceptible de consideración autónoma (14), sino a proteger la salud y/o el bienestar personal de los individuos, y por ello su naturaleza era la de ser una especie agravada de las faltas de lesiones o de la falta de malos tratos de obra.

El texto del art. 153 del Código penal de 1995 introdujo, sin embargo, al final del precepto, la regla penológica a la que ya nos hemos referido, que, sin duda, altera la discusión en torno al bien jurídico protegido y a la naturaleza del delito, pues las penas por el delito de violencias en el ámbito familiar o tutelar se han de imponer sin perjuicio de las penas correspondientes por el resultado que, en cada caso, se causare. En tales condiciones, es muy difícil seguir manteniendo que el art. 153 es un delito de resultado material en el que el bien jurídico protegido es la salud personal de los sujetos pasivos, pues si esa referencia penológica se ha de entender en su sentido más estricto, es decir, que se cause, en cada acto individual, la lesión que se cause se habrá siempre de castigar por tal lesión y, además, por la violencia física familiar o conyugal, nos veríamos abocados a reconocer un supuesto doble incriminación inaceptable, pues hechos lesivos de un mismo bien jurídico (salud personal) merecen un doble castigo, por un lado, a través del tipo correspondiente de la falta o del delito de lesiones y, por otro, a través del tipo de las violencias familiares. Así las cosas, sería posible seguir aludiendo a la salud personal, o si se prefiere a la integridad y a la salud personal, como bien jurídico protegido pero configurando el delito como un tipo de *peligro abstracto*, posición sustentada, por ejemplo, por GRACIA MARTÍN (15) sobre la base de las probabilidades de que la reiteración de las conductas descritas en el tipo provoquen en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional. La mayoría de los autores (16), sin embargo, parecían

(14) Como, en efecto, advertía TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La Reforma...*, ob. cit., págs. 169 y ss.

(15) GRACIA MARTÍN, L.: «Art. 153», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTÍN, L. (coords.): *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, I: «Títulos I a IV y faltas correspondientes», Valencia, 1997, págs. 426 y ss.

(16) CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Artículo 153», en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*,

preferir la solución de descartar que el art. 153 fuera un genuino delito de lesiones, entendiéndolo como un delito destinado a proteger la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante, como manifestación del principio de dignidad de la persona. A la vista del texto del Código penal de 1995, la objeción que se le podía plantear a esta segunda posición es que ya existe un título específico en el nuevo Código penal destinado a recoger las conductas que directamente afectan a la integridad moral (17) y, además, en el tipo del art. 153 no se contiene ningún elemento que permita deducir la necesidad de la presencia de un trato inhumano, degradante o vejatorio, en la conducta del sujeto activo diferente al inherente en todo acto de maltrato físico de otra persona; el tipo lo único que exige es que se *ejerza habitualmente la violencia física* sobre el sujeto pasivo, cosa que en unos casos puede ir acompañado o significar, ese ejercicio de violencia, un trato inhumano o degradante, pero en otros no tiene necesariamente que ser así, o al menos no de forma distinguible a lo propio de un acto de violencia; de no aceptarse este razonamiento no habría más remedio que reconocer, entonces, que todo delito de lesiones implica, en sí mismo, un menoscabo de la dignidad personal o una frustración del derecho a no ser tratado de forma inhumana o degradante. Además, introducir una entidad valorativa de esta naturaleza en la dialéctica aplicativa del tipo, forzando a los tribunales a tener que acreditar no sólo que se ejerció violencia sino que se

vol. I., Valencia, 1996, pág. 801; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Artículo 153», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y Valle Muñiz, J. M. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, págs. 100-101; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Artículo 153», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 440; CERVELLÓ DONDERRIS, V.: «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección», en *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, págs. 53-54; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal de 1995 y la Voluntad del Legislador. Comentario al Texto y al Debate Parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 95.

(17) SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J.: «Art. 153», en Serrano Butragueño, I. (coord.): *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1998, pág. 986.

hizo de un modo inhumano o degradante puede entorpecer, aún más si cabe, su aplicación. Todo ello sin mencionar que no le falta razón a GRACIA MARTÍN (18) cuando señala que la dignidad de la persona, más que un bien jurídico preciso y diferenciado, es un atributo totalizador, de modo que un atentado a la dignidad humana siempre tiene lugar a través de los ataques a los varios bienes personalísimos mediante los cuales ésta se manifiesta (vida, salud, libertad, etc.). Por ello, desde mi punto de vista, y a la vista del contenido del texto aún vigente, parece preferible la solución propuesta por Gracia Martín en el sentido de entender el delito como un tipo de *peligro abstracto*, sobre la base de las probabilidades de que la reiteración de las conductas descritas en el tipo provoquen en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional.

Sin embargo, el Proyecto de Ley Orgánica de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, de 21 de marzo de 2003 (BO de las Cortes Generales, Serie A, núm. 136-1), parece dar la razón a los autores que se decantan por considerar la violencia en el ámbito familiar o en el de las relaciones conyugales o de pareja como un delito contra la integridad moral. Sobre este punto, no obstante, volveremos un poco más adelante.

3. *La reforma de 1999*

El texto del vigente art. 153 es fruto de la reforma introducida en el Código penal por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, y contiene, respecto a su precedente, algunas importantes novedades.

En primer lugar, a diferencia del de 1989 ó 1995, la reforma incluye dentro de las modalidades típicas de violencia castigadas por el tipo, la violencia psíquica, con lo cual no sólo se corrige una deficiencia que se podría llamar histórica de la regulación penal de este delito sino que, al mismo tiempo, tiene como consecuencia técnica importante la posibilidad de que, en la interpretación de la

(18) GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios*, pág. 419.

conducta típica, «ejercer violencia», se incluyan las modalidades omisivas, cosa que antes era, por lo menos, discutible. En efecto, en el texto original del art. 153 del Código penal de 1995 la conducta se delimitaba por el *ejercicio habitual de violencia física*. Quedaban fuera del ámbito del precepto todos los comportamientos que no consistieran en la utilización de la fuerza física o el acometimiento material contra el sujeto pasivo, y difícilmente eran pensables formas omisivas (19). Hay que tener presente que al utilizar el tipo un verbo, cual es «ejercer» (violencia física) que tiene una inequívoca connotación activa, haciéndolo acompañar de una referencia única y exclusiva a la violencia física, su significado semántico, que equivale a «realizar o hacer actuar algo sobre cierta cosa» (20), casi, necesariamente, obligaba al intérprete a entender el núcleo de tal conducta como referida a la realización de actos de fuerza material o, si se prefiere, como aplicación de fuerza física del cuerpo del sujeto activo sobre el del sujeto pasivo (21).

La nueva redacción introducida en el año 1999 cambia, sin embargo, el sentido de la interpretación de la conducta típica al incluir la referencia a la violencia psíquica, con lo que, en este caso, el significado de *ejercer* nunca se va a poder interpretar como actuar materialmente sobre el cuerpo del sujeto pasivo. El sentido que adquiere, entonces, el concepto de ejercer es más amplio y se podría interpretar, más bien, en el sentido de ejercitar o repetir muchos actos de violencia, con lo que, ahora, tiene que dar cabida a los supuestos de comportamientos en los que, por acción o por omisión, se practica la violencia con el sujeto pasivo.

(19) En el mismo sentido se manifestó, por ejemplo, CUELLO CONTRE-RAS, J.: «El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad», en *Poder Judicial*, núm. 32, 1993, págs. 12 y ss.; partidario, sin embargo, de admitir la posibilidad de comisión por omisión, GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios*, págs. 464 y ss.

(20) Véase la voz «ejercer», en MARÍA MOLINER: *Diccionario de Uso del Español*, Madrid, 1983.

(21) En sentido similar, TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 178.

Novedad importantísima del nuevo texto del art. 153 es la inclusión de un concepto normativo de habitualidad en el párrafo segundo del precepto. Antes de la introducción de dicho párrafo, la necesidad de que la violencia ejercida por el sujeto activo tuviera el carácter de *habitual* complicaba enormemente su interpretación. Parte de la doctrina (22), en este concreto aspecto, parecía haber aceptado *resignadamente* el viejo criterio jurisprudencial (23) de que la habitualidad es un dato de hecho, que no requiere constatación formal, y que significa repetición del mismo comportamiento en, al menos, tres ocasiones. No obstante, una jurisprudencia más reciente y otro sector de la doctrina (24) no se conformó, matizando, con acierto, que tal criterio no podía operar de forma automática, debiéndose de excluir «la aplicación del tipo siempre que los distintos hechos no respondan a una cierta unidad de contexto y proximidad temporal» (25). El texto legal del 1999 parece haber dado la razón a este sector doctrinal y jurisprudencial, al incluir una referencia en el concepto de habitualidad a la proximidad temporal de los actos, prescindiendo, incluso, de si la violencia se ha ejercido o no sobre una misma víctima (26) y de que los actos de violencia hayan sido enjuiciados anteriormente (27).

(22) Así, por ejemplo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 105 y ss.; BOIX REIG, J.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 123; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual...*, ob. cit., pág. 173; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN: *El Código...*, ob. cit., pág. 95; CERVELLÓ DONDERRIS, V.: *Poder Judicial*, pág. 57; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios*, pág. 801.

(23) Aplicado a esta misma fórmula en los casos en que así se utilizaba por el Código penal de 1973, por ejemplo, en los arts. 415, 542, 546 bis a) y c).

(24) Véase, TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 180; GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios*, pág. 461, éste con referencias jurisprudenciales.

(25) TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 180.

(26) Tal y como se había propuesto por la doctrina que configuraba la habitualidad como una característica *personal* del sujeto activo (así, GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios*, pág. 449).

(27) Problema discutido por la doctrina antes de la reforma de 1999 era el de si se podía o no excluir la habitualidad cuando ya había existido condena previa por alguno de los actos que sirven, precisamente, para construir dicha habitualidad. Quien configuraba el delito del art. 153 como un supuesto agravado, por

La reforma de 1999 amplía el ámbito de los sujetos pasivos, al incluir tanto a los que, en el momento de la comisión del hecho, son cónyuges o parejas de hecho como a los que lo hayan sido con anterioridad. La ampliación es oportuna porque, como se ha señalado por la doctrina, «las cifras de violencia acreditan que los riesgos de sufrir agresiones físicas se multiplican una vez producida la ruptura de la vida en común» (28). También se incluyó, como novedad, dentro del círculo de los posibles sujetos pasivos a los que se encuentran en una situación de acogimiento, ampliación, en este caso, completamente lógica pues no se puede excluir, tampoco en estos casos, la producción de un fenómeno de violencia similar al que se puede ocasionar con hijos o pupilos.

III. PROPUESTA DE REFORMA

El reciente Proyecto de Ley Orgánica de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha 21 de marzo de 2003, vuelve a modificar, de forma relevante, la regulación penal de las violencias en el ámbito familiar, conyugal o tutelar, en el siguiente sentido:

la reiteración, de la falta de malos tratos tendía a excluir tal posibilidad, lo que abocaba a situaciones paradójicas. Porque la agravación que supondría, desde dicha perspectiva, el delito del art. 153 respecto de la falta de malos tratos podría ser continuamente eludida por el sujeto activo, que no tendría sino que lograr ser condenado por las faltas de malos tratos singulares para impedir la condena por el delito del art. 153. Por otra parte, sería absurdo tenerle que plantear a una víctima que denuncia una situación de malos tratos por tercera o cuarta vez que si ya denunció las agresiones anteriores recabe pruebas suficientes de la agresión actual y espere a ser objeto, nuevamente, en dos o en más ocasiones de violencias físicas para poder, entonces, denunciar a su agresor como autor de un delito del art. 153.

(28) RODRÍGUEZ GÓMEZ, C.: «El delito de malos tratos en el ámbito familiar», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. y SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.): *Hacia un Derecho Penal sin Fronteras*, Madrid, 2000, pág. 81.

En primer lugar, se reubica sistemáticamente el antiguo art. 153, que pasa ahora, en el Proyecto de Ley Orgánica, a ser el nuevo art. 173, núm. 2, figura delictiva ésta que está incluida en el título VII del libro II del Código penal, dedicado a los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral.

En segundo lugar, el círculo de los sujetos pasivos se vuelve a modificar, refiriéndose ahora, también, el tipo a los descendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, y a las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar, así como a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En tercer lugar, el arsenal punitivo se amplía con una serie de penas privativas de derechos, cuales son la 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.

Finalmente, y en cuarto lugar, y como complemento de lo anterior, el nuevo art. 153 eleva a la categoría de delito la falta de lesiones y la falta de malos tratos de obra para los casos en los que ésta recaiga sobre alguno de los sujetos pasivos mencionados en el nuevo art. 173, núm. 2.

La consideración del delito de violencias en el ámbito familiar, conyugal o tutelar como un delito contra la integridad moral es una de las opciones por la que se había venido decantando la doctrina (29), que, no obstante, también se había referido a la salud

(29) TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Comentarios*, págs. 105-106; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios*, pág. 133; OLMEDO CARDENETE, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, Barcelona, 2001, págs. 42-42; CASTELLÓ NICAS, N.: «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.): *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, págs. 63 y ss.

y/o el bienestar personal (30), la dignidad personal (31), la dignidad en el ámbito familiar (32) o la incolumidad o indemnidad personal (33) como posibles objetos de tutela. La naturaleza del presente trabajo no me permite extenderme en algunas consideraciones críticas en relación con esa ubicación sistemática y la contemplación del delito que ahora analizamos como un delito contra la integridad moral (34), pero no sería justo dejar de reconocer que

(30) GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios*, págs. 423 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Comentarios*, pág. 371; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *El Delito de Lesiones*, Valencia, 1997, pág. 31; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.: *El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar*, Valencia, 2000, págs. 27 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L.: «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en VVAA: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, págs. 1525-1526.

(31) CERVELLÓ DONDERRIS, V.: *Poder Judicial*, pág. 53; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a ed., Madrid, 2001, págs. 115-116.

(32) ALCADE SÁNCHEZ, M.: *El Delito de Malos Tratos Físicos y Psíquicos en el Ámbito Familiar*, Valencia, 2000, págs. 133-134.

(33) GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 105.

(34) Especialmente criticable me parece que, conforme se incrementa el elenco de figuras delictivas incluidas dentro de los delitos contra la integridad moral en el título VII del libro II del Código penal de 1995, más difícil es de definir el objeto de protección y el propio concepto de integridad moral. Por lo demás, sigo pensando, a pesar de la ubicación sistemática, que el tipo del propuesto nuevo art. 173, núm. 2 no contiene ningún elemento que permita deducir la necesidad de la presencia de un trato inhumano, degradante o vejatorio, en la conducta del sujeto activo diferente al inherente en todo acto de maltrato físico o psíquico de otra persona; el tipo lo único que exige es que se *ejerza habitualmente la violencia física psíquica* sobre el sujeto pasivo, cosa que en unos casos puede ir acompañado o significar, ese ejercicio de violencia, un trato inhumano o degradante, pero en otros no tiene necesariamente que ser así, o al menos no de forma distinguible a lo propio de un acto de violencia; de no aceptarse este razonamiento no habría más remedio que reconocer, entonces, que todo delito de lesiones implica, en sí mismo, un menoscabo de la dignidad personal o una frustración del derecho a no ser tratado de forma inhumana o degradante. Todo ello sin que deje de ser cierto que el efecto psicológico que la violencia doméstica provoca en determinadas víctimas es equiparable al que produce la tortura, pero lo mismo se puede predicar de otro

la decisión del legislador resuelve algún problema práctico de no desdeñable importancia. Me estoy refiriendo al problema de las relaciones entre la conducta habitual constitutiva del delito del ejercicio de la violencia y las concretas faltas o delitos de lesiones en los que ésta se va concretando. La nueva posición sistemática del tipo de violencias habituales intenta dejar muy claro que la naturaleza del delito y su objeto de protección es algo diferente a la salud y/o el bienestar personal de la víctima y, por lo tanto, las relaciones entre tales figuras delictivas (violencias habituales, por un lado, y falta o delito de lesiones, por otro) es la propia de un concurso de delitos, sin que ahora debiera haber ninguna sospecha de una posible doble incriminación, como ocurre con el texto del Código penal aún vigente, por estar las violencias habituales ubicadas sistemáticamente junto a los delitos de lesiones, dentro del mismo título.

Nada especialmente hay que objetarle a la ampliación del círculo de los sujetos pasivos que pueden ser víctimas del delito, aunque no deja de ser cierto que la importancia criminológica de la violencia ejercida sobre cónyuges o parejas e hijos es muy superior a la de los casos de violencia entre hermanos naturales, adoptivos y no digamos afines, QUE de momento, al menos, no se vive como un proceso socialmente patológico ni tan extendido. En cualquier caso, la aplicación del tipo a estos supuestos está debidamente justificada si el fenómeno tiene, en el caso particular, las mismas características y dimensiones.

Tampoco es objetable la ampliación de las penas a las inhabilitaciones de derechos que se contempla en el nuevo tipo del art. 173, núm. 2, del Proyecto presentado por el Gobierno. Es perfectamente razonable que al Juez o Tribunal se le dé la oportunidad de valorar la conveniencia de, en interés del menor o del incapaz, inhabilitar especialmente para el ejercicio de la patria potestad, tutela,

tipo de delitos, como lo puede ser el caso de prolongadas privaciones de libertad o coacciones y amenazas que no se producen en el ámbito familiar, y la valoración de esa degradación de la integridad moral se puede reconducir al tipo del vigente art. 173, núm.1.

curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años al agresor y la pena, por ello, resulta especialmente adecuada en su diseño, máxime al tener un carácter potestativo. Por supuesto, ni que decir tiene que la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, que en este caso no tiene carácter potestativo sino imperativo, dada la naturaleza del hecho es, igualmente, perfectamente razonable.

Más críticas merece, sin embargo, la redacción del nuevo art. 153 del Proyecto, que eleva a la categoría de delito la falta de lesiones y la de malos tratos de obra en los casos en los que el sujeto pasivo lo sea uno de los mencionados en el art. 173, núm. 2, del Proyecto. En mi opinión, en este caso las críticas que se le pueden dirigir a esta propuesta pueden orientarse en dos direcciones.

En primer lugar, la equiparación punitiva de la falta de malos tratos de obra a la falta de lesiones es, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, discutible y rompe, sin que sea fácil encontrar un argumento justificativo, con la regla general establecida en el art. 617 del Código penal vigente, de diferenciar la gravedad y, por tanto, la respuesta punitiva de la falta de lesiones (núm. 1 del art. 617) y de la falta de malos tratos de obra (núm. 2 del art. 617). Y es que, en efecto, desde el punto de vista del que, en este caso, es el bien jurídico protegido (la salud, en el caso de las lesiones, y el bienestar personal, en el caso de los malos tratos), existe una diferencia valorativa, en razón de la importancia del bien jurídico afectado, entre una y otra conducta y, por tanto, existe una diferencia de gravedad entre ambas infracciones; y a esa diferencia de gravedad se debe responder con una pena también diferente. Además, desde el punto de vista político-criminal, también se puede esgrimir un argumento en contra de la propuesta legal: si se equiparan punitivamente conductas de distinta gravedad, estamos invitando al agresor a cometer la más grave (lesiones) y no la más leve (malos tratos de obra), porque realizar la conducta más leve no le va a reportar ninguna «ventaja» punitiva.

En segundo lugar, elevar a la categoría de delito la falta de lesiones y la de malos tratos de obra, con el único elemento diferencial, respecto del resto de la falta genérica de lesiones y de

malos tratos de obra, de las características del sujeto activo implica no diseñar correctamente el tipo para el fenómeno que, con el mismo, se pretende abarcar. En efecto, la propuesta de nuevo art. 153 tiene por objeto, según la Exposición de Motivos del Proyecto, abarcar todas las manifestaciones de la violencia doméstica y que la regulación penal «cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos». Pero maltratar de obra o causarle una lesión constitutiva de falta a un hermano o a una hermana, a un cuñado o a una cuñada, o a un hijo o a una hija no es siempre una manifestación del fenómeno criminal de la violencia doméstica. Piénsese que, de acuerdo con el sentido literal inequívoco del propuesto nuevo art. 153, cuando un sujeto mayor de dieciocho años le pega un empujón ocasional a su hermano o hermana, o le propina un puñetazo ocasional que le causa una lesión para cuya sanidad no requiere de asistencia facultativa o requiere tan sólo de una primera asistencia facultativa, la amenaza de pena para un hecho que, obviamente, no reviste una especial gravedad criminológica es de prisión de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Enviar ese mensaje a los jueces, obligándoles a aplicar esa pena, es forzar a aplicar una norma jurídica que contradice abiertamente la sensibilidad social más razonable y, por tanto, los elementales requerimientos del principio de proporcionalidad, en relación con la valoración de la gravedad de las conductas.

El legislador debe introducir en el tipo del art. 153 del Proyecto elementos de que delimiten y definan, de forma más precisa, el fenómeno de violencia doméstica que se quiere reprimir y/o prevenir. De modo que si la violencia doméstica, ahora mismo, es un fenómeno que se produce de forma más dramática en las relaciones conyugales o de pareja, actuales o pasadas, quizás la definición de los posibles sujetos pasivos en el tipo debería restringirse al cónyuge o a la pareja. O quizás debería limitarse el tipo al contexto de una agresión producida en una situación de convivencia o de dependencia económica, o en el transcurso de un procedimiento de separación, etc. En una palabra, en mi opinión el tipo requiere una mayor y mejor delimitación para no incluir en él

supuestos de infracciones que, de forma evidente, no deben ser calificados con tanta gravedad por el Código penal.

Por otra parte, se vuelve a producir la misma objeción político-criminal a la que antes hacíamos referencia y es que, de momento, la pena del propuesto art. 153 es más grave que la del tipo (básico) atenuado del delito de lesiones del art. 147, núm. 2, del Código penal vigente (arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses). Si se aprobara la modificación punitiva, para el art. 147, núm. 2, propuesta en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5 de mayo de 2003, las penas entre el nuevo art. 153 y el nuevo art. 147, núm. 2, estarían equiparadas punitivamente, al pasar la conducta prevista en este precepto a estar con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. De tal manera que, en una u otra de las regulaciones legales, al agresor siempre le va a ser mucho más rentable punitivamente causarle a su víctima una lesión de las que requiera para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico, aunque, en razón del medio empleado o el resultado producido se pueda descender a la pena del tipo atenuado, que maltratarla de obra o causarle un lesión que sane sola o que sólo requiera para su sanidad de una primera asistencia facultativa.