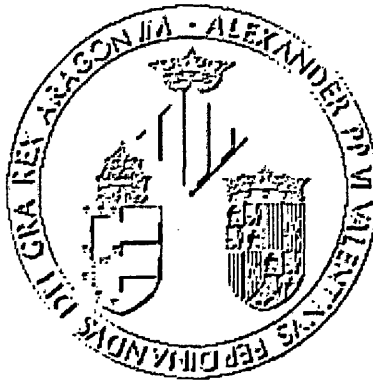


BID.T 6496

**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**

**Facultad de Derecho**



**El delito de violencias habituales en  
el ámbito familiar:  
bien jurídico y delimitación del  
injusto típico**

**Tesis doctoral presentada  
para la colación del grado de  
Doctora en Derecho por la  
Lda. Raquel Campos Cristóbal.**

**Director: Prof. Dr. D. Javier  
Boix Reig, Catedrático de  
Derecho penal de la  
Universitat de València.**

**Valencia, 2003**

UMI Number: U607542

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607542

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

CB 0001904286





9874061000 80

64458808 7

4844441 9

**Index**



## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....</b>	<b>9</b>
<i>I. PRIMEROS ANTECEDENTES.....</i>	<i>9</i>
<i>II. PERIODO CODIFICADOR EN ESPAÑA.....</i>	<i>14</i>
<i>1. Código penal de 1822.....</i>	<i>16</i>
<i>2. Código penal de 1848.....</i>	<i>19</i>
<i>3. Código penal de 1850.....</i>	<i>23</i>
<i>4. Código penal de 1870.....</i>	<i>23</i>
<i>5. Código penal de 1928.....</i>	<i>26</i>
<i>6. Código penal de 1932.....</i>	<i>29</i>
<i>7. Código penal de 1944.....</i>	<i>30</i>
<i>8. Texto revisado de 1963.....</i>	<i>31</i>
<i>9. Texto Refundido de 1973.....</i>	<i>32</i>
<i>III. PROYECTOS Y REFORMAS.....</i>	<i>33</i>
<i>1. Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980.....</i>	<i>35</i>
<i>2. Propuesta de anteproyecto de Código penal de 1983.....</i>	<i>36</i>
<i>3. Reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/83 de reforma urgente y parcial de 25 de Junio.....</i>	<i>37</i>
<i>4. Reforma operada por Ley Orgánica 3/89 de 21 de Junio de actualización del Código penal.....</i>	<i>39</i>
<i>5. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992.....</i>	<i>44</i>

6. Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1994.....	47
7. Código penal de 1995.....	49
8. Ley 14/1999 de modificación del Código penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	51
<b>IV. RECIENTES DOCUMENTOS INSTITUCIONALES.....</b>	<b>54</b>
1. Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999.....	54
2. Informe del Consejo General del Poder Judicial de 21 de Marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica.....	55
3. II Plan Integral contra la violencia doméstica 2001-2004.....	56
<b>V. OTRAS EXPERIENCIAS Y PROPUESTAS.....</b>	<b>62</b>
1. Experiencia piloto de Juzgados de Instrucción especializados en violencia doméstica en Alicante, Elche y Orihuela.....	62
2. Creación del Observatorio contra la violencia doméstica.....	64
3. Propuestas de ley integral.....	65
4. Propuesta de creación de secciones de violencia familiar en las fiscalías.....	67
5. Propuesta de hacer públicas listas de maltratadores...	68
6. Tramitación del proceso de faltas de violencia doméstica a través de los juicios rápidos...	70
<b>VI. NORMATIVA INTERNACIONAL.....</b>	<b>75</b>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>79</b>
<b>I. ALEMANIA.....</b>	<b>79</b>

1. Regulación.....	80
1.1. Körperverletzung (§ 223 del StGB).....	81
1.2. Mißhandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 del StGB).....	89
1.2.1. Personas protegidas.....	90
1.2.2. La acción.....	93
1.2.3. Bien jurídico y ubicación sistemática.....	96
 II. ITALIA.....	 107
1 Regulación.....	109
1.1. Percosse.....	109
1.2. Lesione personale.....	111
1.3. Abuso de mezzi de correzione o di disciplina.....	116
1.4. Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli.....	118
 <b>CAPÍTULO TERCERO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....</b>	 <b>129</b>
 I. INTRODUCCIÓN.....	 129
 II. POLÉMICA DOCTRINAL.....	 132
 1. El bien jurídico protegido con las figuras de lesión.....	 132
1.1. La integridad física o corporal.....	133
1.2. La integridad corporal y la salud.....	136
1.3. Formulaciones doctrinales más recientes.....	139
1.3.1. Bien jurídico concreto.....	140
A) La salud.....	140
B) La integridad biológica.....	144

C) La integridad y salud personales.....	146
1.3.2. Bien jurídico amplio.....	149
A) Incolumidad personal.....	149
B) El bienestar personal.....	153
2. Bien jurídico del art. 617.2: El maltrato corporal o maltrato físico.....	153
2.1. Bien jurídico idéntico al de lesiones.....	154
2.1.1. La incolumidad personal en su dimensión de integridad física.....	154
2.1.2. La integridad y salud personales.....	156
2.1.3. El bienestar personal.....	157
2.2. Bien jurídico distinto al de lesiones.....	157
3. Bien jurídico del art. 153: delito de violencia doméstica o maltrato habitual en el ámbito familiar.....	158
3.1. Bien jurídico idéntico al de lesiones.....	159
3.1.1. Bien jurídico amplio.....	159
A) La incolumidad personal en su dimensión de integridad moral.....	159
3.1.2. Bien jurídico concreto: la salud o integridad personal.....	161
A) Delito de peligro abstracto contra la salud.....	161
B) Delito de peligro concreto contra la salud o integridad personal.....	164
3.2. Bien jurídico distinto al de lesiones.....	165
3.2.1. Bien jurídico amplio.....	165
A) La paz y la seguridad.....	166
B) Delito pluriofensivo en el que, sobre todo, se destaca la faceta del orden, la paz o la convivencia familiar.....	167
C) Las relaciones familiares.....	170

D) La dignidad humana.....	171
3.2.2. Bien jurídico concreto.....	171
A) La dignidad humana concretada en la integridad moral.....	171
B) La integridad moral como valor constitucional.....	175
3. Posición escéptica.....	177
4. El bien jurídico del delito del art. 153 según la Jurisprudencia: ¿la dignidad humana en el seno de la familia o la paz familiar?.....	185
 II. TOMA DE POSTURA.....	191
1. Malos tratos corporales.....	191
2. Lesiones.....	207
3. Delito de violencia doméstica o maltrato habitual en el ámbito familiar.....	213
3.1. La integridad moral: contenido y concepto.....	230
 <b>CAPÍTULO CUARTO: NATURALEZA DEL DELITO.....</b>	<b>245</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	245
II. POLÉMICA DOCTRINAL.....	248
1. Delito de mera actividad o delito de resultado.....	248
2. Delito de lesión o delito de peligro.....	250
 III. TOMA DE POSTURA.....	252
1. Delito de mera actividad.....	253
2. Delito de lesión.....	261
 <b>CAPÍTULO QUINTO: ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.....</b>	<b>265</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	265

1. Los sujetos como elemento delimitador de la conducta típica.....	266
1.1. Delito especial propio o impropio: perspectiva formal versus perspectiva material.....	266
1.2. Sujetos protegidos en el 'delito de violencia doméstica': la naturaleza normativa de la terminología empleada.....	283
Excurso acerca de la terminología empleada.....	285
1.2.1 La relación conyugal; matrimonio, parentesco y familia.....	296
1.2.2. Análoga relación de afectividad a la conyugal.....	301
A) Crítica a la terminología empleada....	301
Excurso acerca de la fundamentación de la circunstancia mixta de parentesco y de la incorrecta aplicación jurisprudencial de esta última a partir de que se incorporara a la misma la llamada "análoga relación de afectividad.....	312
B) Materia designada por dicha terminología: la unión de hecho y sus clases.....	329
C) Inclusión o exclusión de las uniones homosexuales.....	331
D) Problemática en torno a la analogía.....	340
E) Definición.....	347
F) Conclusión.....	348
1.2.3. La relación paternofilial y sus asimiladas.....	349
A) Relación paternofilial.....	350



B) Relaciones asimiladas: "pupilos, ascendientes o incapaces que con el convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro".....	356
1.3. La convivencia como presupuesto material del delito de violencia doméstica.....	365
1.4 Los sujetos en el delito de "maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli".....	376
1.5. Los sujetos en el delito de "Misshandlung von schutzbefohlenen" .....	380
2. Función fundamentadora del injusto.....	386
II. LA CONDUCTA TÍPICA.....	391
1. Ejercicio de violencia física o psíquica.....	391
1.1. La violencia física.....	393
1.1.1. Bien jurídico protegido en el art. 617.2.....	395
1.1.2. Definición del maltrato de obra.....	396
1.1.3. Distinción entre la falta de malos tratos y la falta de lesiones.....	401
1.2. La violencia psíquica.....	414
1.2.1. Definiciones doctrinales de la "violencia psíquica".....	415
1.2.2. Crítica y toma de postura.....	417
Excurso acerca de las dos utilizaciones del término violencia por el Código penal.....	423

1.2.3. Definición que se propone en el presente trabajo.....	432
1.3. Breve propuesta de lege ferenda.....	433
1.4. Problemas que suscita el anterior planteamiento en el ámbito de las coacciones y de las vejaciones de carácter leve llevadas a cabo mediante un maltrato corporal.....	434
1.5. Derecho comparado.....	442
2. La habitualidad.....	447
2.1 Naturaleza de este elemento en el delito de violencia doméstica.....	449
2.1.1. ¿Habitualidad objetiva o subjetiva? Aclaraciones terminológicas.....	449
A) Orígenes de la discusión.....	449
B) La habitualidad criminal en el Código penal de 1995.....	459
C) La naturaleza objetiva de la habitualidad en el art. 153.....	464
2.1.2. ¿Habitualidad propia e impropia?.....	470
2.1.3. ¿Habitualidad genérica o específica? ...	475
2.2. Concepto de 'Habitualidad' en el art. 153: interpretación doctrinal y jurisprudencial.....	480
2.2.1. Primeras aclaraciones: la habitualidad como un concepto fáctico distinto de la reincidencia; el criterio matemático-numérico con sus primeras limitaciones.....	482
A) Doctrina.....	482
B) Jurisprudencia.....	485
2.2.3. Interpretación doctrinal y jurisprudencial de la habitualidad después de la reforma operada por LO 14/99. El abandono del criterio	

matemático-numérico y la consiguiente  
relativización del criterio cuantificador.....495

A) Doctrina.....495

B) Jurisprudencia.....503

2.3. Toma de postura e interpretación de las pautas  
legales que ofrece el art. 153 en orden a una más  
fácil apreciación de la habitualidad.....507

2.4. La habitualidad y la cláusula concursal frente al  
principio non bis in idem.....524

2.5. Algunas consideraciones relativas a la  
problemática concursal.....548

2.6. La habitualidad y las formas imperfectas de  
ejecución.....553

2.7. La habitualidad en el derecho comparado.....554

## **CAPÍTULO SEXTO: LA OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA.....555**

I. DISCUSIÓN DOCTRINAL.....555

II. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....566

III. TOMA DE POSTURA.....588

1. La Autoría y la omisión en el delito de violencia  
doméstica.....607

1.1 Autoría/ actos individuales de violencia/ omisión  
propia.....607

1.2. Autoría/ delito considerado globalmente/ omisión  
propia.....610

1.3. Autoría/ perspectiva global del delito/ comisión  
por omisión.....611

1.4. Autoría/ perspectiva individual del acto  
violento/ comisión por omisión.....613

2. La participación omisiva del cónyuge pasivo o  
contemplador.....614

3. <i>La omisión en el derecho comparado</i> .....	626
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>629</b>
<b>APÉNDICE: PROPUESTA DE NUEVA REFORMA</b> .....	<b>649</b>
1. <i>Modificaciones previstas</i> .....	649
2. <i>Breve valoración personal</i> .....	657
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>661</b>

## ***Abreviaturas***



## ABREVIATURAS

§	parágrafo
A	<i>Abschnitt</i> (párrafo)
AAVV	Autores varios
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
art.	artículo
AP	Audiencia Provincial
Aufl.	<i>Auflage</i> (edición)
BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial del Estado Alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>BT-Drucksache</i>	<i>Verhandlungen des Deutschen Bundestages/Drucksachen</i> (Boletín del Congreso alemán, se cita por número de legislatura y número de registro)
CE	Constitución Española
Cfr	Confróntese
Cit	Citado
Coord.	Coordinado/coordinador
Cp	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir	Dirigido/Director
Ed	Edición
FGE	Fiscalía General del Estado
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
<i>Infra</i>	Abajo
Núm	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
pág.	página
PE	Parte especial
PJ	Poder judicial
Rec	recurso
S	Sentencia
s	siguiente
ss	siguientes
secc.	sección
<i>StGB</i>	<i>Strafgesetzbuch</i> (código penal alemán)
<i>supra</i>	arriba
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
<i>Vid</i>	Véase
Vol	Volumen
ZStW	<i>Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft</i>





## *INTRODUCCIÓN*

Profundizar en un tema como el de la violencia doméstica no es tarea fácil. De un lado, la problemática que conlleva puede afrontarse desde múltiples perspectivas: criminológica, psicológica, médica, sociológica, jurídica. De otro, la realización de un estudio objetivo de la misma puede verse entorpecida por la alarma social que tales conductas vienen generando en estos últimos años debido a la gran atención que al tema han dispensando los medios de comunicación así como por el rechazo que el maltrato reiterado, en sí mismo, despierta cuando recae sobre las mujeres, los niños o los miembros más débiles del ámbito familiar impidiendo, las más de las veces, que uno pueda acercarse a este tema sin cierto apasionamiento. Consciente, pues, de que la solución a una realidad tan compleja sólo puede llegar de una respuesta objetiva por parte de la conjunción de todos los agentes sociales

implicados y de que la búsqueda de dicha solución debe revestir carácter interdisciplinar, este trabajo pretende, no obstante, una aproximación al problema únicamente desde la perspectiva jurídico-penal. Para ello, partiendo de considerar como superada aquella posición escéptica acerca de la necesidad de la intervención del derecho penal en el ámbito doméstico a través de la creación de un delito autónomo<sup>1</sup> dada la especial gravedad de las conductas de que se trata, y tras un detallado análisis de los diferentes preceptos que el legislador penal destina a la materia, se tratará de averiguar si ésta dispone o no de un tratamiento adecuado, en el sentido de suficiente, por parte del vigente Código penal, o si debe, por el contrario, ser objeto de reforma con el fin de lograr una regulación más eficaz en cuanto que capaz de hacer frente a esta gran lacra social contra la que se está tratando de combatir desde hace más de una década sin apenas éxito<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Recientemente, sin embargo, manifestándose en contra de la necesidad de la creación de un delito autónomo para castigar la llamada violencia familiar o doméstica, por considerarlo un claro ejemplo de derecho simbólico, que supone una clara vulneración del principio de intervención mínima, y que se ha creado con el único fundamento de acallar las airadas voces de la comunidad, vid. NUÑEZ CASTAÑO, E.: El delito de malos tratos en el ámbito familiar, Valencia, 2002, pág. 187. Pese a que haya opiniones en contra de la tipificación de un delito específico para castigar penalmente estas conductas como la acabada de citar, entiendo que se puede considerar superada porque la mayoría doctrinal reconoce la labor que puede realizar el derecho penal en la erradicación de la violencia doméstica, labor que deberá ser completada obviamente con muchas otras actuaciones extrapenales.

<sup>2</sup> Vid. apéndice en el que se hace una breve reflexión crítica acerca de

El estudio de esta materia se va a abordar, además, de forma selectiva, esto es, centrándose en el análisis de la parte objetiva del tipo descrito en el art. 153 del vigente Cp, por constituir precisamente el contenido de injusto el aspecto más problemático y también, y por eso, el más sujeto a convulsiones legislativas de todos los que rodean a dicho delito.

Muchos son los problemas interpretativos que plantea la redacción del mencionado precepto: qué es violencia psíquica, qué es habitualidad, qué alcance posee la cláusula concursal, cuáles son los sujetos protegidos por el mismo, cuál es el bien jurídico que se protege a través de este delito, etc. A todos ellos pretenden dar respuesta las páginas que siguen, en las que el método de trabajo ha intentado ser siempre el mismo: fijar una toma de postura clara respecto de las múltiples posiciones doctrinales y del sinfín de pronunciamientos jurisprudenciales que sobre cada uno de los elementos de este delito se han vertido.

Por lo demás, el análisis detallado del contenido de injusto del delito ha tenido que venir precedido de una rápida visión del derecho histórico que ayude a comprender futuras actuaciones del legislador, así como de un estudio de aquel derecho comparado que más entiendo nos puede interesar, desde el punto de vista de nuestra tradición

jurídico-penal.

**Capítulo I**  
***Evolución histórica***



**CAPÍTULO I**  
**EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

**I. PRIMEROS ANTECEDENTES**

El punto de partida de un estudio histórico sobre la materia que nos ocupa puede situarse allí donde ubicamos el de las lesiones, esto es, puede establecerse en el Derecho romano<sup>3</sup>. Las "lesiones" entonces no recibían tratamiento autónomo al quedar comprendidas dentro de un extenso concepto de *iniuria*<sup>4</sup>. El injusto de la lesión se caracterizaba por la ofensa que representaba para la persona la agresión a su cuerpo.

---

<sup>3</sup> No obstante, algunos autores como QUINTANO RIPOLLÉS empiezan su análisis histórico con referencias al derecho hebreo y a la doctrina talionar de la Biblia. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A: Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, Tomo I, 2ª ed°. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E, Madrid, 1972, pág. 697.

<sup>4</sup>La asimilación y, aun confusión, con la *iniuria* ha conducido a algunos romanistas a la idea de que este nombre fue el originario precisamente para las lesiones corporales, después se extendió a los atentados contra el honor y por último terminó refiriéndose a estos en exclusiva dentro de la terminología moderna. En esa confusión léxica quizá sea donde haya que buscar la causa de que en nuestro derecho militar de los años setenta se siguiera llamando insulto tanto a los malos tratos de obra como a los de palabra. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS: Tratado de ... cit, pág. 699; Vid. también: ANTÓN ONECA, J: "Notas críticas al Código penal, las lesiones" en Libro homenaje al profesor R.P. Julián Pereda,

El derecho pretorio se encargó de precisar un tanto las tipologías lesivas, aun dentro de la imprecisión original y de la permanencia en el ámbito de las acciones privadas. La *Lex Cornelia iniuriarum*, sin eliminar dicha confusión, sistematizó los lesivos corporales en las tres hipótesis de *pulsatio*, *verberatio* y *introire vi domum*, que con el tiempo darían lugar a las figuras de agresión, lesiones propiamente dichas y allanamiento de morada<sup>5</sup>.

Frente a la concepción romana, generalizadora y subjetiva, el Derecho germánico partió, por el contrario, de una visión objetiva. Según ésta, el injusto recaía en el daño o detrimento corporal y ya no en el desprecio a la víctima. Desconectada de la injuria, la lesión fue objeto de una regulación pormenorizada, basada en los detalles y estrechamente condicionada por los resultados producidos. Desde este material enfoque es lógico que al Derecho penal sólo le interesaran los daños corporales susceptibles de medición o encaje en alguno de los tipos con resultados tasados, y no los daños psíquicos o anímicos, ni el resto de los daños corporales<sup>6</sup>.

En España, en concreto, la influencia germánica durante la Edad Media determinó que gran parte de los

---

Bilbao, 1965, pág. 776 y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L: Comentarios al Código penal, Parte especial, Valencia, 1997, pág. 321.

<sup>5</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A: Tratado de la parte..., cit. Pág. 699.



fueros municipales o regionales de la época adolecieran de un extremado casuismo. No obstante, los ordenamientos medievales de influjo germánico conservaron también huellas procedentes del derecho romano<sup>7</sup>.

En Las Partidas, sin embargo, se observa el proceso contrario. Acogen la tradición romana hasta el punto de llegar a unificar de nuevo las lesiones y las injurias, esta vez, bajo la denominación de "deshonras" y tornando a la tripartición de atroces, leves y ligeras pero, realizando ciertas concesiones a las ideas medievales al tomar en cuenta el medio empleado y la producción de derramamiento de sangre<sup>8</sup>.

Sólo a finales del siglo XVIII es cuando el delito de lesiones adquiere sustantividad respecto del homicidio y respecto de la injuria. Es entonces también cuando -tal y como señala QUINTANO RIPOLLÉS- se trata de ampliar el concepto de lesión a la producción de enfermedades y

---

<sup>6</sup> Vid. ANTÓN ONECA: Notas críticas..., cit., pág. 776 ; Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. : Comentarios ..., cit., pág. 321; Vid. también MAURACH, R.: Strafrecht Besonderer Teil, 8 Aufl, 1995, pág. 93.

<sup>7</sup> QUINTANO RIPOLLÉS afirma que el casuismo más desenfrenado y la casi constante referencia a la composición con arreglo a baremos preestablecidos fue el procedimiento legal más típico, acogido a veces hasta en las compilaciones más afectas a la tradición romana, destacando como ejemplo a las interminables tarifas de miembros de la Lex Sállica. Por lo que respecta a los legados romanos menciona expresamente el hecho de que, en algunos ordenamientos locales italianos, el puñetazo recibiera menor pena que la bofetada con la mano extendida, precisamente por el sentido vejatorio atribuido a esta última. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte..., cit. Pág. 700; En el mismo sentido pero más resumidamente Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Comentarios..., cit., pág. 321.

<sup>8</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte..., cit., pág. 702.

trastornos mentales, fuera de las habituales lesiones por herida<sup>9</sup>. No obstante, conviene precisar que dicha sustantividad, propiamente, sólo se produjo en el derecho que llamamos continental pues los países de Derecho anglosajón, más o menos fieles al patrón romano, mantuvieron la confusión con la injuria. El modelo germánico por el que se decantaron las legislaciones continentales adolecía de gran casuismo y exacerbado objetivismo pero resultaba, ciertamente, más garantista en cuanto que, al fijar tipos tasados y concretos, impedía, en mayor medida, el arbitrio judicial<sup>10</sup>. En España, concretamente, la tendencia del legislador fue, como más adelante se analizará, independizar la lesión primero de la injuria y más tarde también del maltrato, todo ello en un intento de crear para la misma un marco propio y autónomo. En efecto, las legislaciones que siguieron el criterio romano, al identificar lesión con toda *iniuria* no verbal, comprendieron no sólo aquellas conductas productoras de menoscabo a la salud, sino también las llamadas vías de hecho, mientras que las que lo abandonaron, tendieron a seguir un criterio más restrictivo según el cual las simples vías de hecho no se consideraban ya como lesión<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte... , cit, pág. 704.

<sup>10</sup> ANTÓN ONECA : "Notas críticas...", cit., pág. 777.

<sup>11</sup> Vid. ANTON ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: Derecho Penal.Parte especial, Tomo II, Madrid, 1949, pág. 250.

Ocurrió, sin embargo, que así como la delimitación entre la lesión y la injuria se consiguió rápidamente, eliminando de la lesión toda connotación anímica, al pretender separar la lesión también de los malos tratos o agresiones sin resultado lesivo, la distinción se oscureció en lo referente a las vías de hecho o medios de ataque dándose idéntico tratamiento a los malos tratos de obra, que suelen culminar en una lesión y a los malos tratos de palabra, que suelen ser la vía de la injuria . En otras palabras, la separación que se logró en los delitos no se alcanzó tan fácilmente con las faltas donde se siguieron identificando el maltrato de obra y el maltrato de palabra todavía durante mucho tiempo<sup>12</sup>.

El problema se agrava si pensamos que la injuria, normalmente verbal, se puede llevar a cabo también por medio de una acción o maltrato de obra en la llamada injuria real. En este supuesto límite, para saber si estamos ante una injuria o, por el contrario, se trata de un maltrato -físico o de obra- , sólo cabe acudir al criterio del *animus injuriandi* pero éste será en todo caso difícil de demostrar al pertenecer a la inaccesible esfera

---

<sup>12</sup> La asimilación no desaparece hasta la reforma de 1989, a partir de la cual, ya cabe identificar el maltrato de obra con el maltrato físico (actual art. 617.2 C.p.) y el maltrato de palabra con la injuria, amenaza o vejación injusta de carácter leve (art. 620.2 C.p.).

interna del ser humano<sup>13</sup>. La bofetada, por ejemplo, constituye con toda seguridad un maltrato de obra, pero también puede consumir el ánimo de injuriar. QUINTANO RIPOLLÉS soluciona el supuesto a través del concurso de normas en favor de la injuria de hecho siempre que concurren las formalidades procesales que esta infracción requiere. Sin embargo, la realidad demuestra la mayor aplicación de malos tratos por razones de economía procesal y más fácil persecución. Sobre todo, contra niños, donde no cabe plantearse ofensas al honor<sup>14</sup>.

Por último, adentrándonos en la etapa de la codificación, debe señalarse que los primeros Códigos europeos, esto es, el de Napoleón de 1810 y el bávaro de 1813, respetando la línea evolutiva expuesta, distinguieron ya entre atentados contra la integridad corporal y atentados contra el honor<sup>15</sup>.

## **II. PERIODO CODIFICADOR EN ESPAÑA**

---

<sup>13</sup> ANTON ONECA señala en este sentido que la diferencia entre los golpes o los malos tratos de obra y las injurias se encuentra en el *animus injuriandi* por no exigirse en las primeras (aunque en la realidad sea difícil concebirlas sin él) y en la persecución de oficio, sólo predicable de los malos tratos de obra. Vid. ANTON ONECA, J.: "Notas críticas al....", cit., pág. 778.

<sup>14</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte..., cit, pág. 706.

<sup>15</sup> Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L: Comentarios..., cit., pág. 321.

El delito de violencia doméstica es una figura de reciente creación. Fue introducido en el Código penal a través de la reforma de 1989, sin que en los Códigos anteriores hubiera existido un precedente equivalente. No obstante, el análisis histórico del mismo resulta interesante en la medida en que nos permite constatar, por un lado, cuál ha sido el juego, normalmente agravatorio, de la circunstancia de parentesco, o bien del matrimonio, en relación con las lesiones o los malos tratos, y por otro, cómo se ha ido produciendo una delimitación cada vez más precisa entre las lesiones, las injurias y los malos tratos.

Pero la nota que destacan sobremanera en sus estudios histórico-comparados los autores más doctos en la materia es, sin duda, el acentuado objetivismo del que han hecho gala los Códigos españoles. Hasta el punto -señalará QUINTANO RIPOLLÉS- de tener incluso su reflejo en el aspecto léxico pues, con arreglo a éste, las palabras lesión y su plural lesiones son sustantivos que hacen referencia más al daño corporal que a la acción en sí, por lo que emplearlas a modo de delito supone un uso gramatical traslaticio, como si al homicidio se le denominare simplemente muerte<sup>16</sup>.

## 1. Código penal de 1822

El Código penal de 1822 asumió, respecto al tratamiento de las lesiones, el modelo francés napoleónico que si bien tomaba distancias frente a los modelos romano y germánico, mantenía una mayor vinculación con este último, más adaptado a los principios liberales y a los recelos frente al arbitrio judicial propios de la época<sup>17</sup>, aunque es verdad que sin llegar a abandonar del todo la confusión romana con las injurias. Prueba de esta confusión es la inclusión en un mismo capítulo de "las heridas, los ultrajes y los malos tratamientos", tal y como indica la propia rúbrica que titula dicho capítulo. El delito de ultraje regulado en el artículo 646 aparece definido como: "todo maltratamiento de obra que en la opinión común cause afrenta, deshonra, vituperio o descrédito" y, en la misma línea, el tipo básico, al enumerar las diferentes acciones de la conducta de lesionar, se refiere a herir, golpear, maltratar o ultrajar como formas comisivas típicas<sup>18</sup>.

En cuanto al parentesco o la relación conyugal, merecen ser destacados tres preceptos: el artículo 648, el

---

<sup>16</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte..., cit., pág. 695.

<sup>17</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS: Comentarios..., cit., pág. 322; ANTÓN ONECA: "Notas críticas...", cit., pág. 777.

<sup>18</sup> ANTÓN ONECA señala, al respecto, que el hecho de la intromisión de los ultrajes entre las heridas y los malos tratos de obra, significaba que no se había logrado separar totalmente las lesiones y las

649 y el 658. De los mismos se infiere como conclusión la eficacia, en principio, agravatoria del parentesco en relación con los malos tratos y lesiones aunque con la importante excepción representada por el derecho de corrección ya que, de mediar éste en el ejerciente de la violencia sobre la víctima agredida, el efecto del parentesco o la relación conyugal no será agravatorio sino altamente atenuatorio.

El artículo 648 agrava la lesión ejercida sobre el padre, la madre u otro ascendiente en línea recta. El artículo 649 completa la agravante extendiéndola a las relaciones colaterales, a las laborales y a las conyugales, con la particularidad respecto a la agravación conyugal, de hacerlo en una sola dirección pues castiga únicamente el maltrato de la mujer al marido en determinados supuestos: "siempre que lo haga por medio de personas sobornadas o con alguna otra de las circunstancias de asesinato" pero, sin agravar, en cambio, el maltrato ejercido por el marido sobre la mujer, sometido, por tanto, a las reglas generales. Por último, el art. 658 prevé una atenuación para los que maltraten o causen una lesión excediéndose en su derecho de castigar y una excusa absoluta de responsabilidad penal para los padres y ascendientes en

---

injurias. Vid. ANTÓN ONECA. J.: "Notas críticas al...", cit., pág. 777.

línea recta en virtud de un amplísimo derecho de corrección que únicamente se exceptúa en supuestos de extrema gravedad, como "cuando escendiéndose de sus facultades, lisiaren a algunos de sus hijos o nietos en los términos expresados en el artículo 642", que a su vez recoge lesiones de suma gravedad tales como la privación o pérdida de órganos o miembros principales ó la causación de enfermedades de por vida o que provoquen una incapacidad perpetua de trabajar, en los que, de ocasionarse, aparecerán, no obstante, beneficiados por una enorme atenuación<sup>19</sup>.

En definitiva, fue ésta -como advierte QUINTANO RIPOLLÉS- una de las materias más confusa y prólijamente tratadas en el Código de 1822 donde se entremezclaron de forma arbitraria las más diversas tipologías y donde el

---

<sup>19</sup> El artículo 648 del Código penal de 1822 señala que "el que voluntariamente hiera, de golpes, ultraje o maltrate de obra a su padre, madre u otro ascendiente en línea recta, conociendo quien es, y con intención de maltratarle, sufrirá (...)" ; el artículo 649 dispone que "el que del mismo modo hiera o maltrate de obra a su hermano o hermana, padrastro o madrastra, suegro o suegra, tío o tía carnal, o al amo con quien habite, o cuyo salario perciba... sufrirá dos años mas que si cometiere el delito contra una persona extraña, y si fuere caso de simple arresto, será de doble tiempo el que sufra. Compréndese en este artículo la muger que a sabiendas hiera o maltrate de obra a su marido, siempre que lo haga por medio de personas sobornadas, o con alguna otra de las circunstancias de asesinato." ; finalmente, el art. 658 establece: "Lo dispuesto en el artículo 625 del capítulo anterior acerca de los que se escedan en el derecho de castigar por sí a otros, se aplicará del mismo modo si hirieren o maltrataren de obra a alguno de ellos; escepto los padres y ascendientes en línea recta, los cuales no serán responsables en estos casos, sino cuando escediéndose de sus facultades, lisiaren a alguno de sus hijos o nietos en los términos expresados en el artículo 64 Derecho Penal 2. Si incurrieren en este delito sufrirán un arresto de seis días a un mes, conforme a lo que queda declarado."



casuismo excedió en mucho al esquema contenido en el código francés, bastante más simplificado que el español<sup>20</sup>.

Coincido con NUÑEZ CASTAÑO en cuanto a la perplejidad que le despiertan las razones que llevan al legislador a decidir si, en distintos supuestos de agresiones, la relación conyugal debe operar como agravante o bien como atenuante. Pues mientras que al marido se le reconoce una especie de poder absoluto sobre las personas sometidas a su potestad, por lo que, y para no perturbar la disciplina doméstica, no se agrava el hecho de que dicho sujeto ejerza violencias sobre algún miembro del grupo familiar, a la mujer, en cambio, si no se le aplica una agravación, en caso de ejercer violencias sobre el marido, no es porque se le reconozca ningún derecho específico, sino, más bien, porque no puede ni imaginarse la posibilidad de que sea capaz, por ella misma, de efectuar semejante comportamiento; y, si éste se produce es porque o concurren especiales circunstancias que lo hacen posible o porque el marido es incapaz de ejercer su mando y potestad, con lo que se merecería todo lo que le pasara<sup>21</sup>.

## **2. Código penal de 1848**

---

<sup>20</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte..., cit., pág. 705.

<sup>21</sup> Vid. NUÑEZ CASTAÑO, E.: El delito de..., cit., pág. 45.

Destaca, en primer lugar, la mayor sobriedad del Código de 1848 por reducir a siete los diecinueve artículos de su predecesor<sup>22</sup>. Este cuerpo legal, además de sintetizar, otorga a las lesiones mayores dosis de autonomía. La expresión "lesiones corporales" como nuevo rótulo que acuña dicho grupo de infracciones no está sino anunciándonos una mayor delimitación de la figura y un significativo cambio de rumbo en cuanto al bien jurídico protegido. Comienza, desde este momento, una tendencia, que se acentuará en futuras modificaciones, en virtud de la cual se va a destacar, como dimensión de la persona humana atacada en el delito de lesiones a la integridad física o corporal. Y ello, frente a la dimensión honor, que va a constituir el valor específicamente salvaguardado por los delitos de injurias y calumnias.

Junto a esta inicial tendencia, se observa también, un intento de delimitación, al menos terminológica, de los malos tratos respecto de las lesiones. Lo encontramos en el libro III que, por primera vez, recoge las faltas. Concretamente, en el artículo 487 del Código penal de 1848 se castiga "al marido que maltratase a su muger no causándole lesiones de las comprendidas en el artículo 470.5 y a la muger desobediente a su marido que le provocare o injuriare con la pena de arresto de uno a

---

<sup>22</sup> Díez Ripollés, J.L.: Comentarios..., cit., pág. 322.

cuatro días(...)<sup>23</sup> ". Ello no obstante, la confusión con las injurias se mantiene en el art. 336 donde se configura una especie de delito complejo al castigar con una pena agravada la lesión menos grave causada con intención de injuriar.

Por otra parte, aunque en la identificación verbal del tipo básico: "el que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro", se observe un cierto avance en cuanto a la delimitación con las injurias, puesto que desaparece la referencia a la acción de ultrajar, es de advertir que dicha equiparación se mantiene, sin embargo, respecto a los verbos herir, golpear y maltratar de obra. Pero ello no debe llevarnos al equívoco de considerar las llamadas vías de hecho, esto es, golpes y maltratos, como constitutivas, por sí solas, del delito de lesión pues -tal y como señala ANTON ONECA- en las faltas, el legislador ha dejado bien claro desde el principio su intención de separar el

---

<sup>23</sup> En este precepto queda reflejado el diferente tratamiento que dispensaba la ley penal al maltrato conyugal según que éste fuera ejercido por el cónyuge marido o por el cónyuge mujer hasta el punto de llegar a equiparar el maltrato físico del marido con el simple maltrato verbal, pues al parecer la confusión se estaba poniendo en este caso al servicio de la discriminación. Respecto a este punto QUINTANO RIPOLLÉS mostraría más tarde su disconformidad afirmando que mediante este diferente tratamiento lo que estaba haciendo el legislador era conceder a los maridos un tácito consentimiento para maltratar a sus esposas, constituyendo uno de tantos anacrónicos e irritantes casos de desigualdad que en lo tocante a sexos consagra el Código. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte..., cit., pág. 717.

maltrato de la lesión al tipificar "los golpes o maltratos que no causen lesión"<sup>24</sup>.

Igualmente, persiste la agravación por parentesco aunque concretada un poco más en el círculo de relaciones protegidas<sup>25</sup>. Lo que no está previsto, sin embargo, es ningún tipo de atenuación fundamentada en el derecho de corrección de los padres o ascendientes, que si se recogerá en regulaciones posteriores.

Resulta, por último, especialmente significativa la introducción del denominado "*uxoricidio honoris causa*"<sup>26</sup>, a tenor del cual, la responsabilidad penal del marido que lesionaba o mataba a su mujer o al amante de ésta, cuando los descubría en flagrante adulterio, quedaba automática y notoriamente reducida a la pena de destierro -en el

---

<sup>24</sup> La advertencia va más allá, convirtiéndose en dura crítica, en algunos autores que ponen de relieve el error de configurar las lesiones como un delito de medios cerrados en lo que consideran un sistema inadecuado para este tipo de infracción. Por eso, propugnan la desaparición en un futuro de toda referencia a los medios y justifican la existencia de esta cláusula, en el momento en que se incluyó, por el deseo que pudo tener el legislador de 1848 de ampliación expresa a la posible comisión por ciertos medios morales. No obstante, tales autores afirman que con el tiempo carece de razón de ser y debe desaparecer por inútil y perturbadora. Vid. ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: Derecho Penal ..., cit., pág. 250.

<sup>25</sup>La concreción la realiza el artículo 337 en el siguiente sentido: "las lesiones menos graves inferidas a padres, ascendientes, tutores, curadores, sacerdotes, maestros o personas constituidas en dignidad o autoridad pública, serán castigadas siempre con prisión correccional".

<sup>26</sup> Este delito, aunque recibió críticas constantes a lo largo de su historia, se mantuvo en vigor hasta 1963 con una redacción prácticamente invariable: "El marido que sorprendiendo en adulterio a la muger, matare en el acto a esta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna (...)", Art. 339 del código penal de 1848.

supuesto de que les ocasionare lesiones graves o incluso la muerte- o hasta eliminada -cuando la lesión que se les ocasionare no fuera grave-. Esta excusa, extendida al padre respecto a la hija, hallada en las mismas circunstancias, más que una confusión, llegaba a comportar una priorización de la protección de la honra u el honor familiar respecto de la integridad física o la vida de la víctima<sup>27</sup>.

### **3. Código penal de 1850**

En materia de lesiones, la llamada "Edición Oficial Reformada", impuesta por el Real Decreto de 30 de Junio de 1850, no comportó ninguna novedad al reproducirse en el nuevo Código penal idéntica regulación que la contenida en su predecesor.

### **4. Código penal de 1870**

En el Código penal de 1870 el capítulo VII del Título VIII contiene los delitos de "lesiones", desapareciendo de

---

<sup>27</sup> COBO DEL ROSAL, M: "La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963" en el Libro homenaje a JULIÁN PEREDA, S.J., Bilbao, 1965, págs. 153 y ss.

la rúbrica la expresión "corporal", que en el Código anterior adjetivaba al nomen "lesión".<sup>28</sup>

La estructura del Código sigue siendo la misma, esto es, Libro I: Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas; Libro II: Delitos y sus penas; Libro III: De las faltas y sus penas; aunque en el libro III, destinado a las faltas, destaca, por un lado, la nueva sistematización que realiza el legislador, al dividirlo en cinco títulos ordenados en función del objeto protegido y, por otro, la configuración , ya dentro de las cometidas contra las personas en el título III, del esquema que, en materia de lesiones/malos tratos, ha llegado hasta el vigente Código penal de 1995. Dicho esquema se construye de la siguiente manera: en el art.602 se regula la **falta de lesión**, hoy contenida en el art.617.1, en el art.603.2 y 3 se recogen sendas **faltas de maltrato conyugal**, absorbidas por la que podemos llamar actual falta de maltrato familiar del art. 617.2 *in fine*

---

<sup>28</sup> FERRER SAMA señala, respecto de la denominación, que cabe descubrir un cierto paralelismo entre el cambio de concepto y el cambio de denominación. Así, cuando el delito se presentaba como un atentado contra la integridad anatómica del hombre era lógico que se denominara "golpes y heridas", como consta en el Código francés donde se hablaba de "blessures et coups". La denominación de "lesiones corporales" obedeció al reconocimiento de actos punibles que, sin atentar a la integridad anatómica, originaban trastornos funcionales de la persona. La inclusión, por último, de la causación de alteraciones a la salud psíquica es la que determinó el concepto de lesión personal, debiendo entender comprendido por el concepto de lesión, por tanto, los atentados cometidos contra la integridad anatómica, la integridad fisiológica y la integridad psíquica. Vid. FERRER SAMA, A: Comentarios al Código penal, Tomo IV, Madrid, 1956, pág. 426.

que no es sino una agravación por parentesco de la falta de maltrato común, y en el art. 604 está prevista la **falta de maltrato común**, que se corresponde con el primer párrafo del art. 617.2 del vigente Código<sup>29</sup>.

Es importante reparar en que la distinción lesión/maltrato se va consolidando aunque tenga que ser, como ya se ha comentado, a costa del acercamiento entre el maltrato y la injuria. Buena prueba de ello nos la ofrece la redacción del art.604.1º, al equiparar los golpes a los malos tratos de obra y a los malos tratos verbales: "Serán castigados con la pena de arresto o multa .... los que golpearan o maltrataren a otro de obra o de palabra sin causarle lesión"<sup>30</sup>. De todas formas, como quiera que el maltrato de palabra nada tiene que ver con la integridad

---

<sup>29</sup> Art. 602: "Serán castigados con la pena de arresto menor los que causaren lesiones que impidan al ofendido trabajar de uno a siete días o hagan necesaria por el mismo tiempo la asistencia facultativa. Si concurriere la circunstancia de ser padre, hijo, marido, o tutor el ofensor, se aplicará el grado máximo de la pena, sean cuales fueran las circunstancias que concurran."

Art. 603: "Serán castigados con la pena de cinco a quince días de arresto y reprensión: 1º los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales ni exijan asistencia facultativa. 2º Los maridos que maltraten a sus mujeres, aun cuando no les causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior. 3º Las mujeres desobedientes a sus maridos que les maltrataren de obra o de palabra (....)".

Art. 604: "Serán castigados con las penas de uno a cinco días de arresto o multa de 5 a 50 pesetas: 1º Los que golpearan o maltrataren a otro de obra o de palabra sin causarle lesión (...)"

<sup>30</sup> Recordemos como la separación se va logrando en cuanto a los delitos de injuria y de lesiones pero sin que exista una delimitación paralela en el ámbito de las infracciones leves o faltas que mantienen toda la confusión.

corporal, la doctrina no tardó en reclamar su reconducción a la injuria<sup>31</sup>.

En cuanto al parentesco y, o relación conyugal, continúan constituyendo agravante de la infracción, tanto de las lesiones graves (art.431 *in fine*), como de las lesiones menos graves (art. 434), recuperándose respecto a estas últimas la antigua exención por derecho de corrección.

Por lo demás, se sigue tratando, en general, de una regulación netamente patriarcal<sup>32</sup>.

## **5. Código penal de 1928**

En el Código penal de 1928 se observa una mejor sistemática, al recogerse en un sólo artículo la agravante de parentesco, para todas las lesiones, y la agravante por ánimo o intención injuriosa del autor del hecho. En el mismo precepto se incluye, además, la exención establecida

---

<sup>31</sup> VIADA ya señala que la referencia al maltrato de palabra no hace sino potenciar la confusión con la injuria por lo que debería desaparecer en posteriores regulaciones. Vid. VIADA Y VILASECA, S: Código penal reformado de 1870, cuarta ed<sup>o</sup>., Tomo I, Madrid, 1890, pág. 226. Vid. también GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA: Código penal de 1870, Tomo V, Salamanca, 1893, pág. 463.

<sup>32</sup> A esta regulación patriarcal se opuso PACHECO con un célebre discurso, impropio para la época, y anticipo quizá de la defensa de la mujer y la lucha por la igualdad: "¿Y quién no se pone del lado de esas desgraciadas mujeres, que además de los malos tratos, ven siempre levantada la mano de esos maridos iracundos que creen que su primer



en virtud del derecho de corrección que se extiende expresamente a la madre y se refiere a las dos agravaciones. De ahí que, en el art. 535, se puede leer:

"Se impondrán las penas inmediatamente superiores a las señaladas en los cinco artículos anteriores, en sus respectivos casos, cuando el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el art. 521 o con cualquiera de las circunstancias expresadas en el art. 519. o contra tutores, sacerdotes, maestros o personas constituidas en dignidad o autoridad pública, o cuando se causaren las lesiones con intención manifiesta de injuriar o con circunstancias ignominiosas. No están comprendidos en este artículo las lesiones que el padre, la madre o los abuelos causaren al hijo o nieto excediéndose en su corrección"<sup>33</sup>.

El *uxoricidio honoris causa* ya no se regula en el capítulo de las lesiones sino dentro del capítulo referido al parricidio en los siguientes términos:

"A quien, sin estar separado legalmente ni de hecho de su cónyuge, sorprendiere a éste en actos de adulterio... y en el acto matare o hiriere a cualquiera de los adúlteros o a ambos, se le impondrá por el Tribunal una pena inferior a la

---

esclavo es la esposa?" PACHECO: El Código penal concordado y comentado, segunda ed°.., Tomo I, Madrid, 1856, pág. 376.

<sup>33</sup> Art. 521: el que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado con la pena de veinticinco años de reclusión a muerte. ; Art. 519: es culpable de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias (...).

señalada por la ley que estime adecuada, a su prudente arbitrio (...)" .

De lo que se infiere que el polémico beneficio subsiste en este art. 523 aunque mitigado en sus efectos.

Respecto a las faltas, se hereda del Código anterior el error de técnica legislativa consistente en tipificar dos faltas de lesiones. Del esquema contenido en dicho Código, se respeta la falta de maltrato común, no aparece recogida la de maltrato conyugal, pero sí se conserva la de escándalo por disensiones domésticas: el art. 821.2 castiga a los cónyuges "que con sus reyertas y malos tratamientos, sin causarse lesión, produzcan escándalo, si hubieren dado lugar a amonestaciones previas de parte de la Autoridad o de sus agentes" .

Con todo, la gran novedad introducida por el legislador penal de 1928 fue, sin duda, la de configurar dos títulos específicos para las infracciones contra los menores, de los cuales urge destacar dos preceptos: el art. 762, perteneciente a "los delitos contra la salud de los menores" y el art. 851, incluido en "las faltas contra los menores"<sup>34</sup>. En el art. 762, se observa una nueva actitud

---

<sup>34</sup> Art. 762: Los ascendientes y tutores que abusando del derecho de corregir y castigar moderadamente a los menores que estén bajo su potestad o guarda, les maltrataren de modo grave de forma que hiciere peligrar su salud, serán castigados con la pena de (...) ; Art. 851: Los padres, tutores o guardadores que maltrataren a sus hijos o pupilos menores de dieciseis años para obligarles a mendigar, o por no

del legislador por primera vez sensible a la necesidad de castigar los excesos o abusos que, en el ejercicio del derecho de corrección, pudieran incurrir los titulares del mismo<sup>35</sup>. Dicho precepto es importante, además, porque habla de peligro contra la salud lo cual supone la tipificación de un especie de delito de peligro, por un lado, y una referencia expresa al bien jurídico salud, por otro.

El art. 851 contempla, también por vez primera, el maltrato de menores pero sólo cuando con él se persiga obligar a los menores a mendigar, renunciando a la lógica de castigarlo en todo caso, y sin mencionar fin alguno.

Como novedad procesal, aparece regulada en el art. 786 la posibilidad de que los padres, ascendientes o tutores sean suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor: obligatoriamente, si se trata de delitos, y sólo cuando sea conveniente, en las causas de faltas.

## **6. Código penal de 1932**

---

haber obtenido producto bastante de la mendicidad, serán castigados (...).

<sup>35</sup> Hasta entonces el derecho de corrección, ya analizado, servía únicamente para exceptuar a los padres o abuelos de la agravación por parentesco.

El Código de 1932 cuenta, en general, con idéntica estructura y prácticamente el mismo contenido que el de 1870. Las lesiones y malos tratos no constituyeron una excepción en este sentido. La parte de los delitos se reproduce idéntica con la salvedad que representa la ausencia del *uxoricidio honoris causa* que en el nuevo texto no viene prevista, ni siquiera, en el apartado del homicidio. En las faltas se acoge el esquema introducido por el texto de 1970, si bien, modificado en pequeños detalles como la no previsión de la agravante por parentesco en la falta principal de lesiones o la no referencia a la desobediencia en el maltrato conyugal de la esposa al marido. Respecto a esta última, no obstante, permanece la identificación de los malos tratos de obra con los malos tratos de palabra, también recogida en la falta de injurias livianas<sup>36</sup>.

## **7. Código penal de 1944**

El Código de 1944 que se encuentra, junto con el de 1850 y el de 1928, entre los regresivos en lo referente a la protección y desarrollo de los derechos fundamentales de

---

<sup>36</sup> El art. 578.3° pena a "las mujeres que maltrataren de obra o de palabra a sus maridos", y el art. 580.1 castiga a "los que injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra...".

la persona<sup>37</sup>, no dudó, sin embargo, en acoger la ordenación contenida en el Código de 1932 en materia de lesiones, sin apenas modificación. No obstante, destaca, esta vez, acorde con las ideas imperantes del régimen franquista, la recuperación del *uxoricidio honoris causa* en el art. 428.

### 8. Texto revisado de 1963

Este Código, recopilador de todas las modificaciones que al de 1944 se fueron haciendo en materia de lesiones no hizo sino culminar la línea iniciada por los anteriores dibujando el siguiente esquema:

#### A) DELITOS:

- 1- LESIONES GRAVES (art. 420. 1º, 2º, 3º y 4)
- 2- AGRAVANTE DE PARENTESCO Y EXENCIÓN POR DERECHO DE CORRECCIÓN (art. 420 *in fine*)
- 3- LESIONES MENOS GRAVES (art. 422)
- 4- LESIONES INJURIOSAS (art. 422 *in fine*)
- 5- AGRAVANTE DE PARENTESCO DE LESIONES MENOS GRAVES (art. 423)

#### B) FALTAS:

---

<sup>37</sup> Vid. LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: Códigos penales españoles, Akal, Madrid, 1988, pág. 321.

- 1- LESION GRAVE (art. 582)
- 2- LESIÓN MENOS GRAVE (art. 583.1°)
- 3- MALTRATO DEL MARIDO A LA MUJER (art. 583.2°)
- 4- MALTRATO DE LA MUJER AL MARIDO (art. 583.3°)
- 5- ESCÁNDALO EN DISENSIONES DOMÉSTICAS (art. 583. 4°)
- 6- MALTRATO COMUN (art. 585.1°)

Se deduce, enseguida, a la vista del cuadro expuesto, y sin entrar en valoraciones de fondo, el casuismo y la minuciosidad con que el legislador de 1963 decidió tratar el tema de las lesiones. Este afán de regularlo todo es, probablemente, el causante de muchas de las críticas que a la regulación de las lesiones se han formulado después: la configuración de dos faltas de lesiones, la previsión de la agravante de parentesco específica en cada conducta, la regulación por separado del maltrato conyugal. En definitiva, una técnica legislativa poco depurada, una sistemática confusa y una farragosa regulación.

#### **9. Texto Refundido de 1973**

Este texto reprodujo la regulación contenida tras la reforma de 1963 en la forma que ha sido descrita anteriormente.

### III. PROYECTOS Y REFORMAS

Tampoco ninguno de los distintos Proyectos de reforma del Código penal elaborados tras la entrada en vigor de la Constitución puede decirse que regularan específicamente las conductas de malos tratos en el ámbito familiar de forma unitaria.

En efecto, con el advenimiento de la Democracia y, sobre todo, con la proclamación de la Constitución de 1978, el gobierno se encontraba ante la ineludible tarea de emprender el proceso de reforma del sistema penal español. La necesidad de un nuevo Código penal se imponía, según QUINTERO OLIVARES, sobre todo, debido a la vetustez técnico-jurídica que presentaba el Código vigente en aquellos momentos de inicio democrático, esto es, el Código de 1944 con las importantes modificaciones de 1963 y 1971, así como a su incapacidad manifiesta de acoger los principios de la moderna doctrina penal y de la política criminal de un Estado social y democrático de Derecho. El mismo autor resume las razones que justificaron esta necesidad en las siguientes: a) razones de coherencia política; b) razones de agotamiento técnico del código anterior y c) necesidad de disponer de leyes penales que

permitan desarrollar una política criminal acorde con la sensibilidad democrática y social de nuestros días<sup>38</sup>.

El proceso de reforma, gestado en el marco de los Pactos de la Moncloa en 1977, se inicia en 1978 con la elaboración, por parte de la UCD, primer gobierno elegido, de un anteproyecto de Código penal que pasó a convertirse en el Proyecto de nuevo Código penal de 1980 y que, por razones de anticipación de elecciones, no llegó a ser aprobado. La importancia de continuar estos primeros esfuerzos fue sentida por el gobierno nacido de las urnas en las elecciones de 1982, esto es, por el PSOE quien, además de elaborar un borrador que sólo llegó después a Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, procedió a promulgar la importante Ley de Reforma parcial y urgente de 1983. En 1992, se presentó un nuevo Proyecto de Código penal que, retomando el espíritu de 1980 y 1983, llegó a ser objeto de discusión parlamentaria pero que tampoco culminó con éxito por otro nuevo adelantamiento de las elecciones generales a 1993. Tras estas elecciones, el mismo Proyecto, modificado con las enmiendas que habían sido aceptadas y algunas otras pequeñas variaciones, regresó al Congreso como Proyecto de 1994, el cual, esta vez, sí hallaría su aprobación definitiva el 8 de Noviembre

---

<sup>38</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: Curso de derecho penal. Parte general, Barcelona, 1996, pág. 220.



de 1995. No obstante, al decretarse una *vacatio legis* de seis meses, el Código retrasó su entrada en vigor hasta el mes de Junio de 1996, que es la fecha a partir de la cual contamos ya con el denominado Código penal de la Democracia<sup>39</sup>.

### **1. Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980**

Este Proyecto incluía las lesiones dentro de los delitos contra la vida e integridad personal en el título I del Libro I, en su capítulo III, art. 166 a 177. Como gran novedad, introducía en su tipo básico un concepto legal de lesión que venía a sustituir a la arcaica cláusula de medios cerrados contenida en los delitos de lesiones de todos los textos del periodo codificador (Art. 166: "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental..."). Respecto a las faltas, el art. 656 asume el, a mi juicio, error de tipificar dos faltas de lesiones, si bien, incorporadas en un sólo precepto. El art. 657 contiene la falta de maltrato común aunque reservándola, por vez primera, al maltrato de obra exclusivamente ("Los que maltrataren a otro de obra sin

---

<sup>39</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: Curso de derecho penal..., cit., pág. 225. Vid` también CUELLO CONTRERAS, J.: El derecho penal español.

causarle lesión serán castigados con la pena de multa de una a tres semanas") y el art. 660. 2º castiga "a los que de palabra maltrataren a otro o le injuriaren livianamente de palabra o de obra", configurando, por tanto, una regulación más clara desde el punto de vista de los injustos específicos de las injurias y las lesiones, ahora mejor delimitados. En cuanto al maltrato conyugal, se unifica su tipificación en una sola disposición pero llevada al título III junto a las demás faltas contra el orden familiar (Art. 669: "Serán castigados con la pena de arresto de uno a tres fines de semana los que maltrataren de obra a su cónyuge cuando no le causaren lesiones, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena")

## **2. Propuesta de anteproyecto de Código penal de 1983**

De tal propuesta resulta reseñable la ausencia de la falta de maltrato cualificada en los cónyuges que no aparece recogida por el legislador ni en las faltas contra las personas (tít. I) ni en las faltas contra las relaciones familiares (tít. III). La falta de lesión y la falta de maltrato común, sistemáticamente ordenadas por vez primera en el mismo precepto, continúan la línea iniciada

por el proyecto de 1980, tendente a marcar con mayor precisión la diferencia entre la falta de lesión, la falta de maltrato y la falta de injuria. No obstante, el apartado primero sigue configurando una confusa falta de lesión que prevé consecuencias penológicas distintas según que la lesión haya requerido para su sanidad menos de ocho días de asistencia medica o provocare inutilidad para el trabajo por igual tiempo, o bien, la lesión no precisare asistencia facultativa o sólo exigiere la primera asistencia y no produzca incapacidad laboral.

### **3. Reforma del Código penal de 1963 llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/83 de reforma urgente y parcial de 25 de Junio**

La Ley Orgánica 8/1983 de Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 25 de Junio, pese a su denominación, introdujo en el Código penal del momento una importante modificación que mejoró tanto la parte general como la parte especial del mismo, constituyendo así el primer paso del largo proceso de reforma hacia la nueva legislación penal<sup>40</sup>.

En materia de delitos, la reforma no llega hasta el tipo básico de lesiones definido, todavía, según el

---

<sup>40</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: Curso de derecho penal..., cit., pág. 221.

resultado, atendiendo a los días de curación y con expresa referencia a los verbos herir, golpear y maltratar.

Lo que sí logró la Reforma fue reunir las dos faltas previstas para el maltrato de los cónyuges en una sola falta desde la cual dispensar idéntica protección a ambos cónyuges, con estricto respeto, en consecuencia, al principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución de 1978, y con el mérito añadido de extender dicha protección a los menores, aunque conservando la histórica confusión con la injuria: "Serán castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y reprensión privada los que maltrataren a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra, aunque no les causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior" (art. 583.2°). Se supera así, en palabras de POLAINO NAVARRETE, el tradicional, pero injustificado y, por demás, absurdo criterio discriminante entre los sujetos activos de referencia de que adolecía el ancestral precedente normativo integrado por el artículo 583.2° y 3° del Código penal, al conminar respectivamente a los maridos que maltrataren a sus mujeres, y a las mujeres que maltrataren de obra o de palabra a sus maridos, sin llegar a causarse en ninguno de los dos casos lesiones. Detrás de esta discriminación se escondía, según el mencionado autor, toda una filosofía jurídica que en el aspecto penal venía a ser

discriminación se escondía, según el mencionado autor, toda una filosofía jurídica que en el aspecto penal venía a ser sustentadora del reconocimiento de una presunta autoridad unilateral del marido sobre la mujer<sup>41</sup>. A esta modificación se añadió la supresión del último párrafo del artículo 420 que eximía de la agravación parental a los padres por las lesiones graves causadas a los hijos en el ejercicio de su derecho de corrección.

En materia de lesiones, la Reforma efectuó otras modificaciones como la nueva regulación del consentimiento o la menor pena prevista para las lesiones menos graves del artículo 422. De lo que cabe concluir una importante mejoría pero cierto miedo, todavía, a continuar los nuevos cauces marcados por la regulación contenida en el Proyecto de Código penal de 17 de Enero de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983<sup>42</sup>.

#### **4. Reforma de 1989 operada por Ley Orgánica 3/89 de 21 de Junio de actualización del Código penal**

---

<sup>41</sup> POLAINO NAVARRETE, M.: "Maltrato a cónyuge o hijos menores" Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Edersa, Tomo V, Vol. 2º, Madrid, 1985, pág. 1318.

<sup>42</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "Lesiones menos graves" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo V, Vol II, Madrid, 1985, pág. 885.

Fue la reforma del 89 la que operó un cambio sustancial en el panorama de las lesiones al conseguir llevar al Texto, por primera vez, un concepto legal de lesión (art. 420) formulado ya, no según el tiempo de curación de las mismas, sino en atención a los medios y formas de causación, aunque incluyendo también como presupuesto de la definición que la lesión requiera para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico. Este esfuerzo del legislador por superar el viejo sistema de la determinación por el resultado representa, en opinión de BERNARDO DEL ROSAL, el aspecto más encomiable de la reforma<sup>43</sup>. Reforma respecto a la cual se muestra, sin embargo, muy crítico por los graves problemas que, en su opinión, la misma viene a introducir: la cierta determinación por el resultado que se produce con el nuevo concepto de lesión a los efectos de calificar la causación de una concreta lesión de delito o falta, las confusas relaciones que se establecen entre el delito y la falta de lesiones o la ampliación del ámbito de este último en detrimento de la falta, las dificultades de interpretación que plantean algunos de los términos utilizados en las nuevas tipificaciones (tratamiento médico o quirúrgico, primera asistencia facultativa), la creación de nuevas

---

<sup>43</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: "El tipo básico de los delitos de lesiones" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo XIV,

figuras o cualificaciones de dudosa utilidad (arts. 424 y 425) y las numerosas cuestiones concursales que genera la creación de estas nuevas figuras."<sup>44</sup>.

No obstante, desaparece la limitación típica de los medios comisivos: ya no menciona los verbos herir, golpear o maltratar, y se incluye una nueva fórmula legal: "el que por cualquier medio o procedimiento", mucho más respetuosa con el principio de legalidad al admitir cualquier medio comisivo sin necesidad de acudir a soluciones reñidas con la técnica jurídica para poder admitir la comisión por omisión<sup>45</sup>.

Pero, sin duda, la novedad más interesante, a los efectos que nos ocupan, se halla en la introducción del '**delito de violencia doméstica**' en el artículo 425:

"El que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unida con 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, será castigado con la pena de arresto mayor. "

---

Vol. I, Madrid, 1992, pág. 230.

<sup>44</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: "Consideraciones generales sobre la reforma de los delitos de lesiones" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo XIV, Vol. I, Madrid, 1992, pág. 186.

<sup>45</sup> Vid. BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T.: La reforma penal de 1989, Valencia, 1989, pág. 94.

Este precepto, ausente del texto del Proyecto de Ley Orgánica y dotado de contenido en la tramitación parlamentaria del Senado mediante la enmienda 53 que en la misma formuló el Grupo parlamentario socialista, fue, en un principio, considerado materialmente como un delito constitutivo de una cualificación de la falta del artículo 582.2º en razón de la concurrencia de tres rasgos: la existencia de un determinado vínculo entre el sujeto y la víctima, el empleo de violencia física y la habitualidad de ésta<sup>46</sup>. Politicocriminalmente, el tipo penal buscaba dar respuesta, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de Junio, *"a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo"*.

La regulación de las faltas se vio sometida con la Reforma a una paralela reestructuración según la cual la falta de lesión, la falta de maltrato común y la falta de maltrato familiar se refunden en el artículo 582:

"El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratare de

---

<sup>46</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F./BERDUGO, I./GARCÍA ARÁN, M.: La reforma penal de 1989, Madrid, 1989, pág. 104.



alguna de las lesiones del artículo 421.

El que golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25000 a 100000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será de arresto menor en toda su extensión."

De todo ello, resultó un gran avance y una simplificación de la confusa y casuística regulación anterior. Ahora, existe ya una sola falta de lesiones que se diferencia del delito porque en la falta la lesión no requiere de tratamiento médico o quirúrgico o sólo necesita de una primera asistencia facultativa (art. 582.1°). Se tipifica una más clara falta de maltrato común (art. 582.2°), que se agrava en el caso de que concurra una especial vinculación de los sujetos (art.582 *in fine*). Y estos sujetos ya no son sólo los cónyuges o los hijos menores sino que pueden serlo también los ascendientes y las personas ligadas a los cónyuges de forma permanente por análoga relación de afectividad a la conyugal. Pero, fundamentalmente, destaca el abandono por parte del legislador de la cláusula identificativa de los malos tratos "de obra o de palabra". Se consigue con ello desligar mejor una de otra y resolver una parte importante

de los problemas que plantea la delimitación de estas figuras afines. Desaparecida la confusión injurias/malos tratos, resta únicamente por solucionar la delimitación conceptual<sup>47</sup> lesiones/malos tratos, sin perjuicio de la dificultad que, de suyo, la injuria real pueda acarrear que en todo caso, se resolverá, como se ha afirmado anteriormente, con apoyo en el criterio del *animus injuriandi*.

La nueva falta, empero, es susceptible de recibir objeciones. Así, la de dejar sin previsión los supuestos de lesión que no necesiten siquiera de una primera asistencia facultativa o la de exceptuar del criterio diferenciador a las lesiones agravadas del artículo 421 o, incluso, la de establecer para la falta de maltrato familiar un marco subjetivo distinto al previsto en el delito de violencia doméstica. No obstante, estimo que el balance ha de ser muy positivo más si se tiene en cuenta que la reforma se encargó de despenalizar, entre otras, las faltas de respeto a padres y tutores (art. 583.5° y 6°) y el escándalo doméstico producido por los cónyuges (art. 583.4°).

##### **5. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992**

---

<sup>47</sup> Porque el tenor de la ley no ofrece dudas en cuanto la intención del legislador en el sentido de diferenciar el tratamiento de ambas

Dos son los artículos que interesan de este Proyecto: el artículo 161, que regula más ampliamente el delito de violencia doméstica y el artículo 597, que reproduce con alguna modificación el ya comentado artículo 582.

El artículo 161 es pionero en cuanto a la incorporación de la cláusula concursal en virtud de la cual "la pena prevista por el precepto, esto es, prisión de seis meses a tres años, se impondrá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causare". Como se puede apreciar dicha cláusula supone un aumento considerable de la pena, que si ya de por sí, se agrava, aplicando la cláusula concursal, todavía se produce un mayor aumento de la misma. Asimismo, incorpora una criticable definición legal de la habitualidad en los siguientes términos: "A los efectos de este artículo, existe habitualidad cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a que se refiere el apartado anterior, en los cinco años precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal". No es necesario apuntar que la exigencia de la previa condena de las infracciones integrantes de la habitualidad resulta cuanto menos excesiva y puede dar lugar a graves problemas de *bis in idem*, aunque es cierto, como señala CORTÉS BECHIARELLI que dicha definición resulta

positiva por lo que supone aquella de intento de objetivar un concepto tan resbaladizo como el de la habitualidad<sup>48</sup>. Finalmente, el Proyecto significa la supresión de la cláusula, por demás superflua "con cualquier fin", la cual había venido siendo objeto de crítica por los problemas interpretativos que la misma podía plantear, sobre todo, en relación con las causas de justificación como el derecho de corrección<sup>49</sup>.

El artículo 597 presenta la misma estructura que su predecesor, si bien, estableciendo una pena diferenciada para los supuestos contemplados en la falta de lesiones (art. 597.1º), esta vez, fijando mayor pena cuando la lesión "sólo exigiere para su sanidad de la primera asistencia facultativa", en contraposición a aquellos supuestos de lesión "que no precisaren tratamiento médico o quirúrgico", merecedores de un menor castigo<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de malos tratos familiares, Madrid, 2000, pág. 30.

<sup>49</sup> *Ibidem*. Pág. 20.

<sup>50</sup> Art. 161: "El 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, 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. A los efectos de este artículo, existe habitualidad cuando el culpable..."

Art. 597: "1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, siempre que la lesión sólo exigiere para su sanidad la primera asistencia facultativa, y con la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de quince a treinta días si se causare lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico. 2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será

## 6. Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1994

Las mismas disposiciones son las que acaparan nuestra atención en el Proyecto del 94. Por un lado, el artículo 153, regulador del delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar o cuasifamiliar. Y por otro, el artículo 608.1º, sede de las respectivas faltas de lesiones (608.1º), malos tratos (608.2º) y malos tratos en el ámbito familiar (608 *in fine*)<sup>51</sup>.

El artículo 153: "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado por análoga relación de convivencia, así como sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con el convivan, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años,

---

castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será de arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses."

<sup>51</sup> Art. 608 del Proyecto del 94: "1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, siempre que la lesión sólo exigiere para su sanidad la primera asistencia facultativa, y con la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de quince a treinta días si se causare lesión que no la precisare. 2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de convivencia, o los hijos menores propios, del cónyuge o conviviente, la pena será la de arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses."

sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causare" incluye, como se aprecia, la cláusula concursal del Proyecto del 92 y, prácticamente, reproduce la regulación en él contenida con alguna que otra salvedad como el abandono de la definición de la habitualidad, la sustitución del término afectividad por convivencia o la ampliación del círculo de personas protegidas a los hijos del cónyuge o conviviente y a los pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan<sup>52</sup>.

De la ordenación de las faltas sorprende positivamente el cambio de criterio establecido para procurar la distinción entre la falta y el delito de lesiones, que si bien sigue pivotando sobre la objetiva necesidad del tratamiento médico o quirúrgico, cambia, no obstante, en cuanto a la falta de lesiones, al no diferenciar ya según que la sanidad de la lesión requiera de una primera asistencia facultativa o bien no necesite de tratamiento médico o quirúrgico y distinguiendo con mayor nitidez la pena prevista para las lesiones que requieran esa primera asistencia facultativa de las que no la requieran. Esta nueva distinción facilita la tarea del juez por ser más clara y llenar el vacío existente en la anterior regulación

---

<sup>52</sup> En contra, CORTÉS BECHIARELLI, por entender que este Proyecto no tuvo demasiado en cuenta a su predecesor de 1992, Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 32. Vid. también, en la página siguiente, la interesante exposición que realiza el autor

respecto a las que, siendo lesiones, no requieren siquiera de una primera asistencia facultativa.

La agravación por parentesco, por último, hace suya, aunque no en su totalidad, la ampliación del círculo familiar establecida por el artículo 153: "Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de convivencia, o los hijos menores propios, del cónyuge o conviviente, la pena será la de..."

#### **7. Código penal de 1995**

El Código penal de 1995, da a estos dos preceptos una nueva configuración en virtud de la cual la redacción del artículo 153 vuelve a sustituir el término "convivencia" por el de "afectividad", si bien, añadiendo en la fórmula la exigencia de que tal relación análoga de afectividad lo sea "de forma estable". Además, se vuelve a ampliar la previsión de los sujetos en el sentido de poder integrar ahora la alternativa de que los pupilos, ascendientes o incapaces convivan con el sujeto activo o bien puedan también hallarse sujetos a la potestad, tutela, curatela o

---

citado de las distintas enmiendas que se establecieron al Proyecto del 94.

guarda de hecho del mismo sujeto activo o de su cónyuge o conviviente.

En cuanto a la falta de lesiones, aparece recogida ahora en el artículo 617.1 al castigar "al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código...", no distinguiendo, como lo hacía el Proyecto del 94, entre las que requieran para su sanidad de una primera asistencia facultativa y las que no requieran de aquélla. No obstante, entiendo, en contra del parecer de algún sector doctrinal<sup>53</sup>, que la intención del legislador no era otra que la de acoger en dicha falta a todas las lesiones, independientemente de que requieran o no de esa primera asistencia facultativa. Esta interpretación, en mi opinión, permite, además, una mejor delimitación de los injustos específicos de las lesiones y los malos tratos, sin violentar el tenor literal del precepto.

Es una lástima, por último, que se perdiera ya esta primera oportunidad de modificar la relación de sujetos incluida en la agravación de la falta de maltrato común con

---

<sup>53</sup> Recordemos que este grupo se encuentra encabezado por el profesor GRACIA MARTÍN que entiende únicamente comprendidas en la falta del 617.1 las lesiones necesitadas de la primera asistencia facultativa, al reconducir a la falta de malos tratos todos los supuestos restantes, en los que exista resultado lesivo para la salud o integridad corporal tanto si necesitan de una primera asistencia como si pueden curar sin ella. Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios al Código Penal, Parte especial, coord. GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO, P, Valencia, 1997.



objeto de hacerla equivalente a la contenida en el delito de violencia doméstica que sigue siendo más amplia<sup>54</sup>.

**8. Ley 14/1999 de modificación del Código penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**

Esta normativa no es sino fruto del Plan de Acción contra la violencia doméstica<sup>55</sup>, aprobado por el Gobierno el 30 de Abril de 1998, movido por la alarma social que las conductas de violencia en el hogar habían venido generando en los últimos años. En efecto, el 13 de Noviembre de 1998 el Consejo de Ministros aprueba el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código penal en materia de protección a

---

<sup>54</sup> Art. 617 del Código penal: "1. El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. 2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos o ascendientes, siempre que con el convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses"

<sup>55</sup> El Gobierno en virtud de dicho Plan se comprometió a invertir, durante los tres años siguientes a la publicación de aquél, 9000 millones de pesetas en la lucha contra los malos tratos ejercidos dentro del ámbito familiar. De tal elevada cifra, el Plan prevé destinar una suma importante para la creación de infraestructuras que permitan la atención de la víctima. Consta, además, de medidas de reforma legislativa: modifica siete artículos del vigente Código penal y dos de la Ley de enjuiciamiento criminal, para agilizar el procedimiento e introducir medidas cautelares específicas al objeto siempre de erradicar, en última instancia, las conductas de malos tratos y ofrecer mayor protección a la víctima. E incluye, por último, medidas enfocadas al mercado laboral: cursos de formación de las víctimas para su reinserción laboral, principalmente, considerando prioritaria la labor de prevención y sensibilización de la sociedad que se pretende articular a través de una campaña en los medios de comunicación destinada a transmitir a los ciudadanos el mensaje de que la violencia doméstica es un problema de todos.

las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Proyecto es aprobado por el Pleno del Congreso el 29 de Abril de 1999 y por el Senado el 26 de Mayo de 1999 sin que este último llegue a introducir variación alguna en el texto remitido por el Congreso<sup>56</sup>.

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

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela,

---

<sup>56</sup> El Senado intentó incorporar la reforma de malos tratos a la reforma del Código penal en materia de libertad sexual. Quiso, para agilizar el proceso, aprobar la reforma de malos tratos a través de enmiendas realizadas al Proyecto de Ley Orgánica en materia de libertad sexual pero el Congreso no las aprobó, según MAGRO SERVET, porque ello hubiera supuesto dejar en vía muerta el texto gubernamental que en esos momentos se encontraba en trámites de enmiendas en la comisión de justicia e interior. Vid. MAGRO SERVET, V. : “El congreso rechaza las enmiendas del senado a la reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del proyecto de ley inicial” en La Ley, nº4811, 4 de Junio de 1999, pág. 5.

curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

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

a) el castigo junto a la violencia física de la violencia psíquica habitual;

b) la ampliación del ámbito subjetivo y del círculo de relaciones tuteladas por el precepto;

c) la modificación y ampliación de la cláusula concursal que deja de castigar por ella los resultados que pudieran derivarse de los actos de violencia física para referirse expresamente a las penas que puedan corresponder

a todos los delitos o faltas en que se hayan concretado los actos tanto de violencia física como psíquica;

d) la introducción de pautas para apreciar la habitualidad<sup>57</sup>.

#### **IV. RECIENTES DOCUMENTOS INSTITUCIONALES**

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

Este informe debemos considerarlo un instrumento de gran utilidad dada la importante labor que en la evolución de la regulación de la violencia doméstica ha venido desarrollando la Fiscalía General del Estado, quien en algunos momentos ha ido por delante de la doctrina. Este

---

<sup>57</sup> Además de estas modificaciones que afectan al delito en concreto, la reforma supone asimismo la inclusión dentro del art. 57 del Código penal como pena accesoria la de prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o de comunicarse con ellos, y que afecta a los artículos 33.2.g); 33.3.f); 33.4.b.bis); 39.f); 48;57;83.1.1.bis); 105.1.g), así como la introducción dentro de las faltas de una primera cláusula en el la falta del art. 617.2 que añade en relación a la pena de arresto de fin de semana o multa "teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar" y la inclusión de una segunda cláusula, esta vez, en el art. 620.2 en el siguiente sentido: "Cuando el ofendido fuere alguna de las personas del art. 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión que la pena impuesta pudiera tener en la propia víctima o en el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias".

informe, que recoge la, sin duda, trascendental Circular de 1998, es buena prueba de ello. De dicho documento personalmente destacaría el apartado IV, destinado a las propuestas o sugerencias de reforma. Tres son las reformas que, en materia de derecho penal sustantivo, se proponen en este documento: en primer lugar, una nueva delimitación de los sujetos pasivos para poder extender el amparo del precepto a sujetos que presentan idénticas necesidades de protección, esto es, el art. 153 debería comprender toda conducta que implique ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre descendientes -y no solo hijos- del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente, sobre ascendientes también del cónyuge o conviviente, y sobre hermanos e hijos de hermanos, en el caso de que estas personas formen un núcleo de convivencia familiar. En segundo lugar, se propone una delimitación del concepto de 'violencia psíquica' como elemento objetivo del tipo. Finalmente, se sugiere la reforma del régimen punitivo previsto en violencia doméstica, en concreto, la sustitución en los art. 617.2 y 620.2 de la pena de multa por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en aras de asegurar una mínima eficacia motivadora de la conducta futura del reo; la introducción en el art. 153 como penas facultativas la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela,

guarda o acogimiento, cuando al violencia habitual se haya producido en el seno de una de estas relaciones; condicionar la concesión de la suspensión o sustitución de la pena a la imposición obligatoria y no meramente facultativa de alguna de las reglas de conducta del art. 83.1 del CP.

En materia procesal cabe destacar como propuestas más interesantes las siguientes reformas: la introducción en el art. 544 bis de una previsión específica de cautelas en los supuestos de las faltas de los artículos 617 y 620 del Cp para autorizar los jueces de instrucción la adopción razonable y ponderada de estas medidas cautelares también cuando los hechos revistan caracteres de mera falta siempre que se acredite la necesidad de una amparo judicial inmediato de alguna de las víctimas del art. 153; incorporación al elenco de medidas cautelares del art. 544 bis de la Lecrim. de la intervención de las armas de fuego de las que sea poseedor el imputado así como de la licencia administrativa correspondiente; incorporación de la medida anterior al art. 153 y a los arts. 617 y 620 en calidad de pena; sujeción de las prohibiciones de residencia, y las de acudir a determinados lugares adoptadas como medida cautelar en un proceso penal en los términos del art. 544 bis de la Lecrim. al principio de petición de parte acusadora y a la necesaria y previa convocatoria de

audiencia en los términos del art. 504 bis 2; la exclusiva instrucción de estas infracciones por un solo y mismo Juzgado de Instrucción.

Finalmente en cuanto a las reformas posibles en ámbitos extrapenales, se sugiere lo interesante que resultaría tantear nuevas formas de asistencia económica a las víctimas mediante un adecuado desarrollo de los progresos que en el derecho positivo ha introducido la ciencia de la Victimología, en concreto se proponen algunas modificaciones en la Ley 35/95 de 11 de diciembre para que entre otras cosas se amplíe la previsión de ayudas públicas en ella contenidas a todos los delitos relacionados con la violencia doméstica para la satisfacción de los gastos terapéuticos generados por el tratamiento de daños en la salud psicológica de las víctimas, así como la compatibilidad de estas ayudas con las indemnizaciones por delito o falta. Además se propone la creación en cada sede de las Fiscalías de Servicios de Violencia Doméstica y la llevanza de registros con adaptación a las nuevas tecnologías<sup>58</sup>

## **2. Informe del Consejo General del Poder Judicial de 21 de Marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica**

---

<sup>58</sup> Vid. Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999, Madrid, 2000, pags. 46-59.

Las reformas que propone el CGPJ a través de dicho informe son las siguientes: 1) creación de un Registro de Medidas contra la violencia doméstica; 2) control del cumplimiento de las medidas contra la violencia doméstica, en concreto, a través de un agente de control de las mismas cuya designación bien pudiera recaer en funcionarios de la policía judicial; 3) consideración como delito de los hechos constitutivos de agresiones físicas o psíquicas cometidas por uno de los miembros del grupo familiar contra cualquiera de los otros sujetos del art. 153 siempre que aquéllas alcancen la suficiente intensidad para provocar la lesión o puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones, así como reenvío de las actuales faltas a la jurisdicción civil para que sea el juez de este orden, o en su caso, el Juez de Familia que conozca del proceso de separación, nulidad o divorcio el que adopte las medidas de toda orden que procedan para la corrección de estas conductas violentas más leves; 4) posibilidad de que los Juzgados y tribunales competentes puedan, desde el instante que se proceda a la incoación del procedimiento, acordar cualquier medida precautoria que consideren pertinentes en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso; 5) ampliación del ámbito subjetivo del delito de violencia doméstica en el mismo



sentido que sugiere el informe de la Fiscalía General del Estado de 1999, arriba resumido; 6) obligación de ordenar la comparecencia de los afectados y resolver cautelarmente en el Juzgado de Guardia; 7) mecanismos de coordinación de las jurisdicciones civil y penal, sobre todo por lo que respecta a la adopción de medidas cautelares; 8) aprobación de un segundo Plan integral contra la violencia doméstica, en orden a la elaboración de unos protocolos integrales de actuación, con especial atención a los aspectos judicial, sanitario, educativo y de asistencia social, que resulten vinculantes en la práctica diaria para todos los poderes públicos como consecuencia de su elevación al rango de norma legal y su inserción en la legislación procesal y sustantiva vigente.

### ***3. II Plan Integral contra la violencia doméstica 2001-2004***

Dicho plan que pretende continuar el camino emprendido por el primero, en el sentido de mantener las medidas puestas en marcha pero también emprender otras nuevas, recoge muchas de las medidas propuestas por los dos informes que acabamos de comentar. Cuatro son las finalidades que pretende conseguir este nuevo plan: a)

fomentar una educación basada en los valores de diálogo, respeto y tolerancia para evitar que las futuras generaciones reproduzcan los esquemas de comportamiento violento que se originan en la existencia de estereotipos sobre género y sensibilizar a la sociedad para que adopte una actitud de rechazo y compromiso para su erradicación; b) mejorar la legislación y el procedimiento legal, para conseguir una mayor eficacia en los procesos, con una mejor protección de la víctima y una penalización más contundente del comportamiento de los agresores; c) completar el mapa de recursos sociales en todo el territorio nacional, a partir del conocimiento, proporcionado por los estudios sobre violencia doméstica realizados por el Instituto de la Mujer, de la incidencia de la violencia doméstica sobre la población en las diferentes Comunidades Autónomas, con el fin de que todas las mujeres víctimas, independientemente de donde vivan, dispongan de servicios de atención; d) potenciar la coordinación entre los diferentes organismos y de las organizaciones sociales que trabajan en la prevención y eliminación de la violencia doméstica, así como en la asistencia a las víctimas.

Las actuaciones que prevé dicho Plan para conseguir los citados objetivos se articulan a su vez en cuatro grandes áreas: a) medidas preventivas y de sensibilización: las primeras dirigidas a la población en general, y a los

medios de comunicación, de manera especial; las segundas enfocadas hacia los centros educativos, tanto profesorado como alumnado, y a profesionales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los órganos judiciales, de la sanidad, etc.; b) medidas legislativas y procedimentales para perfeccionar la cobertura legal a toda la problemática específica del tema de la violencia doméstica: medidas preventivas para proteger a las posibles víctimas, medidas sancionadoras contra las personas agresoras, medidas procedimentales con el fin de agilizar los procesos judiciales, fundamentalmente, y medidas destinadas a paliar los efectos de la violencia en las víctimas; c) medidas asistenciales y de intervención social, fundamentalmente destinadas a la creación de recursos para dar respuesta a las necesidades de las víctimas: facilitar la vía o procedimiento de denuncia, proporcionar asistencia de tipo sanitario, económico, laboral y psicológico; d) medidas de investigación, encaminadas a la obtención de datos fiables y completos sobre violencia doméstica.

En concreto, entre las soluciones que se pretenden adoptar en este II Plan de Acción, como consecuencia de todo lo anterior, encontramos la de la formación de un turno de abogados de oficio especializado, la implantación de un sistema de telealarma en las mujeres amenazadas, la intensificación de la puesta en marcha de centros de

emergencia y pisos tutelados, la formación ocupacional de las mujeres en centros de acogida y la continuación de acciones de sensibilización social de los medios de comunicación social a fin de ir transmitiendo imágenes que impliquen subordinación entre sexos<sup>59</sup>

## **V. OTRAS EXPERIENCIAS Y PROPUESTAS**

Dentro de los muchos avances e intentos de mejora que se han ido llevando a cabo a lo largo de estos últimos años en materia de violencia doméstica, es posible destacar los siguientes:

### ***1. Experiencia piloto de Juzgados de Instrucción especializados en violencia doméstica en Alicante, Elche y Orihuela.***

La especialización de estos juzgados tuvo su origen en la aprobación que hizo el CGPJ de un acuerdo el 1 de

---

<sup>59</sup> II Plan Integral Contra la Violencia Doméstica (2001-2004), aprobado por Acuerdo 11 de mayo de 2001 a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Fomento, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el Ministerio de Sanidad, generando un presupuesto de 13.072 millones de pesetas. Vid. explicaciones de dicho Plan en MAGRO SERVET, V.: "Los nuevos Juzgados especializados en violencia doméstica", en Diario La Ley, n° 5317, 28 mayo 2001, pág 1 y ss, así como FONTÁN TIRADO, R.: "Medidas frente a la violencia familiar y los malos tratos", en Diario

diciembre de 1999 en virtud del cual se acordaba atribuir a estos tres juzgados la instrucción de todos los asuntos relacionados con la violencia doméstica, con exención de reparto en algunas materias, pero sin la desaparición del resto de sus competencias, creando así unos juzgados especializados que en sentido técnico no son del todo puros.

La experiencia de los mismos, según MAGRO SERVET, Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante, ha acabado siendo altamente positiva en cuanto a la actuación directa que los tres jueces de Alicante, Elche y Orihuela han tenido a la hora de conocer la situación real por la que atraviesan las mujeres cuando son objeto de malos tratos en su respectivo partido judicial, aprobándose un protocolo de actuación conjunta entre todas las Administraciones implicadas. El citado autor destaca como dato concluyente a favor de esta clase de especialización el del número de denuncias presentadas en los tres juzgados que a finales de año se situaban ya en torno a las 1400 o 1500 denuncias, en comparación con las 29.000 denuncias que se presentan en todo el territorio nacional. Ello, es indicativo de la gran confianza que despiertan esta clase de juzgados especializados sobre todo a las mujeres víctimas de malos tratos, al comprobar que podían ser

atendidas con un tratamiento específico e individualizado. De ahí que el citado autor se muestre partidario de extender esta experiencia a todo el territorio nacional para que exista un juzgado especializado en cada provincia<sup>60</sup>.

## **2. Creación del Observatorio contra la violencia doméstica**

El Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial firmaron el 26 de septiembre de 2002 el acuerdo de creación de este Observatorio contra la violencia doméstica con el fin de que el mismo, además de realizar un seguimiento y análisis de las resoluciones judiciales sobre violencia, elabore propuestas de actuación, incluidas sugerencias legislativas y proponga cursos de especialización al personal que trabaja en la Administración de justicia.

La reacción de las asociaciones judiciales frente a la constitución del Observatorio no ha sido uniforme pues mientras que la APM aplaudió su creación, JpD considera que la creación del Observatorio es insuficiente contra el fenómeno de la violencia doméstica ya que lo que hace falta es un plan integral para combatirlo, ya que lo esencial en estos momentos no es hacer más diagnósticos sino acometer

---

<sup>60</sup> Vid. MAGRO SERVET, V.: "Los juzgados especializados...", cit., pág. 2.

las medidas precisas para erradicar un fenómeno tan extendido. El Gobierno debería, pues, dejar de tratar el problema de la violencia doméstica desde la exclusiva perspectiva judicial para que se involucren todas las Administraciones públicas adoptando las políticas educativas y preventivas correspondientes<sup>61</sup>.

### **3. Propuestas de ley integral**

De entre ellas, quizá quepa destacar la realizada por el Partido de la oposición. El Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Registro del Congreso de los Diputados una proposición de ley orgánica integral contra la violencia de género (10-12-2001, Boletín oficial de las Cortes Generales 21-12-2001). Para dicho grupo uno de los argumentos fundamentales a favor de la existencia de una ley global, que abarque el fenómeno de la violencia de género en toda su integridad, es la función que las leyes tienen como soporte de determinadas realidades y también como motores de cambio. La Ley, dice la exposición de motivos de la iniciativa, es un instrumento privilegiado para dar cobertura y garantía a los cambios sociales, por la obligatoriedad que impone para determinadas actuaciones

---

<sup>61</sup> Vid. Diario de Noticias La Ley, núm. 377, semana 7-13 de octubre, pág. 3

y por la pedagogía que desarrolla en torno a situaciones nuevas. La propuesta socialista establece medidas en educación, en estimación de valores, medidas de desarrollo personal, laborales, de atención a las afectadas, de servicios sociales, de refuerzo de una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres, con referencia concreta al ámbito de la publicidad; y a la vez proporciona una respuesta legal que abarca tanto las normas procesales, ordenando las instancias competentes, como las normas sustantivas penales y civiles, así como la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley. En la Exposición de Motivos también se hace referencia a las recomendaciones hechas por los organismos internacionales y a los proyectos en marcha que en este sentido existen ya en la Unión Europea para ofrecer a la violencia de género un enfoque global con el fin de unificar en único texto legal todas las normas dispersas y así poder hacer mejor frente a un problema tan complejo. Por último, se hace hincapié en que los argumentos avalados de una ley global contra la violencia de género están avalados por las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la mujer celebrada en Pekín<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Vid. Diario de noticias La Ley, núm 342, semana 7-13 de enero, pág. 6.



#### **4. Propuesta de creación de secciones de violencia familiar en las fiscalías**

La propuesta también del grupo socialista de crear una sección de violencia familiar en las fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias Provinciales fue rechazada el 18 de octubre de 2000 en la Comisión de Justicia e interior del Congreso de los Diputados con los votos en contra del PP, PNV y CC, la abstención de CIU y el único apoyo de IU. La función de ésta sería intervenir en los procesos penales y civiles donde se alegan malos tratos. Como argumentos en contra de la creación de esta sección en el debate parlamentario se alegó fundamentalmente el económico pues tener una sección permanente cuando no va a tener carga de trabajo suficiente sería despilfarrar los medios personales con los que cuenta la justicia. Tampoco las asociaciones de jueces y fiscales apoyaron la creación de la especialización de las fiscalías pues los profesionales advierten que lo importante no es especializar a los fiscales sino dotarles de los medios humanos y materiales necesarios para que puedan ser eficaces en la lucha contra la violencia doméstica. El portavoz de la Asociación de Fiscales señaló al respecto que ya existen fiscales especializados en todas las provincias y que de lo que se trata es de potenciar la

actuación de estos fiscales, para que sean más eficaces, en lugar de crear una macrofiscalía que se aleje de los problemas de la calle, mientras que el portavoz de la Unión Progresista de Fiscales hizo referencia a la inoperatividad de la creación de esta fiscalía especializada sin dotarla de los medios necesarios<sup>63</sup>. No obstante, parece que estas secciones especiales si se están llevando a cabo, tal y como demuestra la creación de una Sección especial contra la violencia doméstica en la Fiscalía de Madrid, a la que se remiten diariamente por parte de las comisarías de la Comunidad de Madrid los atestados junto con las diligencias de informes de todas aquellas denuncias existentes en esta materia.

##### **5. Propuesta de hacer públicas listas de maltratadores**

El 10 de octubre de 2000, el presidente de la Comunidad de Castilla-La Mancha en el debate sobre el estado de la región planteó la posibilidad de publicar en los medios de comunicación la identidad de los condenados por violencia doméstica "para su escarnio y vergüenza". Dicha propuesta de Bono abrió una gran brecha entre las asociaciones de mujeres y la judicatura, sin perjuicio de no contar tampoco

---

<sup>63</sup> Vid. Diario de noticias La Ley, núm. 262, semana 30 octubre de 2000, pág. 5

con el apoyo de ninguno de los partidos políticos concurrentes ni siquiera del PSOE. Jueces y fiscales rechazando un castigo que atenta contra el fin rehabilitador de las penas, degrada al reo e invade las competencias del Código penal pues supone un castigo añadido no previsto en el Código penal, además de que crearía un precedente peligroso para la difusión de listas similares de otro tipo de delitos. Las asociaciones de mujeres apoyando las listas como una forma de disuasión, amparada por el derecho a la información, ante una violencia creciente, ante la que las instituciones no consiguen encontrar remedio<sup>64</sup>.

Pues bien, pese a dicha oposición y pese a una dudosa constitucionalidad de esta medida, tal propuesta ha sido finalmente recogida por el apartado d) del art. 11 de la Ley 5/2001 de Prevención de Malos Tratos y Protección a Mujeres Maltratadas, aprobada el 17 de mayo por las Cortes de Castilla-La Mancha. En él se establece que el Gobierno remitirá a las Cortes, al menos con carácter anual, un Informe en el que preceptivamente se contengan, entre otros extremos: "los procedimientos penales iniciados sobre violencia doméstica, con indicación de su número, la clase

---

<sup>64</sup> En lo que sí coincidieron todos fue en la necesidad de ampliar los medios contra esta lacra que si en Abril de 1998, año de inicio del plan, se cobró treinta y cinco vidas de mujeres sometidas a malos tratos por sus maridos o compañeros, en 1999 ascendieron a

de procedimiento penal, el delito o falta imputado y la intervención de la Administración regional en dichos procedimientos". La mencionada Ley salvaguarda la intimidad de la víctima y alude a la reproducción de las sentencias firmes condenatorias sobre violencia doméstica "cuando se cuente con el consentimiento de la víctima o, cuando ésta no pudiere prestarlo, con el consentimiento de las personas perjudicadas"<sup>65</sup>.

#### **6. Tramitación del proceso de faltas de violencia doméstica a través de los juicios rápidos**

La reforma de la Lecrim. sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre ha optado por darle un tratamiento específico al grave problema de la violencia doméstica a través de los art. 962 y 965 Lecrim con la pretensión de buscar un enjuiciamiento inmediato de las faltas de amenazas, coacciones, vejaciones, injurias de carácter leve, y maltrato sin lesión cuando se refiera al círculo de personas incluido en

---

42. Información extraída de El país digital, 23 de octubre, 2000, n° 1634.

<sup>65</sup> Vid. como argumentos en contra de la publicación de los nombres de los maltratadores y en contra de la constitucionalidad de esta medida, GÓMEZ NAVAJAS, J.: Listas de delincuentes: ¿Pena de escarnio público?", en Estudios penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002, págs. 497 y ss.

el art. 153 del Código penal. Pues bien, según esta nueva regulación, el juicio de faltas se puede celebrar en el mismo juzgado de guardia donde se presente la denuncia por malos tratos, o, si ello no es posible, o aquél no fuera competente, en el que lo fuera, debiendo el juzgado de guardia proceder al señalamiento del juicio de faltas al juzgado competente. En concreto, la policía cuando reciba una denuncia de alguna de las dos faltas de malos tratos de los arts. 617.2 y 620.2 del C.p. deberá citar inmediatamente al denunciado fijado en dicha denuncia, testigos, ofendidos y perjudicados, para que comparezcan ante el juzgado de guardia, sin, por tanto, recibir declaración de testigos y denunciado. Esta citación deberá hacerse para el próximo día apercibiendo al denunciado de que si no comparece se procederá a su detención y que el juicio se puede celebrar de forma inmediata aun sin su presencia. Al mismo tiempo debe advertir a denunciante y denunciado que deben comparecer ante el juzgado de guardia competente con los medios de prueba que estimen oportunos. El juez de guardia, una vez recibido el atestado y comparecidas las personas citadas, puede proceder a la inmediata celebración del juicio de faltas, aun a pesar, como se ha dicho, de que el denunciado agresor no comparezca. La inmediatez podrá, no obstante, retrasarse sólo si es preciso acordar la práctica de alguna prueba

complementaria, como puede ser el informe del médico forense en los casos del art. 617.2. Finalmente, es de destacar, que cuando el juez de guardia no tenga competencia para celebrar el juicio de faltas, el art. 965 establece que en los casos de violencia doméstica el señalamiento (que lo hace el propio juzgado de instrucción de guardia aunque lo sea para otro juzgado de instrucción) se hará dentro del plazo de dos días frente a los siete días del resto de supuestos<sup>66</sup>.

Como conclusión de este apartado destinado a analizar la evolución histórico-legislativa, no sólo del delito de violencia doméstica, en cuanto delito autónomo, sino también de lo que podemos considerar el origen del mismo, esto es, la regulación de los malos tratos y las lesiones producidos contra sujetos pertenecientes al ámbito familiar, me gustaría destacar con carácter general fundamentalmente dos aspectos.

El primero de ellos estaría relacionado con el carácter atribuido al parentesco cuando dicha circunstancia aparecía conectada con los delitos de lesiones o malos tratos. Dicho carácter, siendo mayoritariamente agravatorio, encontró una importante excepción en los

---

<sup>66</sup> Vid. detalladamente sobre este punto, MAGRO SERVET, V.: "El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica, en diario La Ley, 8 de

supuestos en los que se hizo valer el llamado derecho de corrección, normalmente en beneficio del *pater familias*. En un primer momento, para incluso exonerar de responsabilidad penal, salvo en los supuestos de lesiones más graves (art. 658 Cp de 1822), y posteriormente, para atenuar en el sentido de impedir las agravaciones de las lesiones art. 535 del Cp de 1928). En efecto, la máxima expresión de este efecto atenuatorio del parentesco lo encontramos en el denominado *uxoricidio honoris causa*, joya de nuestra historia legislativa en el orden penal, que estuvo en vigor, aunque discontinuamente, desde el Cp de 1848, hasta el texto revisado de 1963.

El segundo aspecto que me gustaría destacar tendería a resaltar la progresiva delimitación experimentada desde la época del derecho germánico por las distintas figuras de lesiones, malos tratos e injurias. Si en un primer momento se intentó la delimitación lesión/injurias, más tarde se pretendió la delimitación lesión maltrato, para finalmente, proceder a la delimitación malos tratos corporales/malos tratos verbales o de palabra. En suma, en el ámbito de los delitos se quiso, en consecuencia, dar sustantividad a las lesiones respecto de las injurias, mientras que en el ámbito de las faltas, se buscó independizar el maltrato corporal tanto de la lesión como del maltrato verbal.

Desde un punto de vista ya más específico, algunas de las conclusiones que se pueden extraer tras el análisis de las diversas modificaciones que ha sufrido el delito de violencia doméstica desde 1989 son las siguientes: sobre todo, llama la atención que tales modificaciones se hayan llevado a cabo en tan poco tiempo y con tan poco éxito. Por otro lado, tan agitada historia no deja de revelar el importante y esperanzador cambio de actitud que han experimentado los poderes públicos y en especial todos los operadores jurídicos intervinientes en relación con el problema de la violencia doméstica, si bien es cierto que mucha de la precipitación que ha podido haber a la hora de introducir los cambios legislativos, sobre todo en lo que concierne al art. 153, ha tenido que ver con una criticable forma de legislar demasiado pendiente de la masa electoral. Finalmente, las numerosas experiencias intentadas y que se siguen intentando, con el objeto de mejorar las distintas facetas, hasta la fecha, en cierta forma, desatendidas, como puede ser ofrecer una mayor protección y asistencia a las víctimas de delitos violentos o el mismo intento de agilizar la justicia a través de la implantación de los juicios rápidos pueden suponer un importantísimo avance en la lucha contra la violencia doméstica, siempre y cuando dichas medidas vengán acompañadas de los medios y recursos necesarios.



Sentado lo anterior, se comprende y no se comprende esta nueva reforma del precepto que nos espera. Se comprende porque se trata la misma de un paso más dentro de la dinámica en la que se encuentra inmerso el discurso popular en cuanto que intentar castigar más duramente esta conducta, lo que se traduce en el orden normativo en una extensión del ámbito de aplicación del precepto para poder abarcar por vía del art. 153 a más sujetos, por más conductas, y con más pena. No se comprende, sin embargo, por cuanto esta historia que acaba de ser descrita debería habernos enseñado que un problema tan grave y tan endémico como el de la violencia doméstica merece, sobre todo, por parte del poder legislativo y del ejecutivo, un mayor reflexión, sobre todo, a la hora de tomar decisiones en materia penal.

## **VI. NORMATIVA INTERNACIONAL**

Antes de terminar este apartado dedicado a la evolución legislativa en materia de violencia doméstica me gustaría destacar cuál es el panorama de normativa internacional en el que debe quedar enmarcada nuestra legislación penal.

Coincidió con FONTÁN TIRADO en que en materia internacional y europea, la legislación es amplia, algo dispersa, y en materia sancionadora y represiva no directamente aplicable. Son dignas de reseñar al respecto la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, y el Protocolo Adicional a la misma, de 6 de octubre de 1999 (ambas auspiciadas por la ONU tomando como fundamento la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos Humanos); la Declaración y el Programa de Acción de Viena (157/23), adoptada en la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en el año 1993; la Declaración 47/104 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea de las Naciones Unidas, relativa a la Eliminación de la violencia sobre las mujeres; y la Resolución 52/86 de 22 de febrero de 1998 de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a la Prevención y Medidas a adoptar frente a la violencia de género. Entre la normativa europea, destacan la Recomendación 17(79) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre protección de los niños contra los maltratos familiares; la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 1997, sobre la necesidad de elaborar una legislación específica penal y no penal para la prevención de los maltratos familiares y la protección a sus víctimas; y la Recomendación de la

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2000, que recomienda la adopción por los países miembros de diversas medidas accesorias y cautelares para los maltratadores<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> FONTÁN TIRADO, R.: "Medidas frente...", cit., pág. 16.



**Capítulo II**  
**Derecho comparado**



## CAPÍTULO II

### DERECHO COMPARADO

#### I. ALEMANIA

El Derecho penal alemán regula las lesiones y los malos tratos conjuntamente en el "Abschnitt 17" bajo el título *Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit* (delitos contra la incolumidad corporal). Esta sección, que comprende del § 223 al § 231, no varió de manera sustancial aunque se viera afectada por la *Sechste Strafreformgesetz*<sup>68</sup> y ello, porque, en materia de lesiones, cabe afirmar que la reforma revistió un carácter más sistemático que técnico. De la nueva regulación que trajo dicha reforma es posible destacar la introducción del castigo de la tentativa y el aumento de las penas. Pero, sin duda, la novedad más interesante que ofrece el actual capítulo de las lesiones es su diferente sistematización. Ha habido, en

---

<sup>68</sup> La sexta reforma del *StGB* ha sido aprobada por el Parlamento Alemán el 14 de Noviembre de 1997, publicada en el boletín oficial (*BGBl*) el 26 de Enero de 1998 y ha entrado en vigor el 1 de Abril de 1998.

este sentido, disposiciones que se han reagrupado, disposiciones que se han autonomizado y algunas que han sido suprimidas. También ha cambiado el encabezamiento del A.17 que antes se denominaba **Körperverletzung** (lesiones) y ahora -como ya se ha dicho- "delitos contra la incolumidad o indemnidad corporal"<sup>69</sup>.

## 1. Regulación

Dentro del Abschnitt 17 interesa destacar dos párrafos<sup>70</sup>: el § 223 y el § 223.b, convertido, tras la reforma, en el vigente § 225.

---

<sup>69</sup> El término *Unversehrtheit* admite las dos traducciones. Más adelante, en el capítulo que se destina a la aclaración terminológica, se intentará analizar cuáles son las consecuencias derivadas de elegir una u otra.

<sup>70</sup> El § 223 presenta la siguiente redacción: "**Körperverletzung**. (1) Wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar." ; El § 225 queda redactado en los siguientes términos: "**Misshandlung von Schutzbefohlenen**. (1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren oder eine wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die 1- seiner Fürsorge oder Obhut untersteht, 2- seinem Haustand angehört, 3- von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen worden oder 4- ihm im Rahmen eines Dienst oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, quält oder roh misshandelt, oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter die schutzbefohlene Person durch die Tat in die Gefahr 1- des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung oder 2- einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt. (4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen."



El § 223 contiene la definición de la lesión obtenida a partir de las dos modalidades de conducta que alternativamente pueden ocasionarla: la **Misshandlung** (maltrato corporal) y/o la **Gesundheit schädigt** (perjuicio a la salud)<sup>71</sup>. El § 225 castiga, con más pena que el anterior, determinadas formas de ataque ejercidas sobre personas que se encuentran en una situación de especial desprotección o mayor indefensión por razón de edad, debilidad o enfermedad, llevadas a cabo, precisamente, por los sujetos que ocupan, frente a ellas, una posición de dominio o superioridad, surgida ésta, como consecuencia del vínculo familiar, afectivo, tutelar o laboral que a ambas les une.

### **1.1. Körperverletzung (§ 223 del StGB):**

"Lesión. (1) El que maltrate corporalmente a otro o le perjudique en su salud será castigado con pena

---

<sup>71</sup> Para ESER, nos hallamos ante un supuesto claro de determinación alternativa dado que para la realización del tipo es indiferente que en el caso concreto se trate de un maltrato y/o de un perjuicio a la salud. Vid. ESER, A en SHÖNKE-SCHRÖEDER : Strafgesetzbuch Kommentar, 26 Auflage, München, 2001, pág. 1798. Para Hirsch, el maltrato corporal y el perjuicio a la salud se encuentran en una relación de círculos secantes donde el maltrato y el perjuicio pueden concurrir pero sin que ello sea necesario. Vid. HIRSCH, H.J. : Hauptprobleme einer Reform des Delikte gegen die Körperliche Unversehrtheit, ZGStW, 1971, pág 141. En el mismo sentido que HIRSH se pronuncia HORN, para quien un maltrato corporal no tiene porqué perjudicar necesariamente a la salud, aunque si se cumplen las dos variantes típicas sólo habría una lesión y no habría que aplicar concurso ideal. Vid. HORN, E.:

privativa de libertad hasta cinco años o pena de multa.

(2) La tentativa es punible."

De la lectura de este precepto cabe deducir ya una conclusión importante: el Código penal alemán, a diferencia del español, concibe los malos tratos como una modalidad de lesión y no como algo conceptualmente distinto de esta<sup>72</sup>. De manera que se puede lesionar por medio del maltrato corporal o causando un daño a la salud. Pero, lo que en todo caso parece subyacer tras la regulación que el legislador brinda a las lesiones, en cualquiera de sus modalidades, ya sea vía daño a la salud o vía maltrato corporal, es un intento de salvaguardar el cuerpo por encima de cualesquiera otros intereses. Este enfoque materialista no carece de una explicación histórica por cuanto que, con el fin de evitar la confusión con las injurias, procedente del derecho romano, el legislador alemán no hizo sino acentuar, cada vez más, la separación entre el binomio cuerpo/alma, facilitando así, en el marco de las lesiones, la especial protección de lo corporal<sup>73</sup>.

---

*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil, 7 Auflage, 1998., pág. 4.*

<sup>72</sup> En el Código penal español los malos tratos corporales, salvo que se den habitualmente y dentro del ámbito subjetivo que establece el art. 153, sólo pueden alcanzar el grado de falta.

<sup>73</sup> Una muestra de que esta tendencia no ha sido abandonada por el legislador la encontramos en el propio título del A.17 que hace hincapié sobre la corporalidad de la incolumidad.

El hecho de colocar el peso del bien jurídico sobre el elemento corporal es, por otra parte, lo que a su vez permite entender la identificación del maltrato corporal y el perjuicio a la salud en el tipo básico de lesiones<sup>74</sup>.

Por **maltrato corporal** se entiende "todo tratamiento perjudicial o inadecuado a través del cual la víctima es afectada en su bienestar corporal de una forma relevante<sup>75</sup>". Ello sucede con las acciones que dañan sustancialmente el cuerpo como chichones o heridas o pérdidas sustanciales de órganos o dientes. También se puede considerar "maltrato" el desfigurar o estropear el cuerpo a través de cortes de pelo o la producción de manchas en el cuerpo con materiales difíciles de quitar como por ejemplo el alquitrán o, incluso, la producción de perturbaciones corporales funcionales tales como dañar el oído a través de un ruido, por ejemplo.

MAURACH prefiere distinguir entre el maltrato consistente en un menoscabo objetivo de la integridad corporal (abrasamiento de pelos, desfloramiento, pintar la cara, destruir prótesis dental) y el maltrato consistente

---

<sup>74</sup> En España, por el contrario, se da más importancia al bien jurídico salud, siendo ello coherente con el tratamiento de las lesiones y los malos tratos por separado. Los malos tratos protegen más lo que es el cuerpo, y los delitos y la falta de lesión pretenden preservar fundamentalmente la salud.

<sup>75</sup> Vid. ESER, A en SCHÖNKE, A-SCHRÖDER, H: Strafgesetzbuch..., cit., pág. 1798. HORN, por su parte, señala que el término bienestar corporal es simplemente otra expresión para referirse a la incolumidad

en un perjuicio del bienestar personal corporal no irrelevante, esto es, que revista cierta gravedad (donde cabría incluir -parece- los supuestos de causación de dolor como consecuencia de ruidos muy molestos). El simple malestar corporal producido como consecuencia de mirar un cuadro o el sentir asco por beber una bebida no perjudicial o por sufrir algún escupitajo no alcanzan -en opinión de MAURACH- la relevancia requerida<sup>76</sup>.

HORN señala que no se exige que la víctima sienta malestar corporal o desasosiego, ni angustia, ni asco, etc., aunque un fenómeno de esta clase será un indicio para constatar que se han producido cambios en el ámbito de lo corporal<sup>77</sup>

En cuanto a la necesaria referencia o conexión corporal, ESER señala que puede resultar problemática, sobre todo, desde dos puntos de vista<sup>78</sup>. Por un lado, cuando lo que se ocasiona es miedo o asco, pues al no ser las afectaciones anímicas, como tales, suficientes para el 223, parece que estos casos, en principio, quedarían fuera del ámbito de dicha disposición. Por otro lado, la referencia corporal parece exigir una influencia corporal

---

corporal, esto es, ausencia de intervención de terceros sobre la corporalidad, HORN, E: Systematischer..., cit., pág. 4

<sup>76</sup> Vid. MAURACH, R.: Strafrecht Besonderer Teil, 8 Auflage, 1995, pág. 111.

<sup>77</sup> Vid. HORN, E.: Systematischer Kommentar..., cit., pág. 4

<sup>78</sup> Vid. ESER, A. en SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch..., cit, pág. 1798.

directa. Respecto al primer problema cabe apuntar que la doctrina dominante exige, en todo caso, que se produzca un efecto corporal, de forma que junto a la desestabilización del equilibrio anímico se haya producido también una estimulación de los nervios receptores del sistema nervioso central que transmite las impresiones sensibles. Esto ocurre, según ESER, por ejemplo, cuando se escupe o amenaza con un arma y en el amenazado se produce una reacción de la constitución corporal del mismo (piénsese en temblores)<sup>79</sup>. En cuanto a la segunda cuestión, MAURACH sostiene que el maltrato corporal no presupone, necesariamente, una influencia corporal directa a través de golpes, empujones o patadas. Lo decisivo, señala el citado autor, es el efecto corporal y éste puede desencadenarse, igualmente, a través de actuaciones indirectas como, por ejemplo, a través de la privación de alimentos o a través de la causación de miedo, susto o asco que causen dolor en el estómago. También el ruido fuerte continuado o el terror telefónico pueden ser suficientes. No valdrá, por tanto, el simple susto, aunque sí, el shock grave producido a partir de la comunicación engañosa de que ha tenido lugar un accidente de tráfico de alguna persona querida. Por último, el mencionado autor se

---

<sup>79</sup> MAURACH en el mismo sentido afirma que aun en los supuestos en los que no existe contacto corporal, por ejemplo, en sustos, se exige un necesario reflejo corporal, que se ha de concretar en una afectación

refiere a la necesidad de medir la relevancia de la agresión atendiendo al criterio de un espectador objetivo y no a la impresión personal de la víctima, sin que ello signifique la exclusión automática de la toma en consideración de factores individuales cuando éstos sean suficientemente objetivables.

HORN, por su parte, afirma que la exigencia del maltrato corporal puede verse cumplida no sólo cuando exista una pérdida de sustancia corporal: sangre, rotura de himen, desprendimiento de pelo o caída o rotura de dientes, sino también cuando siendo los cambios del estado corporal muy pequeños, en si mismo considerados, a ellos se halle ligado un menoscabo no irrelevante de funciones corporales: disfunciones visuales por deslumbramiento o insomnio producido como consecuencia de llamadas telefónicas constantes, un desmayo después de una expresión amenazante o pérdida transitoria de la sensación del gusto por haber introducido en el esófago de la víctima un líquido fuerte.

Para los casos en que se halle ausente el cambio de una sustancia corporal y sólo se vea afectada la apariencia externa, HORN señala que puede resultar de ayuda acudir a la fórmula desarrollada para el concepto de los daños materiales. Según ésta se entiende que existe un perjuicio

---

de la constitución física, debiendo existir una reacción nerviosa constatable. MAURACH, R.: Strafrecht Besonderer ..., cit., pág. 110.

no irrelevante cuando el estado interior o bien no puede ser restaurado de ninguna manera o bien sólo puede serlo con el empleo de un importante esfuerzo o trabajo, tiempo o costes: así, manchar la casa con óleo podría ser relevante pero mancharla con ollín irrelevante. En todo caso, el citado autor considera que no están claros los criterios de distinción pues quemaduras leves o pequeñas moraduras se consideran irrelevantes y, sin embargo, las bofetadas son considerada el caso clásico de maltrato corporal.

En definitiva, el maltrato para ser lesión, debe, según HORN, haber producido un cambio en la sustancia corporal. El maltrato psíquico sólo no basta, por ello no entra dentro del parágrafo 223 la producción de asco a una persona por defecar en la vía pública pero sí que cabría apreciar el 223 cuando esos mismos sentimientos se produjeran a partir de una manipulación sobre el cuerpo, esto es, manchando a otro con excrementos. Lo que importan entonces en estos casos es la relevancia de la actuación corporal y no hasta que punto la víctima ha reaccionado psíquicamente contra esta situación<sup>80</sup>.

Por **perjuicio a la salud** hay que entender, siguiendo a ESER<sup>81</sup>, "*toda causación o aumento de un estado enfermizo, morbido, morboso o patológico*". La forma o modalidad del

---

<sup>80</sup> HORN, E.: *Systematischer...*, cit., pág. 5.

perjuicio es indiferente, por lo que éste puede producirse, tanto a través de una infección o contagio por enfermedad sexual, como mediante la comunicación de una noticia desagradable falsa o a través de la prescripción de medicinas o drogas no fundada en razones médicas. Todos estos supuestos representan, tan sólo, una muestra del amplio abanico de posibilidades que ofrece el concepto acuñado por el StGb.

Por otra parte, cabe reseñar que "el perjuicio a la salud", al contrario que el maltrato, no está adjetivado ni referido a lo corporal expresamente. El menoscabo, en consecuencia, no resulta limitado por la necesaria afectación del estado corporal. Por lo que, según esto, son supuestos del 223 las causaciones o aumentos de trastornos psíquicos patológicos.

Según HORN, el caso normal de perjuicio a la salud es el de un estado corporal que hace necesario un proceso de curación, pero en todo caso no se exige la producción de dolor. No constituyen un supuesto de perjuicio a la salud embriagar a una persona, ni dormirla, ni causarle dolores de cabeza leves, constipados, insomnios o desmayos cortos, aunque podrían entrar en el supuesto de los maltratos<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Vid. ESER, A. en SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch..., cit., pág. 1799.



## 1.2. Mißhandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 del StGB):

"Maltrato contra los menores o indefensos. (1) El que atormente o maltrate brutalmente a una persona menor de 18 años o a una persona indefensa por enfermedad o debilidad que:

- 1- se encuentre en situación de dependencia para su cuidado o guarda,
  - 2- pertenezca a su gobierno doméstico,
  - 3- hayan sido colocados bajo su poder por parte de las personas titulares de los deberes legales de asistencia,
  - 4- que estén subordinadas a él en el marco de una relación de servicio o trabajo,
- o el que por abandono malicioso de su deber de cuidar de ellos, perjudique a su salud, será castigado con una pena privativa de libertad de seis meses a diez años.

(2) La tentativa es punible.

(3) Se impondrá la pena privativa de libertad no inferior a un año cuando el autor coloque mediante su acción a la persona necesitada de protección en peligro de:

1. muerte o perjuicio grave a la salud o
2. un perjuicio considerable del desarrollo corporal o psíquico.

(4) En los casos menos graves del apartado uno se impondrá la pena privativa de libertad de tres meses a cinco años, y en los casos menos graves del apartado 3 la pena privativa de libertad de seis meses a cinco años."

---

<sup>82</sup> HORN, E.: *Systematischer...*, cit., pág. 10

Como quiera que no existe en el Código penal alemán una figura exactamente equivalente al tipo contenido en el artículo 153 por el legislador español, es ésta la disposición que más nos interesa por su similitud. Se trata de una agravación del § 223 fundamentada en la cualidad de la víctima, que deberá ser menor de 18 años o indefenso por razón de debilidad o enfermedad, y en los estrechos lazos afectivos o la especial relación de protección o cuidado que existe entre la víctima y el autor. La modalidad de ataque podrá consistir, únicamente, en atormentar, en maltratar brutalmente o en causar un perjuicio a la salud como consecuencia del abandono malicioso del deber de cuidado del autor sobre la víctima.

Dicha disposición, contenida en el actual § 225, fue introducida por ley 19/6 de 1912 en el párrafo segundo del § 223a. Más tarde, por ley 26/5 de 1933, se autonomizó como § 223b<sup>83</sup> y finalmente en Abril de 1998, con la sexta reforma, se ha independizado por completo, pasando a ocupar un parágrafo propio en el § 225.

#### **1.2.1. Personas protegidas**

El autor debe ocupar una posición de especial deber de cuidado sobre la víctima que podrá ser un menor de 18 años o una persona indefensa por debilidad o enfermedad que se encuentre en alguna de las cuatro situaciones que menciona el § 225. Sin embargo, así como la primera se presume y no requiere de prueba alguna, en los demás casos, la indefensión deberá quedar demostrada a través de la acreditación del grado de debilidad o enfermedad que se padezca. Lo determinante es, pues, la indefensión de la víctima frente al autor, si bien, en este segundo supuesto a la indefensión relativa deberá añadirse la dependencia respecto al autor, de manera que coexistan la indefensión fisiológica o patológica y la indefensión de tipo psicológico: *la víctima no sólo no puede defenderse de forma eficaz sino que tampoco se atreve*<sup>84</sup>.

STREE define **la indefensión** como aquella situación en la que el sujeto pasivo no se puede defender tanto de ninguna manera como de manera suficiente, y **la debilidad** como una perturbación de la salud corporal que encuentra su expresión en una minusvalía importante<sup>85</sup>. Este autor señala, además, que la indefensión que no se fundamenta ni en la enfermedad ni en la debilidad no se puede tomar en

---

<sup>83</sup> Vid. HIRSCH, H.J.: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, GrossKommentar, 11, neubearbeitete Auflage*, 37, 2001, pág 85.

<sup>84</sup> Vid. MAURACH, R.: *Strafrecht Besonderer...*, cit., pág. 123.

consideración ni siquiera cuando haya sido el propio autor el que la haya ocasionado, por ejemplo, atando al lesionado.

En cuanto a las situaciones de dependencia -sin dejar de atender a las tesis de STREE- cabe mencionar lo siguiente:

a) Respecto a la relación de cuidado ("Fursorge") se exige que el autor esté obligado a cuidar del bienestar psíquico o corporal de la persona. Se trata, normalmente, de relaciones de cierta duración, esto es, con padres, tutores, curadores, enfermeros, protectores, asistentes sociales o funcionarios encargados de ejecución de penas y medidas, entre otros. También puede surgir la relación a partir de comportamientos concluyentes como sucede con el marido respecto del niño de un matrimonio anterior de la mujer de dicho marido del cual se hace cargo.

La relación de guarda a la que se refiere el mismo apartado ("Obhut") concurrirá siempre que exista un deber de vigilancia corporal inmediata. Esta, presupone una relación espacial estrecha y se referirá, normalmente, a un tiempo corto. Así, el niño que se encuentra bajo la "obhut" de la niñera que lo lleva a pasear.

---

<sup>85</sup> Vid. STREE, W. en SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch..., cit., pág. 1832.

b) Respecto al gobierno doméstico, cabe considerar posibles perjudicadas no sólo a todas las personas que pertenezcan a la comunidad doméstica, sino también a las que hayan sido incluidas en la familia para ayudar en la educación. La categoría de autor no se reserva al marido en exclusiva, sino que puede serlo cualquiera que *de facto* dirija el gobierno doméstico, por ejemplo, la dama de compañía.

c) En cuanto a la relación de servicio o trabajo, mencionada en el apartado cuarto, como no exige de la existencia de un contrato de trabajo en sentido técnico, puede comprender también a algunas relaciones similares, aunque no exactamente, laborales. Sí se exige, no obstante, que se trate de un trabajador dependiente, requisito predicable de todos los casos en que se reciban instrucciones para el desempeño del trabajo.

Analizadas brevemente cada una de estas relaciones de dependencia enseguida llama la atención la no inclusión dentro de las personas protegidas de la relación conyugal.

### **1.2.2. La acción.**

STREE señala que a partir del tenor literal del § 225 cabe pensar en tres modalidades de acción: el tormento, el maltrato brutal y el perjuicio a la salud a través de la dejación maliciosa del deber de cuidado<sup>86</sup>.

a) El **Tormento** o acción de atormentar implica la causación de daños o sufrimientos importantes que se realizan de forma continuada o al menos reiterada. Se caracteriza esta primera alternativa de la acción por no requerir la causación de daños corporales, pudiendo constituir tormento también un maltrato anímico como cuando se ocasionan situaciones emocionales o de miedo repetidamente o con una cierta duración. Tal es el caso del niño encerrado en un cuarto oscuro o de la causación de un miedo mortal durante algunos minutos. Tampoco se requiere que el maltrato psíquico constituya, necesariamente, un perjuicio para la salud ni que presuponga una actitud insensible o cruel.

b) El maltrato es **brutal** cuando surge como consecuencia de una actitud insensible e indiferente hacia los sufrimientos de la víctima. Esta insensibilidad se detectará siempre que el autor, al llevar a cabo el maltrato, haya perdido el sentimiento de inhibición que respecto al sufrimiento del maltratado habría surgido en

---

<sup>86</sup> Vid. STREE, W. en SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch..., cit., pág. 1833.

cualquier persona humana con un mínimo de raciocinio. Además, dicha actitud deberá reflejarse en el hecho, de forma que, por regla general, nos encontraremos ante la causación de sufrimientos o dolores de importante magnitud. No obstante, tal brutalidad, podrá manifestarse como estado pasajero o provisional sin necesidad de que aparezca como una característica permanente del autor<sup>87</sup>.

c) Como tercera forma de comisión menciona la ley el **perjuicio a la salud** causado por **abandono malicioso de los deberes de cuidado** enumerados en el propio § 225. El abandono será malicioso cuando la persona del autor se desentienda del deber de cuidado a causa de una mala actitud o de un móvil despreciable como, por ejemplo, odio, avaricia, egoísmo, inclinación sádica, etc., no exigiéndose, por tanto, que la actuación surja de la pura satisfacción o placer en el dolor ajeno. STREE se refiere al supuesto de la madre que descuida a sus hijos porque le apetece o porque quiere ocuparse de sus cosas, al tiempo que aclara que el móvil despreciable no necesita estar dirigido, como tal, contra la persona necesitada de

---

<sup>87</sup> Para MAURACH la brutalidad del maltrato significa la expresión de un ánimo despiadado durante el hecho, que no se exige como característica constante en la persona del autor, y que debe conducir a un menoscabo importante del bienestar corporal. MAURACH, R.: Strafrecht Besonderer..., cit., pág 123.

protección, siendo suficiente con que el obligado al cuidado ponga su yo en primer plano<sup>88</sup>.

Las omisiones, por otra parte, no tienen porqué reconducirse necesariamente a esta tercera vía pues, como señala MAURACH, podrán consistir también en un tormento o en un maltrato brutal, siempre que en ambos casos falte la maliciosidad<sup>89</sup>.

### **1.2.3. Bien jurídico y ubicación sistemática**

El tema relativo al bien jurídico protegido en el § 223 y siguientes genera una gran polémica que enfrenta, sobre todo, a dos posturas claramente diferenciadas:

a) Un sector doctrinal, más bien mayoritario, defiende una postura materialista, que establece dentro de la persona humana una tajante línea fronteriza entre lo que es el cuerpo, en sentido físico corporal, y lo que es la parte anímica o psíquica del ser humano. Las disposiciones contenidas en el A.17 tendrían como misión, únicamente, la protección del cuerpo, quedando fuera todas aquellas conductas consistentes en la producción de daños psíquicos o anímicos sin reflejo corporal. El bien jurídico defendido por estos autores es la integridad corporal de la persona

---

<sup>88</sup> STREE, W. en SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch..., cit., pág. 1834.



humana en un sentido somatológico o fisiológico. Las consecuencias a las que conduce esta interpretación restrictiva del bien jurídico son importantes, sobre todo, en la medida en que revelan una errónea ubicación del § 225. Si los delitos de lesión son delitos contra la incolumidad corporal, el § 225 se sale del marco por ellos establecido, precisamente en la modalidad del tormento por cuanto a través de la misma se daña no la dimensión corporal de la persona, sino su parte anímica.

Como defensores de esta postura cabe destacar dentro de la doctrina alemana a MAURACH y a HIRSCH.

MAURACH<sup>90</sup> señala que los tipos del A.17 se ocupan de acciones contra la incolumidad corporal aunque, junto con ellos, el § 223b (actual § 225), bajo determinados presupuestos, castigue también ataques a la constitución anímica de la víctima. El § 225 constituye, desde una perspectiva fisiológica, lo que Maurach denomina "un cuerpo extraño". Valorándose, en este sentido, como una figura marginal no perteneciente a la sistemática de los delitos de lesión.

El mismo autor considera que la introducción del 223 a II, abrió una brecha en la construcción materialista de la regulación habida hasta el momento. Esta brecha significó,

---

<sup>89</sup> MAURACH, R.: Strafrecht Besonderer..., cit., pág. 124.

<sup>90</sup> Vid. MAURACH, R.: Strafrecht Besonderer..., cit., pág. 95.

entre otras cosas, el comienzo de una nueva etapa dentro de la evolución del bien jurídico de las lesiones en la que se produjo un ensanchamiento del mismo dirigido a fijar un concepto psicosomático de enfermedad. Sin embargo, y pese a la amplia definición aportada desde la O.M.S. que se refiere a "estado de bienestar completo tanto físico, como psíquico o social", la doctrina mayoritaria se muestra reacia a la ampliación del bien jurídico, sobre todo, por razones históricas, esto es, por miedo a incurrir de nuevo en la confusión con las injurias. Se critican los intentos de ensanchamiento del bien jurídico que, por ejemplo, supondría la abstracción de considerar, como tal, a la integridad humana o de entender la corporalidad, como NAGLER o SAUER, en un sentido amplio. Para estos autores, la corporalidad no es sino "manifestación sustancial de la personalidad en su existencia corporal espiritual, que proporciona así mismo la base de la capacidad de producción psíquica del ser humano, esto es, la capacidad de pensamiento". MAURACH, en cambio, adhiriéndose a la tesis mayoritaria, crítica esta interpretación desde un punto de vista práctico o de oportunidad, por entender que la ampliación no tendría mucho sentido al mantenerse, no obstante, la naturaleza especial del § 225 aunque ahora dentro de los delitos de lesión.

El bien jurídico de las lesiones, en definitiva, es para MAURACH la integridad corporal en el sentido corporal fisiológico. Integridad corporal que obliga a exigir, aun en los casos de perjuicio del bienestar subjetivo: *misshandlung* consistente en el menoscabo relevante del bienestar corporal, una base objetivamente reconocible, una afectación material o un reflejo corporal. El § 225 sólo pertenecerá a este contexto cuando los bienes jurídicos se solapen, participando, en los demás casos, de una sistemática extraña a su naturaleza.

Siguiendo la concepción de este autor, el § 225 no sería una simple modificación del tipo básico sino un auténtico delito especial, y ello porque el bien jurídico, necesariamente, se sale del marco de la lesión en cuanto que el objeto de la acción puede ser la integridad corporal pero puede ser también la armonía relativa a la constitución anímica. El bien jurídico estaría representado entonces, por la totalidad del ser humano que, a diferencia de la injuria, no resultaría menospreciada sino dañada por el autor en su función global dado el carácter del hecho.

Según esto, el § 225, respecto del § 223, no es sólo un plus: cuando la *misshandlung* se vea agravada por la brutalidad del carácter de la acción, sino también algo sustancialmente diferente en cuanto que la acción del verbo atormentar se dirige contra el alma de la víctima, no

siendo necesaria la afectación de la persona en sus funciones corporales.

MAURACH, finalmente, hace referencia, como otro argumento más que refuerza su interpretación, al hecho histórico de que ya desde FEUERBACH se reclamase un tratamiento autónomo para los crímenes producidos contra la vida psíquica de la persona<sup>91</sup>.

El segundo de los autores que se erige, sin duda, como arduo defensor del concepto restrictivo del bien jurídico es HIRSCH. Queriendo resumir su posición<sup>92</sup>, habría que partir de la evidencia que para este autor representa el hecho de que el bien jurídico del A.17 viene, únicamente, referido al cuerpo. Y, como quiera que éste no incluye el ámbito anímico, los perjuicios meramente psíquicos sólo podrán dañarlo, en consecuencia, cuando obtengan un reflejo corporal: es el concepto somatológico de enfermedad.

HIRSCH entiende que, en contra de lo que en su momento manifestaron autores como ENGISCH o BELING, el bien jurídico no puede reconducirse a la idea de interés corporal. Pues de la misma manera que los tipos de homicidio no pueden ser recondicionados al interés en la vida, en lugar de a esta misma, esto ha de valer también para los ataques contra el cuerpo. Finalmente, incluir la

---

<sup>91</sup> Vid. MAURACH, R.: *Strafrecht Besonderer...*, cit., pág. 122.

<sup>92</sup> Vid. HIRSCH, H.J.: *Strafgesetzbuch Leipziger...*, cit., págs. 34-35.

autodeterminación, dentro del bien jurídico de los § 223 y ss., conduciría al entendimiento de que el bien jurídico protegido no es el cuerpo, en sí mismo considerado, sino la voluntad de salvaguardarlo, con la consiguiente difuminación de las fronteras que separan a los delitos contra la integridad corporal de los delitos contra la libertad de la persona.

Tampoco le parece acertada la idea, defendida por autores como BELING o BOCKELMAN o, de *lege ferenda*, por el mismo Proyecto Alternativo, de reducir el bien jurídico a la salud, por cuanto con ello, se estaría, por un lado, descuidando lo más cercano que es la lesión directa a la corporalidad, esto es, la pérdida de elementos corporales u otras deficiencias orgánicas como la ceguera y similares, que se encuentran en el centro del catálogo de las lesiones, y, por otro, se estaría, además, retrocediendo en el desarrollo de la doctrina sobre la lesión.

El que el § 225 pueda ser también infringido a través de menoscabos puramente anímicos no dice nada, según HIRSCH, respecto del concepto de lesión ni exige de la ampliación del bien jurídico del § 223, ya que, se trata de una disposición especial que afecta a una relación específica de dependencia de personas necesitadas de cuidado, que están incluidas en el A.17 sólo porque su forma principal de comisión consiste en una lesión. Lo

cual, por otra parte, justifica, sobradamente, el que el Proyecto Alternativo pretendiera sacar del mismo a este delito.

b) Otro sector doctrinal, sin embargo, se decanta por la defensa de un concepto de bien jurídico más amplio, capaz, por un lado, de acoger en su seno a los perjuicios anímicos, y que permite, por otro, justificar la ubicación sistemática del § 225 en el A.17 del Código penal alemán.

ESER se encontraría en este segundo bloque de autores al afirmar que el bien jurídico protegido en las disposiciones contenidas en los § 223 y ss. es el bienestar corporal de la persona pero salvaguardado a través de la protección de la integridad corporal y de la salud. Dicho bienestar podría resultar dañado - a su modo de ver- tanto a través de acciones corporales como a través de perjuicios anímicos, razón por la cual el bien jurídico debería ser entendido, en principio, en sentido fisiológico. No obstante, al tener en cuenta el ámbito susceptible de daño, debe entenderse, también, en sentido anímico ya que entre el cuerpo y el alma existen, normalmente, multitud de influencias recíprocas difíciles de delimitar en el caso concreto. Es por ello que ESER no puede participar del sentir de la doctrina mayoritaria (HIRSCH, ARTZ, WESSELS, etc.) empeñada -según dicho autor- en entender el bien jurídico, al menos verbalmente, en un sentido somático. Su

parecer, en cambio, se acerca incluso a posicionamientos como el de WOLFAST, para quien la psique, como tal, ya resulta protegida en el mismo § 223<sup>93</sup>.

c) Para terminar el apartado dedicado al derecho penal alemán debe hacerse alguna referencia a la clasificación que en torno a la ubicación sistemática del § 225 recoge MEURER en su reciente monografía dedicada, precisamente, a analizar los problemas que plantea dicho tipo penal ("*Probleme des Tatbestandes der Misshandlung Schutzbefohlener*"). Clasificación que puede servir de corolario a todo lo dicho hasta el momento ya que resume el estado de opinión existente actualmente en la doctrina alemana en relación con la problemática del bien jurídico protegido en el A.17, distinguiendo las siguientes teorías<sup>94</sup>:

1- La doctrina mayoritaria considera que el § 225 constituye un tipo cualificado del § 223, pues ni del texto ni de las exposiciones de motivos se deduce que el legislador quisiera crear un delito especial. Además, el § 225 se encuentra en medio de una serie de disposiciones que tienen por objeto agravar el tipo básico, siendo la única finalidad del § 225 prever una conminación penal más severa

---

<sup>93</sup> Vid. ESER, A en SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch...*, cit., pág. 1797.

<sup>94</sup> Vid. MEURER, W.: *Probleme des Tatbestandes der Misshandlung Schutzbefohlener (§ 223 b StGB)*, 1997, Heinsberg, págs. 91 y ss.

para aquellas lesiones que son específicamente merecedoras de mayor pena por la especial necesidad de protección de la víctima y el ánimo reprobable del hecho. La nueva redacción del § 223a y su autonomización como § 223b, por lo tanto, no habría cambiado nada en el contenido material del injusto. A estos argumentos, los partidarios de un concepto somático de lesión suman otro más: el § 225 -dicen- es, en definitiva, un tipo que aumenta la culpabilidad del § 223 y éste contempla no sólo el maltrato físico sino también el psíquico, dando por supuesto la unidad entre el cuerpo y el alma del ser humano<sup>95</sup>.

2- Una segunda opinión manifiesta, igualmente, que el § 225 constituye, esencialmente, una lesión cualificada, una agravación del tipo básico, aunque reconoce también que el § 225 posee un ámbito de aplicación específico en el tormento. No obstante, la escasa o secundaria importancia concedida a este último nos permitiría considerar globalmente al § 225 como un tipo cualificado. El hecho de que el tormento se traduzca, además, en la mayoría de los casos, en un perjuicio del bienestar corporal, sería un argumento esgrimible en beneficio de esta interpretación.

3- Una tercera postura más alejada de las anteriores afirma que el § 225 es un delito especial propio, un tipo

---

<sup>95</sup> Esta postura coincide con la mantenida por ESER, anteriormente ya comentada.



autónomo con un ámbito de aplicación independiente en los perjuicios anímicos que en ningún caso podrá ser considerado de importancia secundaria<sup>96</sup>. No cabría, en consecuencia, concebirlo como un tipo cualificado en su totalidad sino que estaríamos, más bien, ante una especie de figura híbrida formada por un delito especial impropio: una agravación, en la alternativa de la lesión, y un delito especial propio en la modalidad del tormento anímico. No obstante, la conclusión a la que llegan la mayoría de los autores que siguen esta línea interpretativa es que no cabe, sin embargo, mantener una postura diferenciadora por las consecuencias negativas que ello supondría en la participación, siendo preferible su consideración como delito especial propio o autónomo. Asimismo se resta importancia al hecho de su ubicación en el A.17 bajo la afirmación de que tampoco era lógica la creación en 1933 por parte del legislador de una sección específica porque, entre otras razones, la incorporación se hizo en un principio con carácter provisional.

4- La última teoría sería la que mantiene MEURER en su monografía, en virtud de la cual -en palabras textuales del autor- "los argumentos de la opinión dominante no aguantarían un examen crítico. La indicación de que de la

---

<sup>96</sup> Esta posición es la que adoptan autores como HIRSCH cuya tesis ya ha sido también anteriormente analizada.

exposición de motivos ni de los proyectos no cabe deducir la intención del legislador de crear un delito especial propio no es convincente por cuanto que en aquellos momentos, fue, precisamente, cuando se barajó la posibilidad de elaborar un nuevo Código penal de forma que el § 223b debía tener, por ello, solamente un carácter provisional. Por otra parte, el argumento de que el § 225 constituye únicamente un tipo de aumento de la culpabilidad porque el cuerpo y el alma son uno y no se pueden separar, encierra una interpretación que contradice la concepción que de la lesión del § 223, mantiene la doctrina mayoritaria, esto es, una concepción somatológica"<sup>97</sup>.

MEURER crítica, por último, que se tienda a considerar la incorporación de los perjuicios anímicos del 225 como un mero apéndice sin importancia porque - a su modo de ver- el motivo de la nueva redacción del § 223a II no fue otro que el de la ampliación a dichos perjuicios, resultando, por ende, desafortunada la degradación del ámbito propio del § 225 a la categoría de mero apéndice.

Ha de admitirse, en conclusión, afirma MEURER, que el § 225 es un tipo autónomo respecto al maltrato anímico y un tipo cualificado respecto al maltrato corporal. Pero, como quiera que es compartida por este autor la opinión de los que encuentran insatisfactoria la solución diferenciadora

---

<sup>97</sup> Vid. MEURER, W.: *Probleme des...*, cit., pág 93.

por las consecuencias negativas que conlleva en la participación, no queda otro camino que el de la consideración unitaria y la configuración del § 225 como un tipo autónomo<sup>98</sup>.

## II. ITALIA

En el ordenamiento jurídico-penal italiano los malos tratos son elevados, igual que en Alemania, a la categoría de delito, a diferencia de lo que ocurre en el territorio español donde, normalmente, sólo alcanzarán el grado de falta a no ser que se lleven a cabo reiteradamente dentro del ámbito familiar o cuasi familiar en los términos expresados en el art.153 del Código penal. No obstante, ambas regulaciones discurren por caminos bien distintos pues mientras que en el Código penal italiano el maltrato aparece claramente diferenciado de la lesión personal, en Alemania, en cambio, hemos visto ya que el maltrato representa una modalidad de la lesión personal. Esta separación entre el maltrato y la lesión en el ordenamiento

---

<sup>98</sup> La postura de MEURER coincide, pues, con la tercera de las arriba expuestas. Vid. MEURER, W.: Probleme des ..., cit., pág. 94.

italiano es más clara que la que establece el legislador español, en parte, porque en lugar de utilizar el término maltratar acoge el de golpear, menos vago e impreciso. Pero, sobre todo, porque define a la primera -como luego se expondrá detenidamente- por exclusión de la segunda, esto es, será lesión siempre que como consecuencia de la violencia se produzca una enfermedad física o mental y será *percosse* cuando ésta no se produzca. Junto al delito de *percosse* (art. 581) y al delito de *lesione personale* (art. 582), el Código penal italiano prevé dos figuras más dentro de este bloque protector de la persona frente a posibles agresiones físicas o ataques violentos ajenos, si bien, proyectadas hacia el ámbito familiar: el delito de *abuso dei mezzi di correzione e di disciplina* (art. 571) y el delito de *maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli* (art.572)<sup>99</sup>. Esta amplia regulación pone de manifiesto el enorme empeño del legislador italiano por intentar atajar el fenómeno de la violencia privada, aunque lo cierto es que en alguna de sus disposiciones incurrirá -como más adelante veremos- en una gran imprecisión, superando incluso la que cabe apreciar en el delito del art. 153.

---

<sup>99</sup> La lesión personal (art 582) y el delito de golpes (art. 581) vienen reguladas en el capítulo I del título XII, dentro de los delitos contra la vida y la incolumidad individual; el abuso de medios de corrección o de disciplina (art. 571) y el maltrato contra la

## 1 Regulación

### 1.1. Percosse

En el artículo 581 del Código penal italiano se establece lo que sigue:

"**Percosse**- el que golpee a otro si del hecho no deriva una enfermedad en el cuerpo o en la mente será castigado, previa querrela de la persona ofendida, con reclusión de hasta seis meses o multa de hasta seiscientas mil liras.

Esta disposición no es aplicable cuando la ley considera la violencia como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de otro delito."

Como ya se ha apuntado, el concepto o noción del "golpe" se obtiene por exclusión del de lesión. En este sentido se pronuncia MANZINI<sup>100</sup> cuando afirma que el golpe puede producir una lesión pero no tiene porque ser así necesariamente, diferenciándose una de otra no por la materialidad de la acción, ni por el elemento subjetivo sino por un elemento negativo. Pues sólo cuando del golpe no se derive ningún tipo de enfermedad estaremos ante un delito de *percosse*. En los demás casos, por muy leve que

---

familia y los menores (art. 572) se recogen en el capítulo IV del título XI dentro de los delitos contra la asistencia familiar.

sea la consecuencia morbosa o patológica, si esta se genera, la agresión quedará inmediatamente transformada en una lesión personal común. El delito de *percosse*, es por tanto, un delito residual y autónomo.

Lo que no resulta exigible -según el citado autor- es la existencia de un dolor físico o psíquico por parte del golpeado. La ausencia de sensación dolorosa no convierte el hecho en injuria, siendo, por tanto, indiferente a la noción de *percosse* el que la víctima sufra o sienta dolor físico.

MANZINI menciona como ejemplos la bofetada, la patada, el puñetazo, el empujón violento, el agarrón; excluyendo otros comportamientos como el corte de pelo o el ensuciar el cuerpo de otra persona que, aunque pueden ir acompañados de violencia física, no encajan en el concepto atribuido por el uso de la lengua común al sustantivo "golpe". No obstante, estas conductas podrán ser castigadas como injurias o, en su caso, como lesiones, siempre y cuando, sea factible la reconducción a uno u otro delito por cumplir con todos los requisitos exigidos en los respectivos preceptos que los regulan.

---

<sup>100</sup> Vid. MANZINI, V.: *Tratatto di Diritto Penale italiano*, Volume VIII, Torino, 1985, Págs. 183 a 185.

Por lo demás, el delito es perseguible sólo a instancia de parte, mediante querrela y ello aunque ésta se ejercite contra ascendiente, descendiente o cónyuge<sup>101</sup>.

## 1.2. *Lesione personale*

Se regula en el art. 582 que establece:

**"Lesione personale-** El que ocasione a otro una lesión personal de la que derive una enfermedad en el cuerpo o en la mente, será castigado con reclusión de tres meses a tres años.

Si la enfermedad no ha durado mas de veinte días y no ha concurrido ninguna circunstancia agravante de las previstas en los artículos 583 y 585, a excepción de las indicadas en el número 1 y en la última parte del artículo 577, el delito será perseguido mediante querrela de la persona ofendida"

Sostiene MANZINI que el objeto específico de la tutela penal en relación a la lesión personal dolosa es el interés del Estado concerniente a la persona física en cuanto particularmente protege la integridad física o fisiopsíquica de la persona<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Vid. MANZINI, V.: Tratatto..., cit., pág. 193.

<sup>102</sup> MANZINI, V.: Tratatto..., cit, pág 199.

Siguiendo al mismo autor, cabe destacar cómo, a diferencia del proyecto preliminar, el precepto penal no define los medios comisivos pudiendo reconducir a él cualquier causa de daño a la persona que determine una enfermedad física o mental. Se podrá cometer no sólo mediante violencia física sino también por medio de violencia psíquica o amenaza. E igualmente es admisible la omisión mediante la privación de alimentos, la omisión de eliminar infecciones, etc. Sin embargo, no será posible acudir a esta disposición penal cuando el dolor meramente moral no haya producido enfermedad<sup>103</sup>.

En cuanto a lo que debe entenderse por enfermedad, la doctrina permanece dividida. Parece existir unanimidad en la idea de que no es suficiente ocasionar un daño en el cuerpo siendo necesario la causación de una enfermedad<sup>104</sup>. Para justificar su afirmación MANZINI utiliza el argumento que le ofrece la regulación contenida en el Código penal italiano de 1889. Este código no distinguía entre lesión y *percosse*, ni hablaba de enfermedad, sino que se refería a la causación de un daño en el cuerpo o en la salud, con la consecuencia de considerar punible el primero,

---

<sup>103</sup> Vid. MANZINI, V.: Tratatto..., cit., págs. 201 a 203.

<sup>104</sup> Vid. MANZINI, V.: Tratatto..., cit., pág. 207 ; ANTOLISEI, F.: Manuale de Diritto Penale Parte Speciale, I, 13 Ed° integrata e aggiornata a cura di L.Conti, Milano, 1999, pág. 92; GARAVELI, M. en AAVV bajo la dirección de BRICOLA, F. y ZAGREBELSKY, V.: Gurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte especial., Tomo V, Torino, 1996, pág 564.



independientemente del daño a la salud. El Código vigente, por el contrario, para que pueda hablarse de lesión personal exige la causación de enfermedad. No logra, sin embargo, tanta claridad el legislador cuando usa de la expresión "causar una lesión de la que derive una enfermedad". En palabras de ANTOLISEI esta fórmula legislativa no acaba de ser del todo feliz por cuanto puede inducir a error al intérprete, quien puede pensar que es imprescindible la concurrencia de ambos eventos: primero, la causación de la lesión y, después, la producción de la enfermedad; siendo evidente que la única conducta exigible ha de ser la causación de una enfermedad<sup>105</sup>.

Con todo, la polémica se centra, fundamentalmente, en torno a la definición del término enfermedad. MANZINI sostiene que al no ser el Código penal un manual de patología médica, dicho concepto debe ser entendido según el uso común de la lengua y no en un sentido estrictamente biológico. Para la vida práctica del derecho la *malattia* o enfermedad significa "cualquier proceso patológico que requiere cura, resguardo o custodia"<sup>106</sup>, quedando extramuros del art. 582 las lesiones consistentes en alteraciones anatómicas o funcionales que no exijan de cura, resguardo o custodia por escapar de la definición de enfermedad: así,

---

<sup>105</sup> Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di...*, cit., pág. 93.

<sup>106</sup> Vid. MANZINI, V.: *Trattato ...*, cit., pág. 208.

la simple equimosis es en este sentido una *percosse* mientras que las quemaduras o las excoiaciones o tumefacciones necesitadas de cura son lesiones.

ANTOLISEI critica en su manual de parte especial la definición de MANZINI por ser demasiado empírica y sobre todo muy imprecisa<sup>107</sup>. A su modo de ver, como la ley no ofrece una definición, el intérprete debe atenerse a la formulada por la ciencia médica, esto es, la enfermedad consiste en "aquel proceso patológico, agudo o crónico, localizado o difuso, que determina una apreciable disminución funcional del organismo". Añade el mencionado autor que cuando el proceso morboso ataca al organismo físico se produce lo que el código denomina enfermedad en el cuerpo y cuando ataca al organismo psíquico, determinando una turbación de las funciones del intelecto o la voluntad, entonces estamos ante la denominada enfermedad de la mente.

Respecto a esta última, la doctrina<sup>108</sup> advierte de la inconveniencia de identificarla con el ofuscamiento o desorden total o parcial relevante por el hecho de no resultar necesaria una disminución considerable de la capacidad de entender o querer. Bastará con el debilitamiento, excitación, depresión o inercia de la

---

<sup>107</sup> Vid. ANTOLISEI, F.: Manuale di..., cit., pág. 94.

actividad psíquica, permanente o temporal, siempre que requiera de cura, resguardo o custodia y, por supuesto, con el shock nervioso. En cuanto a la pérdida del conocimiento o desmayo, podrá considerarse también enfermedad en la mente aunque en su defecto será posible concebirla como enfermedad del cuerpo.

No deja de extrañar el también enfrentamiento entre la doctrina mayoritaria, por un lado, y la práctica jurisprudencial, por otro, cuando se trata de entrar a valorar el papel que juega en el concepto de enfermedad el elemento cuantitativo, pues así como los autores le conceden una importancia determinante, exigiendo, en todo caso, que la disminución sea "apreciable" y que necesite de "cura", por modesta que esta sea, en la Jurisprudencia, en cambio, ha prevalecido el criterio que la define como "cualquier alteración anatómica o funcional del organismo, aunque sea localizada, de leve entidad y no influya sobre las condiciones generales", considerando lesión incluso la equimosis, la contusión o el simple hematoma<sup>109</sup>.

Por último, cabe destacar que la perseguibilidad de este delito viene determinada por la duración de la enfermedad. El delito es perseguible a instancia de parte

---

<sup>108</sup> Vid. MANZINI, V.: Trattato..., cit., pág. 211; GARAVELI, M. en AAVV: Giurisprudenza sistematica..., pág. 565.

<sup>109</sup> Vid. GARAVELI, M. en AAVV: Giurisprudenza sistematica..., cit., pág. 565.

únicamente cuando esta duración no supera los diez días, y siempre que no concurra ninguna circunstancia agravante. En los demás casos, la persecución procede de oficio.

### **1.3. Abuso de mezzi de correzione o di disciplina**

Este delito viene regulado en el art. 571, cuando dispone lo siguiente:

**"Abuso de mezzi de correzione o di disciplina-** El que abusa de los medios de corrección o disciplina en daño de una persona sometida a su autoridad o confiada a él por razón de educación, instrucción, cura, vigilancia o custodia o para el ejercicio de una profesión o arte, será castigado, si del hecho deriva un peligro de enfermedad en el cuerpo o en la mente, con la reclusión de hasta seis meses.

Si del hecho deriva una lesión personal, se aplicará la pena establecida en los artículos 582 y 583 reducida en un tercio; si deriva la muerte se aplica la reclusión de tres a ocho años."

El derecho de corrección en Italia ha tenido una gran importancia desde tiempos remotos. Ya en el derecho romano dice MANZINI que el padre disfrutaba, con respecto a los demás miembros de la familia, de una potestad análoga a

la que existía entre el Estado y sus súbditos<sup>110</sup>. Hoy, este poder, aunque restringido, subsiste en las dos formas que menciona la ley: poder de corrección y poder disciplinario. El artículo 571, en la medida que castiga el abuso de los medios de corrección o disciplina, no está sino reconociendo la existencia de dichos poderes<sup>111</sup>. El abuso se dará siempre que, con dichos fines, se cause en la persona corregida un peligro de enfermedad, una lesión o la muerte.

El ámbito de aplicación de este precepto es muy amplio. No se da, solamente, en el ámbito familiar o doméstico sino que puede cometerse contra cualquier persona sometida a cualquier autoridad pública o privada que confiera poder disciplinario<sup>112</sup>. Es por ello que la doctrina critica la ubicación del precepto al no constituir, en esencia, un delito contra el deber de asistencia familiar sino, más bien, contra el moderado ejercicio del poder disciplinario<sup>113</sup>.

De este ámbito, sin embargo, escapan -pues así lo ha establecido la *Casazione italiana*- los hijos mayores de edad, de forma que si un padre o una madre golpean a un

---

<sup>110</sup> Vid. MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 897. Si se quiere, más ampliamente vid. MOMMSEN, T. traducido por DORADO, P: El derecho penal romano, año 1898, pág. 18.

<sup>111</sup> En este sentido, ANTOLISEI señala que la tipificación del abuso presupone necesariamente la existencia de un uso lícito. Si no existe un uso lícito no puede hablarse de abuso, de la misma forma que no cabe hablar de abuso de derecho si no existe ese derecho. ANTOLISEI, F.: Manuale di..., cit., pág. 496.

<sup>112</sup> Vid. ANTOLISEI, F.: Maunale di..., cit., pág. 497.

hijo mayor de edad causándole un daño o peligro a la salud, responderán por la vía de las lesiones y no por abuso de medios de corrección o disciplina<sup>114</sup>.

El peligro de enfermedad exige probabilidad y no sólo mera posibilidad del evento dañoso. MANZINI afirma que no cabe derivar la aplicación del art. 571 de un hecho constitutivo de *percosse*. La mera *percosse*, por tanto, no se castiga si se prueba que se ocasionó con un fin de corrección o disciplina. Esta parece ser la intención del legislador según el citado autor<sup>115</sup>.

El delito, a diferencia del art. 572, no exige habitualidad ni reiteración, con lo que bastará un sólo hecho para integrarlo. No obstante, en los casos en que exista reiteración o hechos distintos de exceso disciplinario sobre el mismo sujeto pasivo se apreciará el delito continuado o un concurso de delitos<sup>116</sup>.

#### ***1.4. Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli***

---

<sup>113</sup> Vid. MANZINI, V.: *Trattato di...*, cit., pág. 901.

<sup>114</sup> Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di...*, cit., pág. 499. Vid. también ZAGREBELSKI, V. en AAVV : *Giurisprudenza sistematica...*, cit., pág. 506.

<sup>115</sup> Vid. MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 914. En contra, parece pronunciarse ANTOLISEI, quien hace hincapié en la necesidad de restringir o limitar el poder concedido en este precepto, resquicio de la legislación antigua y medieval. ANTOLISEI, F.: *Manuale di...*, cit., pág. 498.

<sup>116</sup> Vid. MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 915.

Por fin, el art. 572 del Código penal italiano configura una figura muy semejante a la establecida por el art. 153 español en los siguientes términos:

**"Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli-** El que, fuera de los casos indicados en el artículo precedente, maltrate a una persona de la familia, o a un menor de catorce años o a una persona sometida a su autoridad o confiado a él por razón de educación, instrucción, cura, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o arte, será castigado con la pena de reclusión de uno a cinco años.

Si del hecho se deriva una lesión personal grave, se aplicará la reclusión de cuatro a ocho años; si derivase una lesión gravísima, la reclusión de siete a quince años; si derivase la muerte, la reclusión de doce a veinte años."

La disposición contenida en este precepto es muy similar a la contenida en el art.153 del Código penal español. Tiene un ámbito de aplicación mayor<sup>117</sup> pero la esencia de sendos delitos viene a ser la misma: establecer un castigo severo para aquellas conductas agresivas que se produzcan reiteradamente en el seno de la familia o contra personas especialmente indefensas por razón de su edad o por la estrecha relación que les une al agresor. Relación

---

<sup>117</sup> ANTOLISEI hace referencia también a su mayor amplitud pero con respecto al artículo precedente, esto es, el que castiga el abuso de

que, como en Alemania, no se limita a la esfera familiar sino que se extiende también a otros ordenes como el educacional o el laboral.

Según MANZINI, la razón que justifica la intervención penal en estos casos es no dejar impunes excesos odiosos consistentes en una pluralidad de hechos que separadamente no constituyen delito alguno pero cuya reiteración provoca en el sujeto pasivo un daño tal en su incolumidad, en su decoro o autoestima que es digno de protección penal<sup>118</sup>.

La mayor amplitud de su ámbito de aplicación no sólo se deriva de su proyección a otros ordenes como el laboral sino también de su inconcreta referencia a la "familia" en general. En el modelo español, en cambio, se enumeran, uno por uno, los miembros merecedores de una especial salvaguarda.

En cuanto a lo que debe entenderse por el término "familia" la doctrina mantiene posturas encontradas. Mientras que MANZINI postula un concepto estricto de la misma, comprensivo de los cónyuges, consanguíneos, afines, adoptantes y adoptados, afiliante y afiliado; otros muchos autores, secundados por el Tribunal de Casación, lo interpretan latamente incluyendo en el ámbito subjetivo del precepto, por ejemplo, a nietos convivientes o hijos

---

medios de corrección o disciplina. Vid. ANTOLISEI, F.: Manuale di..., cit., pág. 499.



naturales no reconocidos que, en principio, quedarían fuera. ANTOLISEI considera que la segunda interpretación es preferible aunque siempre que se reconozca como requisito imprescindible el de la convivencia. La Jurisprudencia más reciente se inclina, por lo que a ella corresponde, en favor de una noción amplísima definiéndola como "cualquier consorcio de personas entre las cuales, por razones sentimentales o de hábito de vida, existe una relación de asistencia y de solidaridad durante un apreciable período de convivencia".<sup>119</sup>

a norma penal, ahora analizada, no se preocupa tampoco de exigir, expresamente, la reiteración o habitualidad, ni de precisar la necesidad de que los hechos del maltrato consistan en "ejercicio de violencia física". El artículo 572, únicamente, habla de "el que maltrate a ...". Por tanto, sin acotamiento alguno y con una gran vaguedad configurando así una conducta típica en la que cabe cualquier clase de maltrato, ya sea verbal o físico, activo u omisivo. Esta indeterminación del elemento material del delito ha sido muy lamentada en la doctrina italiana y algún autor como RAMAJOLI ha llegado a plantearse su inconstitucionalidad<sup>120</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 926.

<sup>19</sup> Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di...*, cit., pág. 502.

<sup>20</sup> Vid. RAMAJOLI, S: "Incostituzionalità del delitto di maltrattamenti in famiglia?" en *Temì*, 1973, pág 217.

De todo cuanto antecede cabe colegir que se trata de un precepto ciertamente impreciso y contrario a las más elementales exigencias del principio de taxatividad que debe regir la ley penal como presupuesto de la necesaria seguridad jurídica.

Por lo demás, aunque falte la referencia legal expresa, la habitualidad es un requisito que ha fijado la jurisprudencia y que la doctrina no discute<sup>121</sup>. La unanimidad de la doctrina no alcanza, sin embargo, a su consideración como delito habitual. ZAGREBELSKY se ocupa con gran claridad de esta cuestión al manifestar que el delito de *maltrattamenti* no puede constituir, frente a lo que postula un sector importante de la doctrina, un delito permanente, por cuanto, la discontinuidad de la conducta susceptible de intervalos no indiferentes, obliga a concluir que se trata de un delito habitual. La adscripción a una u otra postura determina, además, la admisión o no de la tentativa, pues así como para los partidarios del delito permanente esta resulta imposible, a los que se pronuncian en favor del delito habitual<sup>122</sup>, por el contrario, sí les parece factible aunque reconociendo que existirá, en todo caso, un grave problema de prueba.

---

<sup>121</sup> Vid. MANZINI, V.: Tratatto..., cit., pág. 932; ZAGREBELSKY, V.: Giurisprudenza sistemática..., cit., pág. 517 y ANTOLISEI, F.: Manuale di..., cit., pág. 486.

Por lo que respecta a la entidad que deben revestir los distintos hechos de la conducta, afirma MANZINI que es necesario que produzcan una lesión de la incolumidad, de la libertad o del decoro de la persona en un grado que sea jurídicamente considerable<sup>123</sup> pero, sin que ello comporte que el maltrato haya de consistir necesariamente en una ofensa física o moral particularmente grave o dañosa. Tampoco resulta necesario, a diferencia de lo que ocurre con el delito de abuso de medios de corrección, la demostración de que existe un peligro de enfermedad o daño para la persona pues se entiende que éstos son esenciales o inherentes a la conducta misma<sup>124</sup>.

De la misma forma, no será posible, en principio, incluir en el delito de *maltrattamenti* las acciones violentas que se sucedan en el ámbito familiar o disciplinario con los fines de corrección o disciplina -tal y como señala MANZINI- al venir excluidos por el propio tenor literal del precepto. Esta idea, sin embargo, es objeto de reparos por parte de un sector doctrinal, encabezado, entre otros autores, por ANTOLISEI o ZAGREBELSKY, en base a lo inapropiado que resulta mantener

---

<sup>122</sup> Vid. ZAGREBELSKY, V.: *Giurisprudenza sistemática...*, cit., págs. 517 y 518. En contra, MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 935.

<sup>123</sup> El simple insulto así como otras manifestaciones de mala educación no son constitutivas de maltrato. Vid. MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 931.

<sup>124</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, cit., pág. 934.

como criterio diferenciador de ambos delitos el *animus corrigendi* o finalidad de la acción<sup>125</sup>.

Por último, se presenta como interesante el problema concursal. Cabe señalar que, al igual que en España, los hechos constitutivos del maltrato pueden, a su vez, dar lugar, por sí mismo considerados, al presupuesto material de otros delitos. En opinión de MANZINI, si alguno de estos hechos llegasen a integrar, *per se*, un delito propio, ya sea amenazas, lesiones, golpes, injurias, violencia carnal, secuestro etc., el agente habría de responder por un concurso de delitos con la excepción hecha de los golpes constitutivos de *percosse*, mientras que las amenazas, al ser inherentes a la violencia moral o física propia del delito de *maltrattamenti*, quedarían, por ello, absorbidas. Las lesiones de cualquier entidad y el homicidio voluntariamente cometido también determinarían la aplicación concursal puesto que las agravaciones del artículo 572 se refieren, únicamente, a supuestos en los que estas consecuencias se producen sin dolo del sujeto activo<sup>126</sup>. ANTOLISEI coincide con MANZINI en que el delito de maltrato absorbe a los delitos de injurias, amenazas y *percosse*, pues es lógico pensar que, como éstos, normalmente, acompañan a la conducta, el legislador los

---

<sup>125</sup> Vid. ZAGREBELSKY, V.: Giurisprudenza sistemática..., cit, pág 513; ANTOLISEI, F.: Manuale di..., cit., pág. 504.

tenía ya en cuenta cuando les asignó la correspondiente pena. No ocurre así, según el citado autor, con la lesión personal leve, respecto a la cual no resulta factible hablar de absorción, aunque no venga específicamente contemplada en las agravaciones que establece en el segundo apartado del artículo 572 el legislador<sup>127</sup>.

Como conclusión al apartado dedicado al derecho comparado me gustaría destacar un aspecto que considero fundamental para afrontar mejor el problema relativo al bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Se trata de poner de manifiesto la gran influencia que, en definitiva, ha ejercido en las distintas regulaciones de origen romanogermánico el hecho de que el legislador haya optado por regular los malos tratos y las lesiones conjuntamente o bien haya preferido otorgarles un tratamiento diferenciado. En los países en los que dicha pretensión ha sido el tratamiento conjunto, el resultado, además de la inclusión de los primeros en los segundos, esto es, los malos tratos dentro de las lesiones como en Alemania, no ha sido otro sino el de tender a resaltar lo corporal como objeto específico de la tutela penal en las lesiones. En cambio, en los países en donde se ha querido diferenciar y separar ambas figuras, como es el caso de

---

<sup>126</sup> Vid. MANZINI, V.: Trattato..., cit., pág. 935.

<sup>127</sup> Vid. ANTOLISEI, V.: Manuale di..., cit., pág. 504.

Italia o España, lo que ha ocurrido es que el bien jurídico protegido en las lesiones se ha desplazado hacia la salud, quedándose lo corporal reservado a la esfera de protección de los malos tratos. Sin perjuicio, claro está, de que esta corporalidad también se tenga en cuenta y se proteja en las lesiones como base material necesaria sobre la que se asienta la salud física del ser humano. Pero siempre incidiendo más en la protección de la salud que en el elemento de la corporalidad, tutelado con especificidad en la figura de los malos tratos.

Por otro lado, es importante destacar la diferente opción del legislador alemán respecto a las opciones acogidas por el legislador español y el italiano, pues mientras que estos dos han decidido ofrecer un tratamiento específico a la violencia conyugal a través de un delito más general que sanciona todos los maltratos reiterados que se producen en el ámbito familiar sobre las personas más débiles del mismo, el Código penal alemán no incluye a la relación conyugal dentro de las que se protegen en el parágrafo 225. Dos son las razones que entiendo pueden justificar esta decisión: una primera sería la diferencia cultural en cuanto a forma de vida y forma de ser que asiste al pueblo alemán si lo comparamos con la idiosincrasia tanto del pueblo español como del italiano, muchos más afines en todos los sentidos; la segunda, ya más

jurídica tiene que ver con la opción por parte del ordenamiento jurídico alemán de entender más eficaz para resolver el problema de la violencia doméstica la vía civil<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Vid., en este sentido, el Plan de Acción del Gobierno Federal para la lucha contra la violencia sobre las mujeres del 24/02/2000, en donde con relación a las medidas legislativas penales se puede leer la indicación de que en dichos casos se deben aplicar los delitos de lesiones, coacciones o delitos contra la libertad sexual procedentes, si bien, se afirma que el Gobierno tendrá en cuenta o analizará la eficacia que el castigo específico de estas conductas está teniendo en otros ordenamientos vecinos. Más adelante es cuando se considera la vía civil como núcleo sobre el que debe especialmente trabajarse para avanzar en esta lucha contra la violencia conyugal sobre las mujeres, vid. Plan de Acción del Gobierno Federal para la lucha contra la violencia sobre las mujeres, BT-Drucksache 14/2812, págs. 6 y 7 (Boletín del Congreso alemán, se cita por número de legislatura y número de registro)





**Capítulo III**  
**Bien jurídico protegido**



### *CAPÍTULO III*

#### *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO*

##### *I. INTRODUCCIÓN*

Muchos son los problemas que plantea la búsqueda y determinación del bien jurídico protegido en el art.153 del Código penal. El más importante de ellos deriva de la estrecha relación que éste mantiene con las distintas figuras que protegen la integridad del ser humano. Las lesiones, los malos tratos, las injurias, las amenazas, las coacciones, las torturas son figuras, todas ellas, que pretenden la específica protección de las dos dimensiones o vertientes que configuran, esencialmente, la personalidad global del ser humano: su dimensión física, por un lado, y su dimensión psíquica, por otro lado, dentro de la cual cabría, a su vez, diferenciar una dimensión mental frente a una dimensión moral: el intelecto frente al autoconcepto. Podría decirse que la dimensión física es la que resulta protegida, especialmente, en los delitos y faltas de

lesiones así como en la falta de malos tratos físicos. La dimensión psíquicomental se encontraría salvaguardada, entonces, además de por las lesiones, por los delitos y faltas de amenazas, coacciones, injurias y malos tratos verbales. Por último, la vertiente psíquicomoral aparecería protegida, específicamente, en el capítulo de las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Si la delimitación del bien jurídico de cada una de estas figuras se presenta como una tarea arduamente compleja ello es debido a que tales dimensiones aparecen en la realidad íntimamente unidas formando un todo inseparable que es la persona humana.

La dificultad práctica de delimitación de las distintas realidades física, mental y moral de la persona es el origen o la causa principal de muchos de los problemas, conceptuales y normativos, que rodean al delito de violencia doméstica. El solapamiento real que se produce, sobre todo, cuando se trata de un daño mental conduce a una confusión conceptual que afecta, fundamentalmente, a los malos tratos y a las lesiones: .si son o no una misma cosa, si protegen o no el mismo bien jurídico, y ambos se traducen, a su vez, en un solapamiento normativo: su ubicación en el título de las lesiones o su configuración como una figura agravada de los malos tratos son cuestiones no resueltas.

La determinación del bien jurídico del delito de violencia doméstica nos permitirá concluir si nos encontramos ante una figura de lesiones, ante una figura agravada de malos tratos o ante una figura autónoma, independiente de una y otra. Por eso, el primer punto que se debe analizar es el tipo de relación que guardan entre sí dichas figuras, esto es, si existe entre los malos tratos y las lesiones una relación de identidad o si, por el contrario, son sólo figuras cercanas que resulta preciso deslindar. Concretamente, se ha de empezar por averiguar cuál es el bien jurídico protegido en las lesiones, para pasar a examinar, en segundo término, y en el supuesto de que admitamos su diferencia conceptual, cuál es el objeto de protección de los malos tratos. Finalmente, delimitados estos y en función de cual sea la parcela concreta de la realidad psicofisicomoral del ser humano que entendamos se está protegiendo en el delito del art. 153, nos hallaremos ya en disposición de concluir acerca de la naturaleza y ubicación sistemática del delito en dicho precepto contenido<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> El panorama todavía se complica mas por la gran imprecisión terminológica que suele acompañar a los autores cuando se refieren a este tema, muy probablemente, condicionados por su carencia de conocimientos médicos o biológicos.

## II. POLÉMICA DOCTRINAL

### **1. El bien jurídico protegido con las figuras de lesión**

La determinación del bien jurídico de un delito tan acuñado en nuestra legislación penal como lo es el de las lesiones, lejos de constituir un tema ya resuelto, se presenta en el panorama doctrinal actual como una cuestión todavía harto controvertida. "A la vida que es el supremo valor individual le sigue en importancia en el orden de lo físico la integridad o salud"<sup>130</sup>. Pero así como el homicidio ha estado siempre bien definido, la lesión, en cambio, se ha caracterizado en nuestro ordenamiento por carecer de un concepto medicolegal específico. Ausente, también, de una concepción general del bien jurídico que debe protegerse con su tipificación, no es de extrañar que tampoco exista, al respecto, un criterio jurisprudencial uniforme y consolidado<sup>131</sup>. En la disparidad doctrinal y jurisprudencial que siempre ha existido en torno al bien jurídico de las lesiones pueden destacarse tres momentos: un primer momento en el que se defendió la integridad física como único bien jurídico protegido con las figuras de lesión, un segundo momento en el que el bien jurídico se extiende a la salud,

---

<sup>130</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la parte especial..., cit., pág. 692.

y un tercer momento en el que, siendo muchas las formulaciones que se proponen, es la salud personal de la víctima la que se va perfilando como bien jurídico protegido de esta infracción.

### **1.1. La integridad física o corporal**

Constituye el bien jurídico protegido de modo unánime por la doctrina española en un primer momento. Esta postura es la que se impone durante todo el siglo XIX<sup>131</sup> y sigue ejerciendo una influencia considerable en numerosos autores y tribunales del XX, para terminar siendo superada, aproximadamente, a mediados de siglo, por aquella que empieza a extender el objeto de protección a la salud.

Sus defensores, básicamente, identifican el bien jurídico de las lesiones con la integridad física de la persona, entendida ésta como integridad corporal o anatómica. La sentencia del Tribunal Supremo más citada por la doctrina en cuanto reflejo jurisprudencial de esta postura es la de 20 de Diciembre de 1921. En ella, la

---

<sup>131</sup> Vid. CARDONA LLORENS, A.: Estudio médico-penal del delito de lesiones, Madrid, 1988, Edersa, pág. 17.

<sup>132</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE cita a pie de página a PACHECO y a VIZMANOS Y ÁLVAREZ para poner de manifiesto que el epígrafe en el que estaban comprendidos los delitos de lesiones en el Código penal de 1848: "de las lesiones corporales" favoreció, sin duda, esta posición mayoritaria de los autores de la época. Vid. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones, Universidad de Salamanca, 1982, pág. 15.

lesión aparece definida como "todo daño o detrimento corporal causado violentamente y constitutivo, según sus distintas gradaciones de herida, contusión, equimosis o erosión..." <sup>133</sup>.

Entre las numerosas críticas esgrimidas en contra de esta definición quizá merezca ser recordada la profesada por GROIZARD en los siguientes términos: "la ley penal es deficiente si sólo contra depravadas agresiones defiende el cuerpo y no el espíritu, olvidando que el hombre es a la vez cuerpo y espíritu. Como se hiere a un miembro se puede herir la mente" <sup>134</sup>.

Posteriormente, autores como BERDUGO O CARDONA LLORENS no dudaron en tildar la definición de mecanicista y decimonónica. En opinión de BERDUGO porque tal concepto, acorde con la interpretación reductora de las vías de comisión a las mencionadas históricamente en la definición legal: "el que hiriere, golpear o maltratare..."; restringía la posible realización de la infracción, exclusivamente, a los medios violentos<sup>135</sup>. CARDONA LLORENS, para reforzar su crítica, llevó a cabo un estudio jurisprudencial exhaustivo en el que, además de enumerar algunas de las sentencias del Tribunal Supremo que seguían

---

<sup>133</sup> La citan, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de ..., cit., pág. 15 y CARDONA LLORENS, A.: Estudio médico-legal..., cit., pág. 26

<sup>134</sup> GROIZARD/GÓMEZ DE LA SERNA: El Código penal..., cit., pág. 519.



manejando esta definición, incluso en la década de los setenta u ochenta, recogía, también, un extenso listado de aquellas en las que, sin llegar a incorporar la definición, continuaban siendo fieles al entendimiento de la lesión como mal exclusivamente físico o corporal<sup>136</sup>.

Asimismo, CONDE PUMPIDO arremete contra la vieja rúbrica del Código penal de 1932: "delitos contra la vida e integridad corporal", por entender que lo tutelado en el delito de lesiones no puede ser sólo la integridad corporal o conservación del todo anatómico de la persona entera sino que tiene que ser algo mucho más complejo cual es la alteración del equilibrio psicofísico de la persona<sup>137</sup>.

Por último, DIEZ RIPOLLÉS califica la postura de reduccionista en exceso por considerar que al venir configurado el bien jurídico protegido como "estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómicofuncional, susceptible, por tanto, de vulneración a través de toda pérdida, inutilización, menoscabo o desfiguración de cualesquiera órganos, miembros o partes del cuerpo", no se está, en consecuencia, atendiendo suficientemente al

---

<sup>135</sup> Vid. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit., pág. 15.

<sup>136</sup> Vid. CARDONA LLORENS, A.: Estudio médico-legal..., cit., pág. 27.

<sup>137</sup> Por ello, junto a los menoscabos de la integridad anatómica, como mutilaciones, entiende el autor que cabe también afectación de la integridad fisiológica, como incapacidades, la alteración del equilibrio psico-físico o equilibrio funcional del organismo, como enfermedad enfermedad y hasta la causación de daños psíquicos o mentales, esto es, enfermedad mental, imbecilidad, etc. Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Las relaciones personales...", cit., pág. 891.

componente dinámico y, aun social, del objeto de protección, al tiempo que se está también desconociendo la vertiente psíquica del mismo<sup>138</sup>.

Este bien jurídico ha sido el mayoritariamente defendido en Alemania por la estricta separación que allí se mantiene entre el cuerpo y la psique, tal y como se apuntó en el apartado correspondiente al derecho comparado.

## **1.2. La integridad corporal y la salud**

Ésta es la fórmula que viene a representar un segundo momento en la historia del bien jurídico de las lesiones. Bajo la misma encuentran protección todos los supuestos de enfermedad, física o psíquica, así como todos los supuestos de trastornos psíquicos en la medida en que es posible reconducirlos al concepto de enfermedad. En palabras de DIEZ RIPOLLÉS "la adición a la salud se muestra desde un principio como la vía a través de la cual se pueden incorporar explícitamente al ámbito de protección las alteraciones morbosas que no supongan una afección a la integridad anatómicofuncional, sin olvidar entre ellas a las de naturaleza psíquica"<sup>139</sup>. De igual forma, BERDUGO afirma que con la nueva formulación e interpretación del

---

<sup>138</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Los delitos de lesiones, Valencia, 1997, pág 19.

<sup>139</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Los delitos ..., cit., pág. 21.

bien jurídico se dio paso a la tutela del individuo frente a la enfermedad y frente al detrimento de su salud psíquica: la integridad corporal se refiere a la sustancia corporal o aspecto físico que puede ser atacada mediante su disminución y la salud, se refiere a la ausencia de enfermedad, ya sea física o psíquica<sup>140</sup>.

Para superar las desventajas de la inicial y estrecha formulación del bien jurídico, muchos autores<sup>141</sup> se adhirieron a esta nueva interpretación que pronto, sin embargo, fue, también, objeto de reparo doctrinal en un doble sentido. Por una parte, la configuración de un doble bien jurídico o dos bienes jurídicos diferenciados planteaba serios problemas, sobre todo, en el aspecto concursal pues se imponía, técnicamente, la solución absurda de castigar como concurso de delitos aquellos supuestos en los que se lesionaban ambos bienes jurídicos<sup>142</sup>. TAMARIT SUMALLA<sup>143</sup>, por ejemplo, siguiendo el planteamiento de BERDUGO, rechaza la postura dualista apoyado en este mismo y en otro sólido argumento. Así, junto a lo absurdo de castigar por concurso comportamientos

---

<sup>140</sup> Vid. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit., pág. 16.

<sup>141</sup> Vid., entre otros, BAJO FERNANDEZ, M.: Manual de Derecho penal, Parte especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1986, pág. 172.; RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho penal español. Parte especial, 9ª Ed., Madrid, 1983, pág. 122.; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, Sevilla, 6ª ed., 1985, pág. 78.

<sup>142</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Los delitos..., cit., pág. 22.; Vid. BERDUGO, I.: EL delito de..., cit., pág. 20 ; Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma del delito de lesiones, Barcelona, 1990, pág. 17.

típicos de los que deriven un ataque a ambos bienes jurídicos: piénsese en aquella agresión que, además de producir una afección de la integridad corporal mediante herida, origina una enfermedad, el autor repara en el hecho de que el legislador no haya recurrido a la técnica del delito complejo, utilizada, precisamente, en los supuestos de doble bien jurídico, al ser suficiente para alcanzar la consumación del delito la lesión de cualquiera de los dos bienes jurídicos.

También se cuestionaba el concepto de salud por entender que se manejaba al respecto un concepto negativo y demasiado estricto de salud, equiparable a mera ausencia de enfermedad e incapaz de admitir una satisfactoria inclusión de los supuestos de deformidad, ineptitud laboral e incapacidad mental<sup>144</sup>.

En el plano jurisprudencial la sentencia que marca el cambio de orientación es la de 1 de Marzo de 1971, en virtud de la cual, el Tribunal Supremo acoge este bien jurídico amplio definiendo la lesión como "daño en el cuerpo, en la salud o en la mente"<sup>145</sup>,

---

<sup>143</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma del ..., cit., pág. 17.

<sup>144</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Los delitos..., cit., pág. 21.

<sup>145</sup> Vid. estudio jurisprudencial de CARDONA LLORENS en: CARDONA LLORENS, A.: Estudio médico..., cit., pág. 28. También: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE: El delito de..., cit., pág. 16.

### 1.3. Formulaciones doctrinales más recientes

Las dos formulaciones anteriores han sido abandonadas ya por la doctrina. No cabe, por ello, encontrar autor alguno que la defienda, al menos, en sus mismos términos, esto es, referida a dos entidades valorativas o a dos bienes jurídicos distintos. No obstante, son tantas las posturas que se barajan al respecto que resulta complejo afirmar cuál ha sido, efectivamente, el criterio que ha terminado imponiéndose dentro del que podemos calificar como tercer momento de la discusión<sup>146</sup>.

En un intento de ordenar tal heterogéneo panorama, las opiniones doctrinales pueden clasificarse en dos grandes grupos: un primer grupo integrado por los autores que pretenden la simplificación o concreción del bien jurídico en conceptos que siendo diversos terminológicamente vienen a designar una misma realidad denominada por algunos "salud", por otros "integridad" y por otros "integridad y salud" :BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZÁLEZ RUS, BERNARDO DEL ROSAL, etc.; un segundo grupo de autores que, bajo términos como el de incolumidad o bienestar personal, pretende la unificación conceptual y sistemática de los malos tratos y

---

<sup>146</sup> Con todo, parece que el que goza de mayor aceptación es el que sitúa el objeto de protección en el valor "salud".

las lesiones a partir de una considerable ampliación del bien jurídico: QUINTANO RIPOLLÉS, CARDONA LLORENS, DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN , TAMARIT SUMALLA, CONDE PUMPIDO, HARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, BERISTAÍN, GÓMEZ COBOS DE LINARES, SERRANO GOMEZ, GUALLART DE VIALA, etc.).

### **1.3.1. Bien jurídico concreto**

#### **A) La salud**

La jurisprudencia recoge por vez primera este criterio en la sentencia de 6 de Marzo de 1980 en la que afirma que *"el bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad corporal es la salud entendida en su doble acepción de física y psíquica"*<sup>147</sup>.

Desde un punto de vista doctrinal, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE<sup>148</sup> encabeza la larga lista de autores que han defendido este bien jurídico. Para BERDUGO el único bien jurídico protegido en las lesiones es la "salud personal". La integridad corporal no es, según su planteamiento, un valor independiente de la salud sino una dimensión o aspecto de una idea de salud más amplia, concepto además que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad

---

<sup>147</sup> Vid. estudio jurisprudencial en CARDONA LLORENS, A.: Estudio médico..., cit., pág. 30

<sup>148</sup> Vid. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit., pág. 21 y ss.

sino al estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, y constituyendo tal estado la vía o condición previa que posibilita la participación del individuo en el sistema social. Esto significa que para BERDUGO el mantenimiento de la totalidad de la sustancia corporal y la ausencia de enfermedad no son sino aspectos del más amplio bien jurídico salud personal, facetas de un bien jurídico único. Por ello, la concreta disminución de la integridad corporal no basta por sí sola para afirmar la existencia de una lesión del bien jurídico pues sólo será relevante cuando además menoscabe la salud, esto es, cuando la incidencia de dicha disminución en el cuerpo sea tal que llegue a alterar su normal funcionamiento<sup>149</sup>.

CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC<sup>150</sup> continúan la labor iniciada por BERDUGO, al proponer como bien jurídico protegido "la salud de las personas tanto física como

---

<sup>149</sup> Para el autor no son típicas las lesiones consentidas porque la salud personal comprende no sólo el soporte material de la propia salud sino también la capacidad de disponer de la misma. Tampoco son típicas aquellas acciones cuyo resultado determine una ampliación de las posibilidades de participación de un sujeto en el sistema social aunque incidan negativamente sobre su integridad corporal (una amputación de miembros, por ejemplo). Esta última afirmación no es defendible, en su opinión, por aquellos que propugnan como bien jurídico la integridad corporal de la persona sin ninguna referencia a su salud, a no ser que acepten la teoría de los elementos negativos del tipo. Vid. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: El delito..., cit., págs. 23 y 28.

<sup>150</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios al Código penal de 1995, Valencia, 1996, págs. 789 y ss.

psíquica". Insisten en la idea de que la integridad corporal es un bien instrumental que forma parte de la salud pero que en determinados supuestos puede ser contraria a ella: piénsese en la extirpación de las amígdalas o de un tumor cancerígeno. La fórmula alternativa, que comprende tanto la salud como la integridad corporal, según los mencionados autores, no resulta afortunada porque la integridad no constituye por sí sola y, al margen de la salud, un bien jurídico digno de protección a través del delito de lesiones. Tan sólo pueden ser considerados típicos los menoscabos de la integridad corporal que redunden en perjuicio de la salud, nunca los que de alguna forma la beneficien. Opinan, finalmente, que la dicción literal del precepto debería haber sido modificada por alguna de las reformas operadas en dicho ámbito, que sin embargo, han seguido manteniendo la integridad corporal como aparente bien jurídico protegido.

En la misma línea, GONZÁLEZ RUS sostiene que el concepto de salud, concebido como ausencia de enfermedad o alteración corporal, es el que resulta más apropiado para designar el bien jurídico protegido en las lesiones, por comprender cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia corporal (integridad), ya por inutilización funcional de cualquier órgano o miembro (inutilidad), ya por enfermedad física o



psíquica. La integridad en si misma, desconectada del concepto general de salud, no puede ser el bien jurídico protegido en la medida en que existen perdidas provocadas de sustancia corporal que persiguen mejorar la salud del sujeto<sup>151</sup>.

RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>152</sup> afirma que la referencia dual contenida en el art. 147, en el sentido de que el comportamiento típico puede afectar a la integridad corporal o a la salud física o mental, responde a una licencia estilística del legislador y no debe, por tanto, desvirtuar el entendimiento de que el interés tutelado es la salud de las personas, entendida como ausencia de enfermedad o alteración corporal.

Por último, BERNARDO DEL ROSAL descarta como criterio válido para explicar el bien jurídico de los delitos de lesiones el de la tesis de la integridad corporal y la salud como diferentes entidades valorativas, criticándola desde distintos puntos de vista. Así, desde un punto de vista médico porque tal tesis obedece a un concepto excesivamente individualista de enfermedad que desatiende la idea de que ésta es un problema social; desde un punto de vista biológico, porque prescinde del carácter de

---

<sup>151</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J.: Curso de derecho penal español. Parte especial, Madrid, 1996, pág. 140.

<sup>152</sup> Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios al Código penal, Madrid, 1997, pág. 429.

totalidad que tiene lo psíquico y lo orgánico; y desde el punto de vista jurídico-penal, porque desconoce los problemas técnicos como la necesidad de recurrir a la técnica del delito complejo y de acudir al concurso de delitos cuando se lesionen ambas, que tal dualidad plantea.

### **B) La integridad biológica**

Según este criterio, mantenido en España por CARDONA LLORENS<sup>153</sup>, el Derecho penal con la figura de las lesiones trata de proteger la integridad de la persona, integridad que en ningún caso puede entenderse como "integridad física", como "integridad corporal y salud", como "bienestar personal", o como tan siquiera "salud", sino que debe ser entendida como "integridad biológica". El autor analiza hasta qué punto han influido los criterios médicos en el cambio de mentalidad de los juristas y en sus planteamientos doctrinales acerca del bien jurídico<sup>154</sup>, para

---

<sup>153</sup> Vid. CARDONA LLORENS, A.: Estudio médico..., cit., págs. 31-37.

<sup>154</sup> Durante el siglo XIX la concepción anatomoclínica de la enfermedad condujo a una configuración de un concepto anatómico o somático de lesión, así como a la fijación de la integridad corporal como bien jurídico protegido. Ya en el siglo XX, una de las grandes novedades de nuestra ciencia médica fue la superación de ese somaticismo y la nueva interpretación de la enfermedad bajo parámetros somatopsíquicos, que se corresponde con la aparición de corrientes que identifican el bien jurídico con la integridad y la salud, entendida ésta como ausencia de enfermedad física o psíquica. Finalmente, otro logro fundamental de la medicina actual, como ha sido superar la concepción individualista de enfermedad para pasar a entenderla como un problema radicalmente social que no puede concebirse científicamente al margen de consideraciones o factores económicos, políticos, culturales y sociales, ha venido de la mano de las nuevas corrientes doctrinales

llegar a la conclusión de que todos ellos parten de una noción de salud utópica que impide definir con acierto el concepto de lesión perseguido por el legislador. La definición ofrecida por la Organización Mundial de la Salud, en virtud de la cual, la salud se identifica con el "estado de completo bienestar físico, mental y social", resulta demasiado amplia para el delito de lesiones por cuanto incluye un componente subjetivo altamente perturbador al referirse al bienestar mental y social. Este elemento -según el mencionado autor- resulta tan fácilmente vulnerable y tan difícilmente objetivable por el perito médico que seguro excede a la finalidad perseguida por el legislador mediante la tipificación del delito. Por ello, porque no le sirve un concepto de salud tan amplio, es por lo que propone su sustitución por el de integridad biológica. El concepto de lesión quedaría entonces como sigue: *"el menoscabo de cualquiera de los sistemas biológicos del ser humano, o lo que es lo mismo, la alteración del sistema estructural o funcional de la vida humana, es decir, de la estructura de los tejidos y órganos del cuerpo y de las funciones que sustentan la vida, la*

---

que concretan el bien jurídico de las lesiones en la salud o el bienestar personal. En este sentido puede entenderse la crítica que hace el autor al concepto de salud por el hecho de que en la medicina actual "la salud" no designa un estado estático y absoluto sino un fenómeno psicobiológico y social dinámico, relativo y muy variable en la especie humana. Vid. CARDONA LLORENS, A.: Estudio médico..., cit., pág. 33.

*reproducción y la relación*". Con la anterior definición se conseguiría según el autor obviar el problema planteado por el componente subjetivo además de salvar una posible y no recomendable dicotomía de conceptos entre la Medicina y el Derecho.

### **C) La integridad y salud personales**

DIEZ RIPOLLÉS<sup>155</sup> defiende esta formulación del bien jurídico porque considera que algunos supuestos como la incapacidad mental son difíciles de incluir en el concepto de enfermedad psíquica o mental, siéndoles más cercano un concepto amplio de integridad. Por otro lado, los partidarios del bien jurídico integridad personal necesitan, según el citado autor, recurrir a una excesiva ampliación del sustantivo para poder abarcar los supuestos de enfermedad. De ahí su propuesta de mantener junto al bien jurídico salud la referencia a la integridad corporal configurando un bien jurídico "salud e integridad personales"<sup>156</sup>, en el que el adjetivo se entiende que alude a la doble vertiente física y mental del ser humano. La dicción literal del art. 147 del código penal no impide,

---

<sup>155</sup> Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L.: Los delitos de..., cit., págs. 22 y 23.

<sup>156</sup> El citado autor se refiere al bien jurídico "integridad y salud personales" y en ningún caso vuelve a mencionar la integridad corporal. Personalmente entiendo que ello lo hace para deslindar esta postura de la que en un primer momento defendió como bien jurídico tales entidades valorativas pero no como un bien jurídico único sino como dos bienes jurídicos distintos.

según su parecer, tal configuración porque con las expresiones "integridad corporal y salud física y mental", en él contenidas, no se pretende una definición precisa del bien jurídico sino coadyuvar a una correcta delimitación del resultado material exigido por el tipo básico de lesiones.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO se decanta también por este bien jurídico después de elogiar el acierto de quienes en principio se inclinaron por el bien jurídico salud frente a los que lo definían como salud e integridad corporal por estar el segundo de los conceptos subordinado al primero. No obstante, señala dicho autor que lo importante de destacar los dos desde el momento en que la mención de la integridad ayuda a comprender mejor ciertas modalidades lesivas como la esterilización no traumática, la deformidad relevante por el papel social de quien la sufre más que por su trascendencia en sí, y a entender el concepto de salud no exclusiva o estrictamente ligado a la idea de ausencia de enfermedad"<sup>157</sup>.

La circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado opta por esta denominación con base en la redacción de los preceptos reguladores del delito de lesiones y en que las referencias de la misma a las mutilaciones o a la pérdida

de miembros, claramente, revelan que la integridad física es uno de los componentes del bien jurídico tutelado.

Por último, merece ser destacada la posición de algunos autores<sup>158</sup> que, aunque se refieren al bien jurídico en sus dos dimensiones, al sustituir la partícula copulativa "y" por la adversativa "o" dan lugar, si se sigue una interpretación literal, a un confuso bien jurídico alternativo cifrado en "la integridad o salud física y mental"<sup>159</sup> .

---

<sup>157</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "La reforma del consentimiento en las lesiones" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo V, Vol.II, Madrð, 1985, pág. 944.

<sup>158</sup> Entre otros, vid. SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal. Parte especial, Madrid, 1997, pág 93.; GUALLART DE VIALA, A.: La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud, Madrid, 1992, págs 35 y 137.

<sup>159</sup> Esta fórmula, que parece extraída de la redacción del tipo básico del delito de lesiones, genera, si atendemos a su literalidad, muchos problemas, porque, salvo que se haya debido a un mero error de imprenta, o se entiende que la salud y la integridad son la misma cosa o, sino, parece que se está reconociendo que no se sabe exactamente cuál de las dos dimensiones configura el bien jurídico. Estimo que estos autores lo que pretenden es una identificación de los términos salud e integridad y descarto la otra opción que tanto peligro representa para la seguridad jurídica. GUALLART DE VIALA parece pretender ser fiel al Código penal que se refiere expresamente a "integridad corporal o salud física o mental" pero no acaba de pronunciarse, claramente, por una fórmula concreta. Sea como fuere, al dejar sentado que debe incluir la doble mención, resulta igualmente justificada su inclusión en este apartado. También, una cierta confusión denota la postura de COBOS GOMEZ DE LINARES cuando, para designar el bien jurídico, prefiere los términos "indemnidad o salud", al de integridad física o psíquica, por entender que éstos hacen referencia a no sufrir daño, frente al de integridad, que es más objetivo. Personalmente entiendo que dicho autor está realizando una identificación que en lugar de precisar, misión del bien jurídico, le lleva a crear una fórmula vaga e imprecisa incapaz de cumplir con el cometido atribuido a la categoría dogmática del bien jurídico. Vid. COBOS GOMEZ DE LINARES, M.A.: Manual de derecho penal, parte especial, Madrid, 1990, pág. 164.

### 1.3.2. Bien jurídico amplio

#### A) Incolumidad personal

El primer defensor de este bien jurídico fue BERISTAÍN IPIÑA<sup>160</sup>, al manifestarse partidario de un concepto amplio de lesión, equivalente a delitos contra la incolumidad corporal de las personas, que incluye tanto las lesiones como los malos tratos, aunque concediendo a estos últimos cierta autonomía y distinguiéndolos de la mera *vis física*, constitutiva de un ataque contra la libertad. BERISTAÍN IPIÑA estima que el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones está constituido por las tres dimensiones susceptibles de ser afectadas según ese concepto amplio de lesión: "la incolumidad, la salud y la integridad corporal de las personas"<sup>161</sup>.

Más desarrollada aparece la tesis de TAMARIT SUMALLA. Este autor, en principio, no descarta la fórmula globalizadora de BERISTAÍN IPIÑA para otros ordenamientos

---

<sup>160</sup> Vid. BERISTAÍN IPIÑA, A.: "Observaciones acerca de las lesiones en el derecho español y comparado" en Revista General de legislación y jurisprudencia, Febrero-Marzo de 1971, págs. 14-16.

<sup>161</sup> El concepto de lesión que mantiene BERISTAÍN comprende "toda acción u omisión que produzca una perturbación de la incolumidad o del bienestar corporal sin menoscabo de la salud (malos tratos o violencias) o que produzca una perturbación de la salud (enfermedades físicas o psíquicas) o que produzca una disminución de la integridad

como el alemán pero entiende que no encaja en la sistemática de nuestro código penal<sup>162</sup>, por lo que decide construir su bien jurídico "incolumidad personal" a partir de la definición de RODRÍGUEZ MOURULLO, en virtud de la cual, "el derecho constitucional a la incolumidad personal (o derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE) comprende, a su vez, los siguientes derechos: derecho a la integridad física, es decir, el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal; derecho a la salud física y mental, esto es, el derecho de la persona a no ser sometida a enfermedades que eliminen su salud); derecho al bienestar corporal y psíquico, que es lo mismo que el derecho de la persona a que no se le hagan padecer sensaciones de dolor o sufrimiento, y, finalmente, derecho a la propia apariencia personal, esto es, derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa"<sup>163</sup>.

TAMARIT SUMALLA reduce dicha pluralidad de derechos a dos dimensiones: la salud física o psíquica (o integridad física del art. 15 de la CE) y el derecho a no ser sometido a tratos que produzcan dolor físico o psíquico o puedan calificarse como degradantes o inhumanos. Si bien,

---

corporal (pérdidas de sustancia corporal)". Vid. BERISTAÍN IPIÑA, A.: Observaciones acerca..., cit., pág. 16.

<sup>162</sup> Vid. TAMARIT i SUMALLA, J.M.: La reforma del delito de lesiones, Barcelona, 1990, pág. 19.

<sup>163</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en Comentarios al Código penal, Madrid, 1983, pág. 82.



configurando como objeto propio de tutela no alguna de estas dos dimensiones en particular sino, el concepto general de **incolumidad personal**, vinculado directamente al núcleo de la personalidad individual, y fundamentado en la dignidad humana y en los principios de tutela del art. 10.1 de la Constitución<sup>164</sup>. TAMARIT SUMALLA entiende que dicho concepto goza de mayor virtualidad que el de "la salud" para delimitar el objeto jurídico de tutela debido a que define mejor el ámbito de protección y a que expresa con mayor precisión la existencia de un auténtico derecho de su titular frente al Estado y al resto de los ciudadanos. No obstante, el mencionado autor reconoce que la protección de la salud, dentro de la naturaleza pluridimensional del bien jurídico "incolumidad personal", constituye un espacio de específico valor que se materializa en la imposición de mayores penas cuando resulta afectado, aunque sigue insistiendo en su configuración como una de las dimensiones implícitas del derecho a la integridad física y moral del art.15 de la Constitución.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Vid. TAMARIT i SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 35.

<sup>165</sup> El autor estima de suma importancia cifrar la fundamentación del bien jurídico en este precepto en contra del planteamiento de BERDUGO porque a su entender el planteamiento de este último autor implica el riesgo de supeditar la protección del individuo en particular a las necesidades de favorecer su participación en el sistema social, pervirtiendo así la jerarquía de valores derivada del principio personalista consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución española que exige la tutela de la persona por el sólo hecho de serlo, con independencia de su posición en las relaciones sociales. Vid. TAMARIT i SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 37.

No obstante lo dicho, esta postura de TAMARIT SUMALLA entiendo que ha sido reformulada esencialmente como consecuencia de la entrada en vigor del Código penal de 1995. El motivo que ha obligado a TAMARIT a revisar su planteamiento ha sido la incorporación al precepto de la cláusula concursal, así como la creación de un título específico que protege la integridad moral. Por esta razón es por la que, a mi juicio, el citado autor se ve obligado a abandonar su idea de incolumidad personal como bien jurídico global para acogerse a la de incolumidad corporal como bien jurídico genérico o espacio común de todos los delitos y faltas de lesiones o malos tratos. Las infracciones castigadas en los artículos 147, 153, 173, y 617 son, según esto, intensificaciones del injusto de los malos tratos del 617.2, manifestación más simple y primaria de las agresiones contra la incolumidad corporal. De donde, la falta de malos tratos de obra podrá aparecer como tal, o bien, resultar cualificada en la medida en que afecten a la salud dando lugar a lesiones, o bien, alcancen gravedad suficiente para afectar a la integridad moral.<sup>166</sup>

Una postura diferente a la de TAMARIT SUMALLA, pese a su idéntica formulación, mantiene CONDE PUMPIDO. Este último autor prefiere hablar de "inocuidad personal" pero porque existen muchos supuestos de lesiones que no

---

<sup>166</sup> Vid. TAMARIT i SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 727. 152

significan propiamente enfermedad<sup>167</sup>. De ello se desprende que el citado autor no está pensando en un bien jurídico amplio, que sistematice conjuntamente a las lesiones y a los malos tratos, sino que se trata, más bien, de evitar un concepto de salud restringido a la mera ausencia de enfermedad<sup>168</sup>.

## **B) El bienestar personal**

Para DEL ROSAL BLASCO las figuras de lesiones atacan el bien jurídico salud y los malos tratos el bienestar personal, pero ambos conceptos están íntimamente vinculados entre sí: quien ataca la salud está también atacando el bienestar, hasta el punto de conformar un bien jurídico global en el que la salud no es sino un aspecto más del más amplio concepto de bienestar<sup>169</sup>.

## **2. Bien jurídico del art. 617.2: El maltrato corporal o maltrato físico**

---

<sup>167</sup>Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Las relaciones personales...", cit., pág. 895.

<sup>168</sup> Cabe citar como autores que, por el contrario, sí persiguen la ordenación conjunta de los malos tratos y las lesiones a través de la unificación del bien jurídico a ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, vid. ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: Delito de lesiones, Pamplona, 1993, pág. 142.

<sup>169</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar" en Derecho y mujer, Valencia, 1995, pág. 164.

La polémica suscitada en torno al bien jurídico protegido del artículo 617.2 que, recordemos, castiga "al que golpee o maltrate de obra a otro sin causarle lesión", gira en torno a dos posiciones: la de aquellos autores que asignan a los malos tratos físicos el mismo bien jurídico que el de las lesiones y la de quienes, por el contrario, le atribuyen un bien jurídico distinto.

## ***2.1. Bien jurídico idéntico al de lesiones***

### ***2.1.1. La incolumidad personal en su dimensión de integridad física***

Esta formulación amplia del bien jurídico es la defendida, entre otros autores, por TAMARIT SUMALLA, por lo menos antes de la entrada en vigor del Código actual. El aspecto más característico de su posición reside en el hecho de proponer un replanteamiento de la criminalización y castigo de las conductas de malos tratos. Tal propuesta incluye una despenalización de la falta de malos tratos comunes, los del vigente art. 617.2 que podrían ser reconducidos a la vejación injusta del actual 620.2 del Código penal, y una paralela incorporación de un delito de malos tratos al libro II que debería regularse conjuntamente con las lesiones, lo cual no deja de guardar

plena coherencia con su postura, en la que no son la salud ni la integridad moral, como dimensiones individuales, las que conforman el bien jurídico sino que lo es la incolumidad personal, en general<sup>170</sup>. Hasta aquí su postura inicial. En sus últimos trabajos, sin embargo, afirma que "el art.147 del Código penal al proporcionar un concepto general de lesión como menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental sirve para delimitar las lesiones del art. 617.1 de los meros golpes o malos tratos del 617.2 que no afectan a la salud o integridad corporal sino meramente a la incolumidad"<sup>171</sup> o, también, que "la falta del 617.2 es la manifestación más simple y primaria de las infracciones contra la incolumidad corporal"<sup>172</sup>. Frases, por tanto, que no hacen sino evidenciar el giro que ha adoptado el planteamiento del autor tal y como se viene afirmando a lo largo del presente trabajo.

---

<sup>170</sup> Mas que una despenalización de los malos tratos, de la postura de TAMARIT se desprende una idea de unificación conceptual entre las lesiones y los malos tratos que se quiere conseguir a partir, no sólo del plano atacado en cuanto unidad del bien jurídico protegido, sino también desde el plano de los medios de ataque en cuanto que regulación conjunta de los malos tratos verbales y corporales. En todo caso, encuentro alguna pieza que no acaba de encajar en su planteamiento como puede ser que primero critique a BERISTAÍN diciendo que su postura, por amplia, no sirve según nuestro derecho y luego, más o menos, llegue a un esquema semejante, y por ello, igual de criticable. Tampoco le encuentro mucho sentido, salvo que lo interpretemos en la forma que se acaba de exponer, al hecho de que proponga la incorporación de un delito de maltrato para obtener una mayor equivalencia y coherencia sistemática, al existir una falta de maltrato y un delito de maltrato y, seguidamente, sugiera la despenalización de la falta. Vid. TAMARIT i SUMALLA, J.M.: La reforma de..., cit., pág. 33 y ss.

<sup>171</sup>TAMARIT SUMALLA, J.M: Comentarios al nuevo código penal, Pamplona, 1996, pág. 728.

### 2.1.2. La integridad y salud personales

GRACIA MARTÍN, máximo exponente, junto a Díez RIPOLLÉS, de este bien jurídico, sostiene la identidad del mismo respecto a las lesiones y a los malos tratos pero circunscribiéndolo a "la integridad y salud personales"<sup>173</sup>. Para GRACIA MARTÍN, la falta de malos tratos del 617.2 es de resultado material, y no de mera actividad, como entiende la doctrina mayoritaria, consistiendo dicho resultado en la producción de un menoscabo de la integridad y salud personales que, porque puede sanar en un proceso natural de autocuración, no requiere ni siquiera de una primera asistencia facultativa, requisito este último imprescindible para que nos encontremos ante una falta de lesión<sup>174</sup>. El bien jurídico de la falta de lesiones es, por ello, el mismo que el de la falta de maltrato diferenciándose ambas, únicamente, por la gravedad del resultado que será medido en función de los requisitos que exija la lesión para su curación: será falta de lesión cuando para sanar necesite de una primera asistencia médica

---

<sup>172</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 727.

<sup>173</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios al código penal, Parte especial, coord. GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO, Valencia, 1997 pág. 617.

<sup>174</sup> Vid GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios al..., cit., pág. 426.

mientras que será falta de malos tratos cuando sea posible la autocuración<sup>175</sup>.

Por su parte, TERUEL CARRALERO afirma que se trata de una infracción contra la integridad física<sup>176</sup>.

Más recientemente, OLMEDO CARDENETE señala que en la falta de maltrato del art. 617.2 es la integridad física el bien jurídico que se protege frente a comportamientos que ponen en concreto peligro la integridad de dicho bien jurídico<sup>177</sup>.

### **2.1.3. El bienestar personal**

Es el bien jurídico formulado por DEL ROSAL BLASCO, que en su amplitud comprende al de la salud como un aspecto más<sup>178</sup>.

### **2.2. Bien jurídico distinto al de lesiones**

QUINTANO RIPOLLÉS y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE atribuyen a la falta de malos tratos del art. 617.1 una

---

<sup>175</sup> Ello formalmente porque materialmente lo que hace la postura de GRACIA MARTÍN es eliminar la falta de malos tratos del 617.2 al convertirla en una segunda falta de lesiones.

<sup>176</sup> Vid. TERUEL CARRALERO : Las faltas, Barcelona, 1956, pág.250.

<sup>177</sup> Vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial, Barcelona, 2001, pág. 144.

<sup>178</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y ....", cit., pág. 164.

naturaleza pluriofensiva. Para BERDUGO, el tipo de los malos tratos protege los valores "bienestar y honor" frente al de lesiones que protege "la salud"<sup>179</sup>. Para QUINTANO RIPOLLÉS, en cambio, los valores que se desconocen en la agresión no lesiva son la libertad y el honor, y no el valor meramente físico<sup>180</sup>.

PÉREZ ALONSO entiende que la falta de malos tratos protege "la dignidad personal como presupuesto básico para el ejercicio pleno del derecho a la libertad"<sup>181</sup>.

### **3. Bien jurídico del art. 153: delito de violencia doméstica o maltrato habitual en el ámbito familiar**

La discusión acerca del bien jurídico que se tutela a través del tipo delictivo descrito en el art.153 se desarrolla en parecidos términos a los que conforman la polémica arriba apuntada respecto al bien jurídico de la falta de malos tratos en relación con el de las lesiones, esto es, en función de que tengan asignados o no el mismo bien jurídico. No obstante, la polémica se enriquece con una posición más, integrada por los autores que se muestran reacios a la intervención del Derecho penal en este ámbito

---

<sup>179</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit., pág. 93.

<sup>180</sup> Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Tratado...", cit., pág. 855.

<sup>181</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, E.J.: "El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma" en ADPCP, mayo-agosto, 1990, pág. 615.



familiar o, cuanto menos, escépticos ante la forma en que dicha intervención se ha llevado a cabo a través de la regulación contenida en el vigente Código penal.

### **3.1. Bien jurídico idéntico al de lesiones**

#### **3.1.1. Bien jurídico amplio**

##### **A) La incolumidad personal en su dimensión de integridad moral**

De las dos dimensiones que TAMARIT SUMALLA defiende en su inicial postura, como integrantes del concepto incolumidad personal, a partir del art. 15 de la CE se deduce que es "el derecho a no ser sometido a tratos que produzcan dolor físico o psíquico o puedan calificarse como degradantes o inhumanos" la que esencialmente se protegía en el antiguo art. 425. Sin perjuicio de que lo fuera no como tal dimensión sino simplemente como una faceta más de la incolumidad personal. No es de extrañar, por ello, que en sus recientes pronunciamientos sobre la materia se refiera ya expresamente al bien jurídico integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art.15 CE). Éste, como manifestación del principio de dignidad humana, es, frente a la integridad corporal o la

salud, el bien jurídico protegido en el art. 153 del Código penal, sin perjuicio de la vinculación de los mencionados bienes jurídicos al espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal<sup>182</sup>.

En el mismo sentido, ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA estiman que el bien jurídico no puede ser otro que el propio de los delitos de lesiones, es decir la incolumidad personal y no sólo por su ubicación dentro del Código, sino sobre todo porque, materialmente este delito constituye, en realidad, una cuantificación de la falta del art.582 del Código penal<sup>183</sup>.

## **B) El bienestar personal**

BERNARDO DEL ROSAL no habla de incolumidad sino de bienestar. En su opinión, el art. 153 protege el bienestar personal, que es el bien jurídico de la falta de maltrato, y la salud personal, que lo es de la falta de lesión,

---

<sup>182</sup> El citado autor se manifiesta partidario de un bien jurídico denominado integridad moral aunque ya no como dimensión de un bien jurídico más amplio sino como bien jurídico propio y autónomo, distinto de la salud, bien protegido en las lesiones, y de la mera incolumidad corporal, bien jurídico tutelado en la falta de malos tratos del 617.2. Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios al..., cit., pág. 745.

<sup>183</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: El delito ..., cit., 1993, pág. 142. También parece ser ésta la formulación defendida por CONDE PUMPIDO pues, aunque no lo diga expresamente, cuando se refiere al bien jurídico en las lesiones se muestra partidario de la expresión incolumidad personal entendiéndolo por tal la condición del incólume y ésta como sinónimo de sano, íntegro, indemne o sin lesión. El autor considera comprendidos dentro de la incolumidad tanto los atentados a la salud, como a la integridad física o mental y la ausencia de alteraciones del equilibrio psicofísico. Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Las relaciones personales...", cit., pág 895.

bienes ambos que son objeto de una mayor cantidad o calidad de ataque cuando se produce éste concurriendo los elementos descritos en el art.153. Seguidamente, aclara el citado autor que tales conceptos de bienestar y salud no son conceptos diversos, sino que están íntimamente vinculados entre sí, siendo la salud un aspecto -quizá el mas relevante- del más amplio concepto de bienestar.<sup>184</sup>".

### **3.1.2. Bien jurídico concreto: la salud o integridad personal**

#### **A) Delito de peligro abstracto contra la salud**

La postura de GRACIA MARTIN<sup>185</sup> se aleja de las anteriores en cuanto que el bien jurídico por él defendido no es sino la integridad y salud personales. Es, por tanto, el mismo bien jurídico que el de las lesiones pero sin necesidad de recurrir a ninguna ampliación. Este bien jurídico, que abarca tanto la vertiente física como psíquica del ser humano, GRACIA MARTÍN lo fundamenta, sobre todo, en la ubicación del precepto dentro del capítulo de las lesiones y en el hecho de que el objeto de la acción

---

<sup>184</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos tratos...", cit., pág. 166.

típica del art.153 sea el cuerpo de la víctima inmediata, soporte material de la integridad y salud personales. Pero el aspecto más interesante de su planteamiento radica en la configuración que realiza de la estructura tecnicojurídica del tipo que nos ocupa. Según ésta, el delito previsto en el art.153 constituye un tipo autónomo<sup>186</sup>, que, en razón de sus fundamentos y de su orientación politicocriminal, se estructura técnicamente como un delito de peligro abstracto para la integridad y salud personales. Interpretación que no conlleva, a su juicio, ningún riesgo para la seguridad jurídica porque están suficientemente determinados los elementos en que se materializa el peligro: en la limitación precisa de la acción típica restringida al ejercicio de violencia física y en la exigencia de habitualidad. GRACIA MARTIN señala que el peligro abstracto se produce fundamentalmente en relación con la salud psíquica de los distintos individuos que integran el núcleo de convivencia en que el autor desarrolla su actividad violenta y, además, que ese peligro puede ser definido como la probabilidad que existe de que el maltrato crónico

---

<sup>185</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios al..., cit., págs 424-428.

<sup>186</sup> Al concebir la falta del art. 617.2, no cómo una falta de mera actividad, que es lo que entiende la doctrina mayoritaria, sino cómo una infracción de resultado material, no le es posible tampoco aceptar -tal y como el propio autor esgrime- que el delito del art. 153 sea una agravación de la falta de malos tratos, dado que ese resultado típico de la falta representará siempre un plus para el delito. Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios al..., cit., pág. 426.

provoque en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional.

GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO coinciden con el autor acabado de citar, si bien, realizan una importante matización al diferenciar el bien jurídico del delito antes y después de la introducción al mismo del castigo de la violencia psíquica. Respecto a lo primero, no dudan en afirmar que con este delito lo que se pretende es anticipar la protección de unas personas víctimas de un clima de violencia habitual, a un momento previo en el que, comprometiéndose algo mas que la mera convivencia pacífica, no se exige el efectivo menoscabo de ningún bien jurídico, por lo que, en consecuencia, concluyen que el delito de ejercicio de violencia física habitual solo tiene sentido configurado o entendido como un delito de peligro abstracto en el que el bien jurídico directa y específicamente protegido es la salud (en su vertiente física) del sujeto pasivo por ella afectado<sup>187</sup>. Respecto a lo segundo, entienden que el delito se sigue configurando como un delito de peligro abstracto pero, no sólo contra la salud en su vertiente física, sino también contra la salud mental, por lo que toca al ejercicio habitual de violencia psíquica habitual, entendida ésta como actos de

---

<sup>187</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P/DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de malos tratos en el ámbito familiar, Valencia, 2000, págs. 30 y 31.

acometimiento verbal o de obra que inciden directamente sobre la psiquis del afectado, y sin necesidad de que dicha salud mental resulte efectivamente lesionada<sup>188</sup>.

***B) Delito de peligro concreto contra la salud o integridad personal***

CEREZO DOMÍNGUEZ afirma que lo que se castiga en este delito es el poner en peligro concreto la vida, integridad y libertad de las personas que son expuestas de forma habitual a comportamientos violentos de carácter físico, por lo que hubiera sido más esclarecedora, según la citada autora, la redacción del tipo utilizando términos equivalentes a los empleados en el tenor literal de otros delitos de peligro concreto, como el del art. 381 del vigente Cp, en los que se alude expresamente a la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos<sup>189</sup>.

MAQUEDA ABREU afirma que el verdadero injusto material de este delito se encuentra en el peligro posible -o acaso probable- de que bajo ese clima de violencia continuada que describe la situación típica del delito se incremente, de modo relevante, el daño a la salud física y psíquica de las

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, págs. 32 y 33.

<sup>189</sup> Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: El homicidio en la pareja: tratamiento

*personas que sufren el maltrato, y que permanecen bajo la esfera del dominio del agresor. Se trata además de peligro concreto porque la amenaza típica que da contenido material a este delito no es abstracta al ir referida a miembros concretos del ámbito doméstico. Por lo demás, si dicho peligro o peligrosidad no se constata, por más que existan tres agresiones contra alguno de los sujetos que menciona el precepto en lugar de aplicarse el art. 153, debería según MAQUEDA ABREU, apreciarse un concurso de faltas. En definitiva, según la citada autora, el bien jurídico protegido es el mismo que el bien jurídico protegido con las figuras de lesiones, esto es, la integridad personal<sup>190</sup>.*

### **3.2. Bien jurídico distinto al de lesiones**

#### **3.2.1. Bien jurídico amplio**

Los autores que niegan que el delito contemplado en el art. 153 sea un delito de lesiones y que, en consecuencia, el bien jurídico protegido por esta figura es distinto del bien jurídico salud, acaban atribuyéndole un bien jurídico amplio. La amplitud en estos casos no tiene la finalidad de equiparar los malos tratos a las lesiones, sino todo lo

---

criminológico, Valencia, 2000, pág. 528.

<sup>190</sup> MAQUEDA ABREU, M.L.: "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", en El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Pamplona,

contrario, pues, el manejar conceptos tan amplios deriva precisamente de su pretensión de diferenciarlos. En la búsqueda de esos valores que han de ser distintos de la salud o de cualesquiera otros protegidos ya específicamente en el Código, la opción que se presenta como más factible es la de acudir a realidades espirituales o abstractas como la dignidad, o bien, a dimensiones difusas o generales como la paz o la seguridad o la armonía familiar, difíciles en cualquier caso de delimitar, acotar o definir. No es de extrañar, por ello, que los esfuerzos doctrinales se hayan ido dirigiendo, cada vez más, a tratar de concretar tales dimensiones, siendo la integridad moral, el valor más defendido en este sentido.

#### **A) La paz y la seguridad**

Según GONZÁLEZ RUS, el bien jurídico del 153 *no es la salud, sino la dignidad y seguridad, el equilibrio físico y psíquico, el bienestar de cónyuges, menores, ascendientes y personas que conviven o están sometidas a la patria potestad o guarda del autor*<sup>191</sup>.

Ampliando todavía más, DE LA VEGA RUIZ señala que el bien jurídico protegido es "la paz social". Textualmente,

---

2001, págs. 1526 y 1529.



el autor afirma que todos los ataques de malos tratos o violencia doméstica afectan sobremanera a la paz social, a la paz familiar, a la seguridad jurídica, al orden jurídico más elemental, en suma. Y que destruyéndose la paz y el sosiego de la familia, se destruyen las bases de todo desenvolvimiento social<sup>192</sup>.

También GÓMEZ RIVERO afirma que el clima mismo en que se contextualiza la realización típica determina que el objeto de protección desborde la mera contemplación de la situación de riesgo para entroncar con los conceptos más amplios de dignidad, seguridad, tranquilidad, cuya tutela supera la contemplación aislada de los resultados lesivos que eventualmente llegaran a producirse<sup>193</sup>

**B) Delito pluriofensivo en el que, sobre todo, se destaca la faceta del orden, la paz o la convivencia familiar**

Es el bien jurídico que, según la importante circular de la Fiscalía General del Estado 24 de Octubre de 1998

---

<sup>191</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.: Curso de..., cit., pág. 169.

<sup>192</sup> DE LA VEGA RUIZ, J.A.: Las agresiones familiares en la Violencia Doméstica, Pamplona, 1999, pág 73. Esta postura se acerca a la mantenida por un importante sector de la doctrina italiana. En parecidos términos se expresa la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, siendo fiscal GRANADOS PÉREZ a tenor de la cual la creación del tipo delictivo del art.153 resulta técnicamente irreprochable porque la respuesta que ofrecía el Código antes de 1983 era mínima al ser el bien jurídico defendido no sólo el atentado individual sino también la seguridad y la paz familiares que tras él subyacen. Vid. RUIZ VADILLO, E.: Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1997, pág. 1924.

<sup>193</sup> GÓMEZ RIVERO, C.: "Algunos aspectos del delito de malos tratos", en Revista penal, núm.6, julio 2000, pág. 71.

sobre Malos tratos, se protege en el art. 153. Dicha Circular repara en la errónea ubicación sistemática del art. 153 por no ser ésta una figura que esencialmente proteja la integridad física o la salud, aunque a estos también pueda, indirectamente, brindar cierta protección. En definitiva, la figura pretende tutelar otros valores reconducibles, según la circular, al ámbito de protección de los artículos 15 y 39 de la Constitución, esto es, a la integridad moral o derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15), así como a la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (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.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> En semejante sentido GANZENMÜLLER, ESCUDERO Y FRIGOLA afirman que lo que realmente se trata de proteger son las pacíficas relaciones de convivencia afectiva libremente aceptadas que, regidas por los principios de igualdad y solidaridad deben darse entre todos sus miembros, vínculos circunscritos al seno familiar o uniones de hecho, especialmente garantizadas en los arts. 14, 15 y 39. Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C/ESCUDERO MORATALLA, J.F./ FRIGOLA VALLINA, J.: "La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica" en Actualidad Penal, n° 16, 19 al 25 de Abril de 1999, pág. 358. También, concibiendo el delito como una especie de delito pluriofensivo en el que se entienden atacados valores como la integridad moral, la paz y el orden familiar y la normal convivencia del grupo familiar, vid.

En este sentido, y como primer exponente de la postura de la Fiscalía General del Estado, es digno de mención el posicionamiento de MORENO VERDEJO en virtud del cual el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar encuentra, pese a su ubicación el Título de las lesiones, mejor acogida entre los delitos contra las relaciones del orden familiar, y aunque indudablemente también incide en el derecho fundamental del art. 15 de la Constitución, afecta igualmente y de manera esencial a otros derechos y valores constitucionales distintos como: la dignidad de la persona (art. 10 CE), el respeto al derecho a la igualdad (art., 14 CE), el derecho a la educación y el pleno desarrollo a la personalidad (art. 27 CE), el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art.,. 32 CE), y la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos y de las madres (art. 39 CE)<sup>195</sup>.

DEL MORAL GARCÍA considera imprescindible, para evitar problemas de doble incriminación, situar el objeto de protección en el ámbito familiar como bien supraindividual. Sólo en la necesidad de protección de la institución familiar puede encontrarse el fundamento sobre el que

---

NAVAS CÓRDOBA, J.A./MONGE FERNÁNDEZ, A.: "Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer", en AP, Febrero, 2000, pág. 6.

<sup>195</sup> MORENO VERDEJO, J.: "Prevención y protección frente a actos de violencia doméstica en el ordenamiento penal", en Revista Jurídica

asentar la doble sanción en los casos de habitualidad pues en dichos 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, o por los deberes especiales entre parientes<sup>196</sup>.

### **C) Las relaciones familiares**

Una particular, a mi juicio, forma de concebir el bien jurídico protegido por el delito del art. 153 es la que posee ACALE SÁNCHEZ al distinguir dentro del bien jurídico "relaciones familiares" dos facetas: una faceta individual cuyo titular sería el concreto miembro del ámbito familiar que recibe los malos tratos habituales, que vendría protegida con las faltas de los art, 617.2 y 620.2 del Cp, y una faceta colectiva cuya titularidad compartida correspondería a la unidad familiar que viene sufriendo asiduamente la repetición de actos de maltrato contra sus singulares miembros, y que sería la que resulta protegida por el delito del art. 153<sup>197</sup>.

---

General, Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid, núm. 21, Mayo 2002, pág. 28.

<sup>196</sup> DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de violencia habitual en el ámbito familiar", en Delitos contra las personas, Manuales de formación continuada del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 314.

<sup>197</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, Valencia, 2000, pág. 135.

#### **D) La dignidad humana**

CERVELLÓ DONDERIS afirmó en su día que junto a la integridad física y psíquica debía entenderse como bien jurídico protegido principalmente a la dignidad humana, pues en todo caso, con resultado lesivo o no, lo que sí produce cualquier conducta de maltrato es un ataque a la dignidad que el menor o cónyuge ostentan como personas titulares de derechos, que en el caso de los menores se afianza dada la posición de inferioridad y sometimiento en que están colocados respecto a sus progenitores<sup>198</sup>.

#### **3.2.2. Bien jurídico concreto**

##### **A) La dignidad humana concretada en la integridad moral**

Entre los primeros defensores de este bien jurídico sobresalen GONZÁLEZ-CUSSAC/CARBONELL MATEU quienes afirman no estar ante un genuino delito de lesiones sino ante una infracción de malos tratos, a los que la habitualidad y el ámbito familiar convierten en delito. Cuyo bien jurídico no

---

<sup>198</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección", en PJ, n° 33, pág. 53. También, aunque denominándolo de forma más amplia RODRÍGUEZ MOURULLO al referirse a "la dignidad y seguridad". Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios al..., cit., pág 440.

puede ser ni la integridad corporal ni la salud sino la dignidad humana en el seno de la familia, y concretamente, su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno en el sentido del artículo 15 de la Constitución española<sup>199</sup>.

Aunque, sin duda, de especial interés resulta la opinión de GARCÍA ARÁN, quien si en un primer momento señalaba junto a GARRIDO LOPEZ que este delito se configura como un supuesto de abuso de la situación de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, lo que ha permitido entenderlo como lesivo, en primer término de la dignidad humana. Ello se confirma por la actual redacción, por la remisión a otros tipos cuando además se produzcan resultados lesivos para la integridad física o la salud, lo que conducirá a la aplicación de las reglas del concurso de delitos<sup>200</sup>. Posteriormente ha ratificado su

---

<sup>199</sup> Aunque mencionen también una posible afectación del honor como concreción de la dignidad o hablen incluso de un cierto peligro para la salud, entiendo que estos autores concretan el bien jurídico en la dignidad humana en su manifestación de integridad moral, aunque no se refieran a esta fórmula expresamente y sí remitan, no obstante, al derecho de toda persona a no sufrir tratos inhumanos ni degradantes del art. 15 de la CE. Vid. CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios al Código penal de 1995, Valencia, 1996, pág. 801. Cfr. GRACIA MARTÍN entendiendo que dichos autores están pensando en un delito pluriofensivo. Vid. GRACIA MARTIN, L.: Comentarios al...., cit., pág. 420.

<sup>200</sup> Vid. GARCÍA ARÁN, M./GARRIDO LÓPEZ, D.: El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Comentario al Texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996, pág. 95. Destacando lo importante de esta opinión por la intervención activa de ambos, la primera como asesora, el segundo como ponente, en el debate del Código penal, vid. CASTELLÓ NICAS, N.: "Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido", en Estudios penales sobre violencia doméstica, coord. MORILLAS CUEVAS, L., Madrid, 2002, pág. 72.

postura en el sentido de concretar esa dignidad en la integridad moral: *la situación de degradación sistemática de los miembros más débiles de la familia es la que se ha intentado resumir en el complicado requisito legal de la habitualidad, pero es también la que ha permitido identificar con la dignidad personal el bien jurídico que aquí se protege o bien, concretar el genérico ataque a la dignidad en la afectación a la integridad moral que la Constitución sitúa en pie de igualdad con la integridad física (art. 15CE)*<sup>201</sup>

También pronunciándose de forma semejante, TAMARIT SUMALLA y CUENCA GARCIA, al señalar como bien jurídico la dignidad humana aunque planteando dicha dignidad como ámbito genérico de protección que necesitaría de mayor concreción en algún bien jurídico personalísimo. El bien jurídico personal que realiza una función instrumental respecto a la afectación de la dignidad es, según tales autores, la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato cruel o de contenido vejatorio o humillante<sup>202</sup>.

TAMARIT señala como bien jurídico del 153 a la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato

---

<sup>201</sup> Vid. GARCÍA ARÁN, M.: "Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor" en Protección de menores en el Código Penal, Manuales del CGPJ, Madrid, 1999, pág. 68; en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M.: "La protección penal de la integridad moral" en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Madrid, 2002, págs. 1246 y 1256.

inhumano o degradante (art. 15 CE) como manifestación del principio de dignidad humana, sin perjuicio de la vinculación que mantiene este bien jurídico con el espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal. Supuestos inicialmente constitutivos de falta se elevan a la categoría de delito porque alcanzan a atentar contra la integridad moral del sujeto pasivo debido a la concurrencia de las notas de habitualidad y convivencia o vinculación personal persistente<sup>203</sup>.

CUENCA GARCÍA considera que *"la reiteración , la constancia, el abuso de la posición de dominio proporcionados por el ámbito familiar, que es a la vez situación de mayor indefensión para la víctima, apuntan a la creación de una situación de degradación personal del sujeto pasivo que desborda los resultados lesivos para la integridad física, como indica la propia cláusula concursal y, al mismo tiempo, conduce a plantear la dignidad humana como ámbito genérico de afectación. Pero como podría decirse que la dignidad humana se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos individuales, pues, entre otras cosas, el art. 10 de la CE le concede el valor de fundamento del orden político y la paz social, la referencia a la dignidad, para ser correcta, necesita,*

---

<sup>202</sup> Vid. CUENCA I GARCÍA, M.J.: "La violencia habitual en el ámbito familiar" en Revista jurídica de Catalunya, n.4, 1998, pág.16.



según la autora, de una mayor concreción y de la identificación de un bien jurídico instrumental respecto a dicha afectación de la dignidad en la propia integridad moral<sup>204</sup>...

Finalmente, CASTELLÓ NICAS estima que el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos tiene mucho que ver con la dignidad de las personas y, más concretamente, con la integridad moral de las mismas, entendida como una parcela de aquella, que se verá menoscabada con el abuso continuado de este tipo de conductas<sup>205</sup>.

### **B) La integridad moral como valor constitucional**

A la defensa del bien jurídico integridad moral se han ido adscribiendo, aunque sin necesidad de hacer referencia a la dignidad humana como marco de aquella, un importante sector doctrinal partidario de la reubicación el precepto en el Título de los delitos contra la integridad moral.

OLMEDO CARDENETE cree necesario realizar dos matizaciones en el sentido de no identificar dicho bien jurídico con lo que es la dignidad humana, atributo

---

<sup>203</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA J.M.: Comentarios..., cit., pág. 745.

<sup>204</sup> Vid. CUENCA I GARCÍA J.M.: " La violencia familiar...", cit., pág. 636

totalizador que debe explicarse como una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales de la persona humana, ni con lo que es el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, derecho fundamental, ni finalmente con la salud psíquica o mental, bien jurídico protegido en los delitos de lesiones<sup>206</sup>.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS propone interpretar el delito de violencia doméstica como un tipo agravado contra la integridad moral por la reiteración de la conducta y por la relación cercana con la víctima. En definitiva -señala la mencionada autora- *la reiteración de actos de violencia sobre un familiar provoca que la víctima pierda su propia autoestima o se sienta abatida o despreciable*<sup>207</sup>.

Por último, MORILLAS CUEVA hace hincapié en la defensa de la integridad moral como bien jurídico protegido pero entendiendo ésta no como manifestación de la dignidad humana sino como valor constitucional y como objeto de protección penal específica a través de los artículos 173-177 del Código penal que integran el Título VII del Libro II del mencionado Texto<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> Vid. CASTELLÓ NICAS, N.: "Problemática sobre...", cit., pág. 72.

<sup>206</sup> Vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de violencia..., cit., págs. 42-44

<sup>207</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado, Granada, 2001, pág. 194.

<sup>208</sup> MORILLAS CUEVAS, L.: "Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma", en Estudios penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002, págs. 671 y 672.

### **3. Posición escéptica**

Tras la reforma de 1989, llevada a cabo por ley 3/89 de 21 de Junio, los primeros autores en mostrar su escepticismo respecto a la introducción del delito de violencia doméstica en el Código penal fueron QUINTERO OLIVARES y BUSTOS RAMÍREZ. QUINTERO OLIVARES, pese a reconocer la justificación políticocriminal de la misma, en el sentido de que el legislador haya sido sensible a la frecuencia de los malos tratos sistemáticos de los que habitualmente son víctimas mujeres y niños, no deja de advertir, sin embargo, acerca de las limitaciones del Derecho penal así como de su inutilidad para solucionar los problemas sociales. Lo máximo que puede hacer el Derecho penal - a juicio del autor- es contribuir con sus toscos y reducidos medios a una política general de protección de los miembros más débiles del grupo familiar, contribución que resultará meramente simbólica si no va acompañada de otras medidas<sup>209</sup>. BUSTOS RAMIREZ muestra su recelo por entender que la cuestión principal subyacente a la problemática de los malos tratos en el ámbito familiar

radica en la existencia de un encubrimiento cultural de tales hechos. Dicho encubrimiento debe ser contrarrestado por otro tipo de medidas entre las que pueden incluirse las educativas o las tendentes a modificar la actitud de los órganos encargados de la persecución de tales hechos, evitando así la "fácil huida hacia el Derecho penal" <sup>210</sup>.

Posteriormente, se ha sumado a esta consideración crítica MUÑAGORRI LAGUÍA en lo que podemos calificar de postura más radicalmente opuesta a la tipificación del delito que nos ocupa, dentro de lo que fueron las primeras críticas<sup>211</sup>. Según ésta, el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante o el derecho al honor como concreción de la dignidad humana constituyen *per se* un loable intento de bien jurídico protegido. No obstante, de lo que duda el autor es de que tal derecho pueda llegar a protegerse debidamente a través de la configuración típica del art.153. MUÑAGORRI rechaza la intervención del *ius puniendi* en el ámbito de la violencia familiar por entender que supone utilizar el Derecho penal no como instrumento dirigido a proteger la paz social sino como instrumento favorecedor de la integración social. Frente al riesgo social que implica la posible desestructuración de la

---

<sup>209</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989 "en ADPCP, 1989, pág. 937.

<sup>210</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de derecho penal. Parte especial, (Apéndice dedicado a la reforma de 1989) Barcelona, 1985, pág. 14.

familia el Estado asume la intervención penal desde un punto de vista preventivo para intentar reducir el riesgo de comportamientos no integrados. En su opinión, con el aumento de las intervenciones del Estado en el ámbito privado lo que se pretende, en el fondo, es modelar formas de relaciones privadas y dirigir moralmente a los ciudadanos. Es por ello por lo que el art. 153 viene a distorsionar, según el citado autor, el modelo de límites a la intervención del *ius puniendi* facilitando una evidente puesta en peligro de los derechos y libertades individuales. Por último, el mencionado autor se plantea la posibilidad de que la pena del delito del art.153 sea, además, contraproducente en el sentido de que en lugar de desempeñar una función preventivogeneral acabe sirviendo para agudizar el conflicto o bien, solamente, satisfaga una función retributiva. En cuyo caso, la presencia penal tendría un sentido meramente simbólico o ideológico, sobre todo si se tiene en cuenta que tales comportamientos cuando sean graves pueden castigarse a través de otros preceptos penales o bien ser atendidos por la vía de las faltas o de intervenciones jurídicas civiles o asistenciales, cuando se trate de comportamientos menos graves, sin olvidar la posibilidad de políticas alternativas de solidaridad, ayuda

---

<sup>211</sup> Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: "Las violencias en el ámbito familiar" en Revista de Derecho Penal y Criminología, 4-1994, págs. 634-637.

mutua y demás servicios sociales o comunitarios. MUÑAGORRI LAGUÍA concluye su dura apreciación señalando que el legislador debería reformar el entonces vigente art.425 para adecuarlo a lo que realmente afirma proteger.

Destaca también, en este primer momento, la postura de RUIZ VADILLO<sup>212</sup> cuyas críticas se dirigen, no tanto hacia la intervención genérica del Derecho penal en este ámbito, cuanto hacia el grado de precisión o acierto con que el legislador, desde un punto de vista técnico, ha formulado el tipo delictivo. Según el mencionado autor, pese a la noble finalidad del legislador, los problemas que plantea el precepto son muchos y de difícil solución, mostrándose, por ello, pesimista en cuanto a los resultados prácticos en los que se va a traducir dicha intervención de protección de la dignidad humana de los miembros más débiles dentro del seno familiar, que es de lo que se trata a través del art. 153<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Vid. RUIZ VADILLO, E.: Código penal..., cit., págs. 1922-1925.

<sup>213</sup> Dicho autor afirma que hubiera sido más acertado incluir la violencia psíquica y así construir el tipo penal de manera distinta haciéndolo pivotar sobre las faltas anteriores. Tal y como está redactado el precepto: "la palabra habitualidad es equívoca e introduce confusión", el mencionado autor entiende que su aplicación resulta imposible o cuanto menos muy difícil por lo que duda acerca de si merece la pena o no mantener un precepto que de no aplicarse puede llegar a ser contraproducente. El problema estriba en cómo hacer que las faltas de malos tratos, una vez condenadas, puedan servir para integrar la habitualidad del delito sin incurrir en una clara vulneración del principio *non bis in idem*. RUIZ VADILLO ofrece dos posibles soluciones: determinar que la tercera de malos tratos se transforme automáticamente en delito del 153, descontándose de la pena a imponer las que se hubieran podido fijar en las dos anteriores o, prescindir del concepto de habitualidad legal y entender que, a estos

Tras los cambios introducidos a partir de la reforma del 99, en igual sentido crítico se han manifestado tanto CORTÉS BECHERIALLI como NUÑEZ CASTAÑO. El primero se muestra profundamente crítico con la tipificación de este delito, entendido como una figura moderna de lesiones vulneradora del bien jurídico integridad física y psíquica del ser humano, por haber sido configurado aquél en torno al elemento habitualidad, concepto éste que concede al juez un desmedido arbitrio judicial, y que mejor sería fuera suprimido para configurar así un delito de violencia doméstica en el que una sola agresión proyectada sobre alguno de los sujetos pasivos del actual art. 153 del Código penal. sea ya constitutiva del delito de lesiones, aun cuando no se den los requisitos de carácter objetivo que exige el art. 147.1 del vigente Código penal<sup>214</sup>.

NUÑEZ CASTAÑO, partiendo de las mismas premisas que el autor acabado de citar, esto es, de que estamos ante un delito de lesiones cuyo bien jurídico viene constituido por la salud mental y física del sujeto pasivo objeto de malos tratos reiterados, se muestra contraria a la tipificación de un delito autónomo para castigar estas conductas por los múltiples problemas de solapamiento entre preceptos que

---

efectos, se considerará habitual aquél que, independientemente de la existencia de condenas anteriores, lleve a cabo, en un período de seis meses, dos o más actos de significación. Vid. RUIZ VADILLO, E.: Código penal..., cit., págs. 1922-1925.

puede originar dicha regulación, además de por entender que no es posible encontrar una parcela del objeto jurídico de protección que no esté incluido ni protegido en toda su extensión en otros lugares del Código y que constituya, por tanto, su injusto específico. De manera que, coincidiendo el bien jurídico del delito del art. 153 y las conductas típicas en él previstas con los protegidos y descritos en otros preceptos del Código penal, la razón última que puede justificar la existencia de un plus de desvalor de conducta y, en consecuencia, una regulación autónoma sólo podría radicar en la habitualidad de los comportamientos y en los vínculos familiares y de convivencia existentes entre los sujetos implicados. Pues bien, para hacer frente a este desvalor la citada autora considera preferible, en lugar de una tipificación autónoma, el establecimiento de una cualificación, bien genérica, bien específica, de cada uno de los posibles tipos delictivos involucrados, basada en la habitualidad de este tipo de comportamientos, de modo similar a como se hace en el art. 286 del Código penal, en relación con los delitos relativos al mercado y los consumidores, así como la apreciación, por otra parte, de la agravante mixta de parentesco, modificándola de forma que incluya a los sujetos entre los que efectivamente se

---

<sup>214</sup> Esta propuesta ha sido asumida, parece, por el proyecto en curso, vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de ..., cit.,. 46, 105 y 106.



producen relaciones familiares, de dependencia y/o de convivencia.

La crítica que realiza la mencionada autora a la actual regulación es incluso más dura que la aludida respecto al anterior autor, al considerar esta forma de legislar una huida hacia el derecho penal para resolver problemas sociales en el que el legislador no hace sino dejarse llevar por el clamor social que reclama, frente un problema tan grave como el que existe detrás del art. 153 del Código penal, respuestas emotivas y violentas, vulnerando así los principios fundamentales que deben inspirar el Ordenamiento jurídicopenal como el principio de intervención mínima o el principio de taxatividad. NUÑEZ CASTAÑO señala, en definitiva, que el derecho penal, en este caso, *no es la vía más adecuada para luchar contra este tipo de conductas, tal y como demuestran las cifras de sentencias y víctimas que se van multiplicando cada año en esta materia, porque por razones fundamentalmente culturales los maltratadores no son personas que se motiven con la norma, de ahí que proponga que, en lugar de acudir a la vía, en este sentido, más fácil, se habiliten medidas extrapenales más eficaces que las existentes, ya sean sociales, educativas, judiciales, laborales, sanitarias, etc., que permitan sino una erradicación de las conductas*

de violencia doméstica, sí una mejor protección a las víctimas de ésta<sup>215</sup>.

Frente a esta crítica, BARQUÍN SANZ afirma que estamos ante un supuesto de derecho simbólico en sentido positivo. En efecto, según el mencionado autor, "el recurso a mecanismos simbólicos o, si se prefiere, expresivo-integradores no merece siempre un rechazo tan inmatizado como el que habitualmente provoca en muchos penalistas y prácticos del derecho. A nuestro juicio, son improcedentes las normas desprovistas de cualquier contenido material o finalidad útil para el Derecho penal distintos del efecto escaparate ante la opinión pública y los medios de comunicación. En cambio, no solo aceptable, sino inseparable de la tarea legislativa ha de reputarse un cierto contenido simbólico cuando se den las siguientes premisas: a) la norma tiene un sustrato valorativo consistente; b) no hay otros medios más suaves y razonables que el Derecho penal para responder a la comisión de los hechos; c) no están disponibles otras soluciones penales menos agresivas. Desde esta perspectiva las garantías básicas y el no intervencionismo del derecho penal liberal son compatibles con su manejo...Algo así sucede en relación con materias de reciente inclusión en el texto punitivo

---

<sup>215</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E.: El delito de ..., cit., págs. 183 y ss.

como la violencia habitual en el ámbito familiar (art. 153 CP) "<sup>216</sup>.

#### **4. El bien jurídico del delito del art. 153 según la Jurisprudencia: ¿la dignidad humana en el seno de la familia o la paz familiar?**

La jurisprudencia del TS ha adoptado un criterio vacilante a la hora de señalar cuál es el bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica. De esta forma, si en un primer momento, fue la dignidad humana el valor más frecuentemente alegado, de un tiempo a esta parte se observa cómo, influidos seguramente por la postura de la Fiscalía General del Estado, juzgados y tribunales se decantan por la paz familiar como bien jurídico que se protege a través de la figura que nos ocupa<sup>217</sup>.

En efecto, parece que al Tribunal Supremo le cuesta trabajo determinar de forma exacta cuál es el bien jurídico de esta figura, y en concreto romper la disyuntiva que se le plantea en el sentido de decantarse, bien por la dignidad humana, bien por la paz familiar. Clara muestra de

---

<sup>216</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J.: Delitos contra la integridad moral, Barcelona, 2001, pág. 44.

<sup>217</sup> No obstante, también es posible encontrar alguna sentencia en la que el Alto Tribunal se refiere a un bien jurídico distinto como el recogido en la STS 29-11-2000, núm. 1832/2000, ED 2000/44223, ponente: José Antonio Martín Pallín, FJ° único: "El bien jurídico lesionado en ambas modalidades delictivas está íntimamente relacionado al referirse por un lado al derecho a la vida y por otro a la integridad física y psíquica de las personas".

ello son aquellas sentencias en las que el Tribunal sitúa el bien jurídico del delito de violencia doméstica a caballo de uno y otro valor. Valgan como ejemplo de lo dicho las siguientes sentencias:

-STS 7-9-2000, núm. 1366/2000, ED 2000/27673 (ponente: Carlos Granados Pérez), en cuyo FJº segundo el Tribunal afirma lo siguiente: *"La reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto... constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear por su repetición una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas, sino esencialmente por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y 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 se giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección de la familia"*<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> En el mismo sentido, vid. SAP Toledo 9-3-2001, seccº1ª, núm. 11/2001, ED 2001/3827, FJº segundo.

- Asimismo, en la STS 5-3-2001, núm 164/2001, ED 2001/2753, FJ° cuarto (ponente: José Jiménez Villarejo) en el FJ° cuarto puede leerse lo siguiente: *"todo ello dibuja un cuadro de tal barbarie y crueldad, de desprecio a los más elementales deberes impuestos por la convivencia familiar y la dignidad de las personas con las que se convive, que la pretensión de que ha sido indebidamente aplicado el art. 153 CP, legítima por supuesto en el ejercicio del derecho de defensa, está condenada irremisiblemente al fracaso"*

- Otra muestra de lo dicho puede verse en la SAP Madrid 5-7-2000, sec 23ª, (R°2/2000 Sentencia núm 78/2000) pues, a la hora de abordar el tema del bien jurídico del delito de violencia doméstica, después de afirmar que: además de la salud o la integridad de la persona, hay otra serie de bienes jurídicos que quedan afectados con las conductas del art. 153, pues, como indica la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado tutela además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los art. 15 y 39 de la Constitución: 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 las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 19), acoge también el bien jurídico

defendido por la STS 20-12-1996, que defiende como luego veremos como bien jurídico protegido el de la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y en concreto su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno.

Decantándose por el bien jurídico dignidad humana en el seno familiar es posible destacar, entre otros, los siguientes pronunciamientos dictados por el TS o por Audiencias Provinciales:

-STS 20-12-1996, núm. 1060/1996, ED 1996/8999, (ponente: Francisco Soto Nieto), FJ° séptimo: "*Norma penal, la aludida, creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a los miembros más fuertes de la familia; en definitiva se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y en concreto su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno*".

-STS 26-6-2000, núm. 1161/2000, ED 2000/15367, ponente: Julián Sánchez Melgar, FJ° cuarto: en el mismo sentido que la anterior.

-SAP Burgos 15-11-1999, sec1ª, rec. 144/1999, ED 1999/44102, FJ° tercero

-SAP Barcelona 9-10-2000, sec. 3ª, rec. ED 2000/52749, FJ° primero

-SAP Orense 9-11-2000, sec2ª, núm. 16/2000, ED 2000/52768,  
FJº tercero

- SAP Pontevedra 10-1-2000, sec4ª, rec. 107/1999, ED  
2000/3691, FJº segundo

Decantándose, sin embargo, por el bien jurídico  
paz familiar, encontramos los siguientes otros  
pronunciamientos:

-SAP Córdoba 21-4-1999, sec. 2ª, núm. 25/1999, ED  
1999/12410, FJº primero: *"el bien jurídico protegido por el  
delito tiene por tanto naturaleza mixta, ya que junto a la  
salud e integridad física de las personas se tutela,  
también la pacífica convivencia y armonía en el seno del  
grupo familiar"*

-SAP Córdoba 26-10-2000, sec 1ª, núm. 80/2000, ED  
2000/49032, FJº segundo: *"se ha de estar al caso concreto  
para ver si existe esa inclinación del acusado hacia este  
tipo de conductas, siempre con las miras puestas en que  
aquí se trata de proteger la convivencia y el mutuo  
respeto"*

-SAP Zamora 25-1-2001, núm 5/2001, ED 2001/1144, FJº  
primero: *"La conducta de Modesto quebranta la paz y el  
orden familiar, la normal convivencia y la protección de  
las condiciones en que pueda tener lugar el pleno  
desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo  
familiar"*

-SAP Murcia 7-2-2001, sec2ª, rec. 55/2000, ED 2001/1909, FJº primero: "Conviene destacar con la doctrina del Tribunal Supremo que la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico protegido (**la preservación de la comunidad familiar presidida por el respeto mutuo y la igualdad**) es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar"

-STS 24-6-2000, ponente: Giménez García, FJº cuarto: "Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad, presidida 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"<sup>219</sup>

-STS 9-7-2001, ponente: Soriano Soriano, FJº segundo: "La doctrina científica, la Fiscalía General del Estado y esta



misma Sala coinciden en señalar como bien jurídico protegido la paz familiar, en cuanto se sancionan los actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación"<sup>220</sup>

-STS 22-1- 2002, núm 20/2001, Ar 2631, ponente: Cándido Conde Pumpido Tourón, FJº undécimo: "Asimismo hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos.... 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."

## II. TOMA DE POSTURA

### **1. Malos tratos corporales**

El art. 153 nació como agravación de la falta de malos tratos que ahora se regula en el vigente art. 617.2 del Código penal. Lo hizo, además, para llenar el vacío legal que existía, antes de que se introdujera en el código el

---

<sup>219</sup> Vid. Diario La Ley, número 5171, 27 de octubre de 2000, pág. 15.

<sup>220</sup> Vid. Diario La Ley núm.5387, 2 octubre de 2001, pág. 11

delito por él contemplado, cuando esos malos tratos se llegaban a ejercer, dentro del ámbito familiar, reiteradamente. Frente a la respuesta insuficiente que suponía poder aplicar como mucho un concurso real de dichas infracciones, el legislador de 1989 decide introducir el delito del anterior art. 425 en el que queda tipificada y castigada la conducta de quien ejerza violencia física habitual sobre determinadas personas al autor vinculadas por razón de parentesco o custodia<sup>221</sup>. Este origen del delito es el que explica la oportunidad de comenzar la toma de postura resolviendo primero la delimitación y concreción del bien jurídico protegido en la falta de malos tratos corporales<sup>222</sup>.

Atendiendo a las distintas posturas que conforman el esquema de la discusión actual en torno al bien jurídico protegido de los malos tratos contemplados en el art. 617.2, estimo que aquél no es otro distinto de la **incolumidad corporal** entendida como "derecho a no ser molestado, perturbado o violentado en el propio cuerpo", y

---

<sup>221</sup> QUINTANO RIPOLLÉS ya mostraba su indignación ante sentencias como la de 1-3-1873 en la que no se pudieron incriminar sino como de malos tratos los inferidos reiteradamente a un niño que llegaron a poner en peligro su vida, según los partes médicos, pero en los que no se produjeron lesiones específicamente valorables. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado...., cit., pág. 716. Vid. amplia explicación sobre este punto en TAMARIT I SUMALLA, J.M.: La reforma...., cit., pág 167 y ss.

<sup>222</sup> Adelanto que a mi entender el Código contiene dos faltas de malos tratos: la falta de malos tratos corporales del 617.2 y la falta de malos tratos verbales del 620.2.

diferente de la salud o la integridad física. Podría incluso llegar a plantearse si existe un derecho a no ser tocado contra la voluntad de uno mismo. Personalmente entiendo que para alcanzar relevancia penal y constituir un valor digno de protección para el Código penal no basta con tocar a una persona contra su voluntad siendo preciso que ese toque se lleve a cabo violentamente, entendiendo violencia en su sentido dinámico, esto es, como fuerza o ímpetu. Este derecho vendría a ser algo así como una manifestación del valor libertad concretado, en su mínima expresión, en la libertad corporal o derecho de una persona a mantener indemne, que no intacto, el cuerpo.

Me decantó, pues, por la tesis que atribuye a los malos tratos corporales un bien jurídico distinto del de las lesiones respetando con ello la diferencia conceptual y de tratamiento que el Código penal dispensa a ambas figuras. No obstante, entiendo que tal definición encuentra respaldo en la postura de TAMARIT SUMALLA al ser dicho autor, quien, sin llegar a un pronunciamiento expreso, sugirió, la existencia de esa parcela mínima de protección de la incolumidad personal que es la incolumidad corporal.

El resto de las propuestas deben ser descartadas con base en las consideraciones que expongo a continuación. Las posturas de BERDUGO y QUINTANO RIPOLLÉS, coincido con

GRACIA MARTIN<sup>223</sup>, en que no son sostenibles fundamentalmente por cuanto el honor, individualmente considerado, constituye el bien jurídico de las injurias y debe quedar al margen, sobre todo, desde que en 1989 el legislador optara por la separación de los malos tratos de palabra y los malos tratos de obra, desvinculando así los malos tratos corporales de los malos tratos verbales, vía de hecho más común de la injuria, la amenaza o la calumnia<sup>224</sup>. Respecto a la libertad, sucede algo parecido en cuanto que la misma constituye a través de diferentes aspectos el bien jurídico específico de otras conductas tales como amenazas, coacciones, detenciones ilegales y agresiones sexuales. En este sentido, la libertad no nos serviría para delimitar el injusto específico de los malos tratos del 617.2: porque coincidiría y se confundiría con esas otras conductas. Tampoco nos sirve si se tiene en cuenta que la libertad es el presupuesto de todos los bienes jurídicos personales y que indirectamente resulta afectada en todos ellos<sup>225</sup>. No obstante, debe reconocerse que sí que nos podría ser válida como bien jurídico si logramos acotar un

---

<sup>223</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 852 y 853.

<sup>224</sup> Vid., en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Comentarios..., cit., pág 337.

<sup>225</sup> A juicio de GRACIA MARTÍN, la libertad, en sus diversas manifestaciones, está específicamente protegida por otras figuras de delito o falta, como las amenazas o las coacciones, y por ello, aun cuando una conducta de maltrato pueda eventualmente afectar también a la libertad, no puede estimarse que éste sea el bien jurídico

espacio específico de la libertad, distinto a los diferentes aspectos que ya tutelan otra figuras de nuestro código (así la libertad de ejecución en las coacciones, la libertad de decisión en las amenazas, la libertad deambulatoria en las detenciones ilegales y la libertad sexual en los abusos y agresiones sexuales), que se vulnera con el maltrato corporal. Pues bien, el reconocimiento de dicho espacio en la corporalidad es, en consecuencia, lo que justifica la existencia del bien jurídico "incolumidad corporal". La libertad o derecho a la corporalidad es pues la dimensión o faceta básica de la libertad que, si bien, normalmente aparecerá como antesala de otras conductas delictivas más graves, también podrá ser castigada como mera agresión corporal debido, precisamente, a la autonomía que el legislador ha otorgado a dicha incolumidad corporal. Lo anterior sucederá cuando dicha agresión no haya sido medio comisivo de la lesión de otro bien jurídico. Todo ello, sin perjuicio de que, desde otro punto de vista, la libertad, en muchos de sus aspectos protegidos penalmente, así como el honor resultan ya específicamente protegidos en la falta del 620.2 por lo que no tendría demasiado sentido protegerlos además a través de la falta del 617.2.

---

específicamente protegido por la falta de malos tratos. *Vid.* GRACIA MARTIN, L.: Comentarios..., cit., pág. 853.

Respecto al bienestar corporal, la dignidad humana o la incolumidad personal, entiendo que son bienes jurídicos excesivamente amplios que merecen un juicio crítico por su excesiva amplitud, difícilmente compatible con las funciones que debe desempeñar en el delito la categoría del bien jurídico<sup>226</sup>.

El planteamiento de GRACIA MARTIN, sin embargo, tampoco resulta convincente<sup>227</sup> porque al configurar la falta de maltrato del 617.2 como una falta de resultado material que lesiona la integridad y salud personales lo que está haciendo es negar la identidad de la figura del maltrato

---

<sup>226</sup> GRACIA MARTIN señala respecto a estos bienes jurídicos totales que los mismos terminan abocando a una tautología. Concretamente afirma, respecto a la postura de TAMARIT, que como el bien jurídico de las lesiones no le sirve a este autor para explicar el contenido de la falta de malos tratos, que es de mera actividad, tiene que remontarse a un concepto superior más amplio llamado incolumidad personal. De esta forma, consigue que para la falta de malos tratos quede al menos un residuo de bien jurídico aunque lo haga a costa de reducir el contenido material de los tipos a una mera tautología: *las acciones típicas lesionan o ponen en peligro lo que es evidente que lesionan o ponen en peligro*. Coincido con GRACIA MARTIN en que la amplitud de estos bienes jurídicos es criticable por llevar a la configuración de conceptos vagos e imprecisos, pero la idea de que conduce a una tautología no acabo de comprenderla, ni la considero suficientemente desarrollada por parte del autor. Vid. GRACIA MARTIN, L.: Comentarios..., cit., pág. 855.; En la misma línea DÍEZ RIPOLLÉS señala que "la pretensión de estas posturas que mantienen bienes jurídicos tan amplios con la idea de difuminar en mayor o menor medida la diferenciación conceptual entre los supuestos típicos de lesiones y malos tratos va en contra de la dirección político-criminal inversa a la correcta, que es precisamente la de mantener su autonomía conceptual sin perjuicio de que ambos grupos de hipótesis puedan cobijarse bajo un único bien jurídico": DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Comentarios..., cit., pág. 336.

<sup>227</sup> Para este autor, los malos tratos y las lesiones gozan de la misma naturaleza y protegen el mismo bien jurídico. No obstante, se manifiesta partidario de mantener la diferencia conceptual que el legislador ha decidido llevar al texto punitivo. Más concretamente señala que debe mantenerse la distinción entre malos tratos y lesiones no en sentido médico, aunque sí desde un punto de vista jurídico-penal

corporal, que queda indefectiblemente absorbida por la falta de lesiones<sup>228</sup>. Admitir la existencia de dos faltas de lesiones diferenciadas en términos cuantitativos, o de mayor o menor gravedad, en mi opinión, además de que puede resultar inadecuado, desde un punto de vista de técnica legislativa, contradice la dicción literal del precepto que expresamente se refiere al que "sin causar lesión" golpee o maltrate de obra. La referencia a la lesión puede entenderse como lesión del art. 147, esto es, resultado lesivo contra la integridad corporal o la salud, o bien como lesión en el sentido de lesivo de cualquier otro bien jurídico. Partiendo de que parece claro que el intérprete debe situarse en el primero de estos dos planos, si el legislador dice que el maltrato no ha de causar lesión, es porque no habrá de causar un resultado lesivo contra la salud, y tendrá en consecuencia que poseer un contenido de injusto distinto. El contenido de injusto del art. 617.2, entiendo que debe hallarse, o bien en el peligro que representa la agresión como medio comisivo de futuras infracciones (piénsese en un empujón), o bien en el mismo

---

legal, pues de esta forma lo hace el Código penal. Vid. GRACIA MARTÍN L.: Comentarios..., cit., pág. 860.

<sup>228</sup> El citado autor afirma concretamente que de *lege lata* los malos tratos del 617.2 pueden configurarse como una falta de resultado material consistente en la producción de un menoscabo de la salud y la integridad personales que no necesitan para sanar de una primera asistencia facultativa, esto es, como una falta de lesiones residuales de las no comprendidas en el art. 617.1. Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 858.

dolor que causan algunas de las conductas encuadrables dentro del ámbito de aplicación del precepto, tales como patadas, golpes o pellizcos que no causan un efectivo menoscabo en la salud. Otra cosa es que nos podamos preguntar si desde el punto de vista del principio de ofensividad dicho desvalor alcanza un grado de suficiente entidad como para que el derecho penal se vea legitimado en su intervención. Pero lo cierto es que no se debe rebasar el tenor literal del precepto por lo que se podrá proponer su despenalización por entender que no hay suficiente contenido de injusto en la falta del art. 617.2, pero lo que no se puede obviar es lo que dice el legislador.

Por otra parte, entiendo que los malos tratos corporales, como medio de ataque o vía de hecho, que el legislador ha considerado conveniente castigar, pueden constituir la antesala o vía comisiva no sólo de las lesiones sino de todas aquellas conductas susceptibles de ser cometidas violentamente, esto es, agresiones sexuales, coacciones, robos etc.<sup>229</sup>. Fundir el maltrato con la lesión por el hecho de constituir éste la vía comisiva más frecuente de las figuras de lesiones no resulta, por ello, adecuado, más si se tiene en cuenta que la intención del

---

<sup>229</sup> Viene a ser algo así como una parcela o sustrato de los demás bienes jurídicos personalísimos, que de ser afectados, lo normal será que absorban a ese bien jurídico previo, cifrado en la incolumidad corporal.



legislador parece haber sido la de castigar la mera violencia o simple agresión sin más, sin necesidad de que esta lesione la salud. Exigir del maltrato un menoscabo para el bien jurídico salud obligaría, o a configurar éste muy ampliamente, o bien, a admitir la despenalización de muchos supuestos que ahora son castigados por la vía del 617.2.: todos aquellos que no lleguen a afectar a la salud, que quedarían sin sanción penal o, cuanto menos, podrían ser castigados solamente por la vía del 620.2 como vejaciones injustas de carácter leve, o bien ser llevados a la vía civil. Por último, considero igual de rebatible el argumento que parece ser más fuerte en la tesis de GRACIA MARTIN en virtud del cual, de no configurar la falta del 617.2 como una falta de resultado material, se hace necesario admitir que entonces es de peligro abstracto, en cuyo caso, los malos tratos se convierten en un tipo carente de límites, contrario al principio de determinación del tipo. Y ello porque la otra posibilidad que queda, que es la de encontrar un bien jurídico específico, debe ser, según el citado autor, descartada al no ser posible hallar un espacio propio para el maltrato<sup>230</sup>. Es mi opinión, sin embargo, tal y como ya ha sido puesto de manifiesto, que el

---

<sup>230</sup> GRACIA MARTÍN señala al respecto que la lesión o peligro de bienes jurídicos distintos al de la integridad y salud personales, aun por medio de comportamientos de malos tratos, constituye lo injusto

mencionado espacio cabe hallarlo concretándolo, perfectamente, en la incolumidad corporal. Por todo ello, en contra de GRACIA MARTIN, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria, estimo que la estructura de la falta del 617.2 es de mera actividad, si bien, de lesión de dicha incolumidad corporal. El legislador no exige que el golpe o maltrato de obra produzca resultado alguno espaciotemporalmente separado de lo que la acción del golpe o maltrato en si mismo consiste. Esta forma de concebir la falta del art. 617.2 entiendo que se ve confirmada con la definición que la RAE otorga a la lesión en el sentido de "daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad", pues también desde un punto de vista del lenguaje común la lesión se entiende como el resultado del golpe, y recordemos que el precepto se refiere al golpe o maltrato que no cause lesión.

Descartada la postura de GRACIA MARTIN conviene ahora detenerse en la propuesta de TAMARIT SUMALLA respecto a la cual merece ser destacado el, ya advertido, cambio de rumbo que, en mi opinión experimentó, acertadamente, la misma a partir de las novedades introducidas en el Código penal por el legislador del 95, esto es, como consecuencia de la cláusula concursal incorporada al art. 153 y sobre todo,

---

específico de otros tipos. Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 857.

del entonces recién inaugurado capítulo de los delitos contra la integridad moral. En efecto, en su postura inicial TAMARIT SUMALLA configuraba para los malos tratos y las lesiones un bien jurídico amplio denominado "incolumidad personal", comprensivo de las dos dimensiones contempladas en el art. 15 de la Constitución: la dimensión de la salud física o psíquica, que se correspondería con la integridad física del texto constitucional y con la faceta del bien jurídico específicamente protegido en los delitos de lesiones, y el derecho a no ser sometido a tratos que produzcan dolor físico o psíquico o puedan calificarse como degradantes o inhumanos, que entiendo vendría a coincidir con la integridad moral y con la dimensión específicamente protegida por la figura de los malos tratos<sup>231</sup>. El objeto de tutela tanto de las lesiones como de los malos tratos quedaría, con ello, unificado en el bien jurídico incolumidad personal solucionándose de esta forma los supuestos de dudosa calificación, fruto de la resbaladiza línea fronteriza que separa a las lesiones de los malos tratos, así como los problemas concursales<sup>232</sup>. Coherente con

---

<sup>231</sup> Cfr. TAMARIT I SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 37.

<sup>232</sup> Señala el mencionado autor la inconveniencia de mantener la diversidad de bienes jurídicos en la medida que ello obliga a acudir a soluciones complejas que intentan justificarse argumentando una especial relación entre los bienes jurídicos. Concretamente se refiere a la solución de BERDUGO, que para evitar el concurso, acude a la categoría dogmática de los llamados delitos de tránsito. TAMARIT aboga por la tesis de la unidad del bien jurídico y el tratamiento conjunto

este planteamiento, y probablemente movido por influencias germánicas, el autor considera conveniente un replanteamiento de la criminalización de los malos tratos en virtud del cual debería elevarse a la categoría de delito la falta de malos tratos para regularla conjuntamente con el delito de lesiones configurando así una especie de delito mixto alternativo semejante al actual § 223 StGb<sup>233</sup>.

El primer problema que, a mi juicio, plantea la postura de TAMARIT SUMALLA deriva del mantenimiento de un bien jurídico tan amplio puesto que tal amplitud pone en peligro la función asignada, dentro de la estructura del delito, a la categoría del bien jurídico en cuanto límite del ejercicio del *ius puniendi*. Entiendo además que a la incolumidad personal pueden ser reconducidos no sólo las dimensiones salud e integridad moral, sino también, todos los bienes jurídicos personalísimos como la vida, el honor, la intimidad y la libertad. De ser esto así, tal concepto no podría servirnos para delimitar o concretar lo injusto específico del delito previsto en el art. 153. No acabo de

---

de los malos tratos y las lesiones como forma de impedir el concurso. Vid. TAMARIT i SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 95.

<sup>233</sup> TAMARIT propone la siguiente redacción: "Será castigado con la pena de multa o arresto mayor: el que maltratase corporalmente a otro infligiéndolo de propósito sufrimientos físicos o psíquicos, así como el que produzca a otro un menoscabo en su salud física o mental que, por su gravedad haga necesario para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico...", Vid. TAMARIT i SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., págs. 93 y 97.

comprender, por otro lado, las ventajas de mantener esa unidad del bien jurídico, sobre todo, en el sentido que apunta TAMARIT SUMALLA de solucionar el problema concursal. Lejos de ello, considero que aun admitiendo un bien jurídico único con dos dimensiones, en los casos en que exista ataque a ambas, la solución acertada es la de aplicar el concurso de delitos y no el de normas. De otra forma, esto es, si entendiéramos que el concurso es de leyes, al ser dimensiones autónomas con un espacio propio estaríamos dejando de cubrir todo el desvalor de la conducta en esos casos y el ataque a alguna de las dos dimensiones quedaría sin castigo. Lo dicho no deja de ser un argumento más a favor de mantener la distinción de bienes jurídicos así como la diferencia conceptual que establece el propio tenor literal del vigente Código penal respecto a las lesiones y a los malos tratos.

La segunda objeción que cabe hacer a la formulación de TAMARIT SUMALLA vendría referida a la escisión que realiza el mismo del bien jurídico "incolumidad personal". El autor distingue únicamente dos planos: el de la salud y el de la integridad moral, olvidando, parece una tercera faceta que sería la que debe situarse en la incolumidad corporal como base o presupuesto de las otras dos. Por otro lado, del replanteamiento que sugiere en cuanto a la criminalización de los malos tratos se deduce que éstos sólo deberán ser

castigados cuando, por alcanzar determinada intensidad, terminen lesionando la integridad moral o la salud, o bien, cuando, por su levedad, quepa reconducirlos a la falta de vejaciones injustas, dejándose de castigar, en todo caso, como meros malos tratos, dando lugar a una cierta falta de protección, sobre todo, en los casos en que no teniendo encaje en el delito de maltrato, resultara insuficiente la pena señalada a la vejación injusta de carácter leve. Personalmente, no puedo compartir la pretensión de despenalización de la falta de maltrato aunque no encuentro inconveniente en tipificar un delito de maltrato, paralelo a la falta de maltrato, si es que éste no se halla ya previsto en el art.173 del vigente Código penal, y reconociendo la dificultad de encontrarle una correcta ubicación dentro del mismo.

Después de 1995, TAMARIT abandona el término incolumidad personal para pasar a referirse a la incolumidad corporal como bien jurídico genérico o espacio común de las figuras de lesiones y malos tratos, tanto en su modalidad de mero maltrato, como en su modalidad lesiva contra la integridad moral. En el nuevo esquema de TAMARIT SUMALLA el bien jurídico de la falta del 617.2 no es ni la salud ni la integridad corporal sino la mera incolumidad corporal, pudiendo la agresión mínima o simple maltrato intensificarse en el injusto hasta afectar o menoscabar la

salud o la integridad moral. De este nuevo planteamiento es de donde se desprende el reconocimiento de la existencia del bien jurídico incolumidad corporal. Como, por otra parte, abandona por completo la expresión incolumidad personal, me atrevo a pensar, aunque el autor no lo reconozca expresamente, que quizá también haya renunciado a su idea de globalidad e incluso a su empeño unificador malos tratos/lesiones.

Además de TAMARIT SUMALLA, la existencia de este bien jurídico ha sido reconocida por otros autores como BERISTAÍN IPIÑA cuando afirma que *"el grado mínimo de la lesión lo constituye la violencia que es superior a las meras vais de hecho, sin que haga falta llegar a la producción de enfermedad, de incapacidad laboral, de herida, contusión, equimosis o erosión"* o que *"los malos tratos se diferencian de la simple vis física en que esta violenta únicamente la libertad de la víctima, mientras los malos tratos violan su incolumidad corporal"*<sup>234</sup>.

Los reparos que cabe hacer a la postura de BERISTAÍN IPIÑA entiendo que pueden ser varios. La primera crítica debería recaer en su empeño de unificar el tratamiento de las lesiones y los malos tratos mediante la ampliación del bien jurídico y, al igual que TAMARIT SUMALLA, en utilizar

---

<sup>234</sup> Vid. BERISTAÍN IPIÑA. A.: Observaciones acerca..., cit., págs. 12 y 15.

como concepto global lo que no es sino una parcela de esa globalidad. Aquello que es una parte del todo no puede llamarse igual que el todo porque dejaría de abarcar las demás partes que integran la totalidad. Por eso, entiendo que la incolumidad corporal es la parte y la incolumidad personal el todo. No obstante, insisto en que este concepto total no nos sirve para el bien jurídico por su demasiada amplitud en la que, por otra parte, tendrían cabida no sólo los bienes jurídicos que aquí se están intentando delimitar sino todos aquellos que definen a la persona como tal, esto es, la vida, el honor, la intimidad, etc. Por otro lado, considero que la libertad a la que se refiere el autor no es algo distinto de la incolumidad corporal y que el maltrato coincide básicamente con la violencia o vís física.

Finalmente, QUINTANO RIPOLLÉS también lo ha reconocido, aunque desde la perspectiva de la separación, al señalar que *los malos tratos no son lesiones sino una tipología inicial y periférica de la que a su vez pueden derivar o no lesiones en sentido estricto. Los malos tratos, en este sentido, son faltas contravencionales sin parangón en el libro segundo y la falta de lesiones constituye una falta delictual. El honor, la honestidad o*



la libertad son intereses que rebasan el ámbito de la física incolumidad<sup>235</sup>.

## 2. Lesiones

El bien jurídico protegido en la figura de lesiones entiendo con la mayoría que es la **salud física y psíquica de la persona**<sup>236</sup>. La salud constituye, en este sentido, el núcleo fundamental que se quiere proteger a través de los tipos de lesiones. Otra cosa es que exista acuerdo doctrinal en cuanto a la denominación que debe acompañar a este bien jurídico, en cuanto a su configuración como un bien jurídico pleno o en cuanto a su contenido mismo.

El problema de la denominación, en mi opinión, tiene mucho que ver con la opción ya analizada que se le presenta al autor cuando pretende resolver la relación malos tratos/lesiones. Según ésta, aquellos que optan por la separación conceptual y sistemática de dichas figuras no tienen reparo en admitir que el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones es la salud, sin más. En cambio, quienes pretenden la unificación, como quiera que les asignan el mismo bien jurídico, se encuentran con la

---

<sup>235</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de..., cit., pág. 855.

<sup>236</sup> Vid. *supra* en el epígrafe donde se expone la polémica doctrinal.

necesidad de ampliar el de las lesiones para incluir en ellas los malos tratos. Esta ampliación hay quien la lleva a cabo utilizando términos más amplios que engloban el de salud como hace TAMARIT SUMALLA respecto a la incolumidad personal<sup>237</sup> y hay quien, como DIEZ RIPOLLÉS, prefiere añadir a la rúbrica del bien jurídico una referencia expresa a la integridad<sup>238</sup>. Junto a la de estos autores, destaca la fórmula de CARDONA LLORENS quien, sin necesidad de ampliar el bien jurídico, descarta igualmente la denominación salud al considerar más acertada y más acorde con los dictados de la ciencia médica actual la que propone a la integridad biológica como bien jurídico protegido. Si no comparto el empeño unificador es porque considero que el bien jurídico de las lesiones puede desarrollar mejor sus funciones de interpretación, sistemática y garantía si se configura precisa y concretamente. Ello implica respetar la

---

<sup>237</sup> Contra esta ampliación se manifestó BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE por entender que la misma podría tener sentido en ordenamientos que estructuran el delito de lesiones incorporando a él los malos tratos como modalidad delictiva típica pero no en España donde tal ampliación carece de fundamento y conduciría a una indeseable ampliación de intervención del derecho penal en este delito, difícilmente compatible con las exigencias que se derivan del Estado de derecho. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit., pág. 22.

<sup>238</sup> La forma de proceder de DÍEZ RIPOLLÉS no creo que sea diferente de la de TAMARIT SUMALLA. No obstante, dentro de lo que implica de ampliación tiene la ventaja de restringir un poco más que el segundo el bien jurídico protegido. Entiendo, por lo demás, que el autor está hablando de integridad corporal, pues la personal incluiría también a la moral y significaría una extensión desmedida de la figura de lesiones. Con la referencia a esta integridad corporal muchos malos tratos que quedarían despenalizados o reconducidos a la falta de malos tratos del 620.2, por no afectar a la salud, siguen teniendo encaje en la falta de lesiones, quizá confundiéndose el plano de la integridad

separación que el legislador mantiene en el Código y establecer con claridad sus respectivos injustos específicos a partir de la delimitación de los bienes jurídicos que se tutelan en cada una de las descripciones típicas. Tampoco suscribo la propuesta de CARDONA LLORENS en la medida en que entiendo compatibles la idea de integridad biológica con la salud sin que llegue a ser necesario la sustitución de términos. La integridad biológica puede ayudar a entender, desde un punto de vista médico, el concepto salud personal, pero este último lo considero más idóneo para desarrollar las funciones de bien jurídico en cuanto que dicho término goza de reconocimiento constitucional en el art. 39 en relación con el art. 15 de la CE, lo cual favorece al contenido material del mismo. Me sumo, en definitiva, a las críticas que, por su excesiva amplitud, dirige el citado autor, a la definición de la OMS pero estimo que la solución no puede venir de la sustitución terminológica sino de restringir o fijar límites a tan amplia definición<sup>239</sup>.

---

corporal con el de la incolumidad que es anterior en la escala de progresión de ataque al bien jurídico.

<sup>239</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, por ejemplo, limita el amplio concepto con el correctivo de la posibilidad de participación en el sistema social. Frente a las críticas que TAMARIT SUMALLA opone a la definición de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en el sentido del riesgo que implica la misma de supeditar la protección del individuo, en particular, a las necesidades de favorecer su participación en el sistema social, pervirtiendo la jerarquía de valores derivado del principio personalista consagrado en el art. 10.1 CE que exige la tutela de la persona por el sólo hecho de serlo con independencia de su posición en las relaciones sociales, BERNARDO DEL ROSAL argumenta

En conclusión, el bien jurídico protegido en las lesiones es la salud, si se prefiere, física y psíquica de la persona, pero salud, en todo caso, distinta de la incolumidad corporal, que es el bien jurídico protegido en los malos tratos, y respecto al cual, representara en muchas ocasiones: todas aquellas en las que la lesión sea cometida a través de un maltrato físico, una simple progresión en el injusto.<sup>240</sup>

Mayor problema que su denominación o que su inclusión o no en bienes jurídicos más amplios es el que plantea su definición, esto es, la cuestión relativa a qué debe entenderse por salud física y psíquica de la persona o cuál

---

que no existe tal supeditación desde el momento en que al individuo se le protege por sí mismo y, por el mero hecho de serlo, en todas las manifestaciones y dimensiones de la salud, una de las cuales es, precisamente, la de posibilitar la normal participación del individuo en el sistema social. Vid. DER ROSAL BLASCO, B.: "El tipo básico de...", cit., pág. 244. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE no está sino acogiendo la forma de entender el bien jurídico ínsita en planteamientos como el de MIR PUIG o el de TERRADILLOS BASOCO. Para el primero el bien jurídico no puede entenderse como realidad naturalística ni como valor ético-individual sino en sentido social, en cuanto condiciona las posibilidades de participación en los sistemas sociales por parte de cada individuo. El segundo concreta el contenido de las posibilidades de participación en forma de "posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas". Vid. MIR PUIG, S.: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1982 pág 62. Es interesante advertir que tal posibilidad de participación MIR PUIG no la entiende sólo como posibilidad de participación activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás. Vid. MIR PUIG, S.: Derecho penal, parte general, Barcelona, 1998, pág 92.

<sup>240</sup> En esos casos, la incolumidad quedará absorbida por la salud sin que por ello sea necesario que la primera tenga que perder su autonomía. Ésta puede ser la razón que explique la regulación conjunta en el apartado de las faltas: que estadísticamente la falta o el delito de lesiones vengan precedidos por una falta de maltrato al consistir en su origen en un golpe o maltrato de obra.

es el contenido del bien jurídico salud personal. Por todo lo dicho hasta el momento, entiendo que el concepto que se acabe proponiendo habrá de ser lo suficientemente amplio como para acoger en él los supuestos conflictivos de difícil encaje aunque, al mismo tiempo, deberá también restringir el concepto fijado por la Organización Mundial de la Salud. Para hallar un bien jurídico de tales características conviene recordar la postura de BERNARDO DEL ROSAL, según la cual, la idea de salud de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE es semejante a la que propugna CARDONA LLORENS aunque denominándola integridad biológica: *la propuesta de CARDONA LLORENS difiere de la planteada por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE únicamente en la denominación del bien jurídico protegido, pero coincide con ella en que dicho bien jurídico ha de referirse al cuerpo y sus funciones, al cuerpo y su normal funcionamiento, de manera que posibilite la participación del individuo en el sistema social, es decir, coincide perfectamente con ella en el contenido de dicho bien jurídico.*<sup>241</sup> El citado autor, yendo más allá, no encuentra impedimento para extender la identificación también a la postura de TAMARIT SUMALLA, al entender que su criterio no difiere esencialmente del de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, a pesar de que aquél se quiera distanciar de este último, atribuyendo a su definición toda clase de

---

<sup>241</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: "El tipo básico de...", cit., pág 240.

objecciones. Efectivamente -señala BERNARDO DEL ROSAL- lo que TAMARIT SUMALLA denomina "salud física y psíquica" en nada difiere de lo que BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE denominó en su momento "salud personal". La única diferencia que observa entre ambas posturas reside en la distinta ubicación de los malos tratos: para TAMARIT SUMALLA es la dimensión que, junto a la salud, configura el bien jurídico incolumidad personal; para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en cambio, no debe quedar integrada bajo la protección de los delitos de lesiones sino relegada a una figura independiente.<sup>242</sup>

Como conclusión, cabe señalar que sólo la salud es el bien jurídico protegido en la figura de lesiones y que debe entenderse, a mi juicio, en los términos que la formuló BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, esto es, no como mera ausencia de enfermedad, sino como "estado en el que una determinada persona desarrolla sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano u aparato, que constituye, además, una de las condiciones previas que posibilitan una concreta relación de participación en el correspondiente sistema social" y, respecto del cual, la integridad corporal no representa sino uno más de sus aspectos o dimensiones.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: "El tipo básico...", cit., pág. 243.

<sup>243</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit., pág. 22.

### **3. Delito de violencia doméstica o maltrato habitual en el ámbito familiar**

El estudio del bien jurídico del delito contenido en el art. 153 del Código penal debe estar presidido por la idea de que no nos encontramos ante un delito de lesiones pero tampoco, exactamente, ante un tipo agravado o cualificado de la falta de malos tratos. A mi entender, pese a su ubicación en el capítulo de las lesiones y, no obstante su especial forma de realización, que admite únicamente el ejercicio de violencia física o psíquica, se trata, en realidad, de una figura agravada del delito descrito en el art. 173, tipo básico y común de los delitos contra la integridad moral<sup>244</sup>.

No es un delito de lesiones por cuanto la estructura del delito no exige un efectivo menoscabo de la salud de la víctima, bastando el mero ejercicio de violencia física o psíquica para realizar la conducta típica. Dicho argumento se ha venido viendo reforzado por la introducción de una

---

<sup>244</sup> En este sentido, vid. BARQUÍN SANZ, J.: Delitos contra..., cit., pág. 40. El citado autor hace hincapié en que en el art. 173 se describe un delito común, frente a los delitos especiales que lo acompañan en la misma ubicación sistemática, más no un tipo básico con respecto a ellos en cuanto que exige gravedad. Considerándolo, igualmente, como un tipo agravado del delito del art. 173, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit., pág. 194 y MORILLAS CUEVAS, L.: "Respuestas del Código penal...", cit., pág. 672.

cláusula concursal en el precepto que, si en un primer momento obligó a castigar por separado todos los resultados que del ejercicio de la violencia física se pudieran derivar, no sólo de lesiones sino también cualquier otro resultado que procediera de una previa conducta llevada a cabo violentamente, en un segundo momento, y tras la Reforma del 99, ha pasado a castigar por ella a todos los delitos o faltas en que se hayan concretado los actos de violencia física o psíquica. Todo ello conduce a reafirmar, indudablemente, la independencia de este tipo frente al tipo de las lesiones, que en caso de concurrir deberán ser castigadas en concurso con la pena contemplada por el art. 153<sup>245</sup>.

Pero, a mi juicio, tampoco puede ser considerada como una figura de lesiones desde su contemplación como un delito de peligro: no hay duda que la reiteración de agresiones que implica el delito de violencia doméstica pone en peligro la salud sobre todo mental de la víctima de malos tratos, pero antes de que ese peligro se produzca ya

---

<sup>245</sup> Vid. en el mismo sentido, CUENCA I GARCIA, M.J.: "La violencia habitual...", *cit.*, pág. 15. CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC señalan que no estamos ante un genuino delito de lesiones sino ante una infracción de malos tratos, a la que la habitualidad y el ámbito familiar convierten en delito, y además, que no puede ser la salud el bien jurídico protegido porque es perfectamente concebible la consumación del delito sin resultado lesivo alguno. Frente a ello, GRACIA MARTIN contesta que en los delitos de peligro cabe la consumación sin resultado de lesión o menoscabo para el bien jurídico y el delito del 153 es un delito de peligro abstracto. Vid. GRACIA MARTIN, L.: Comentarios al...., *cit.*, pág. 423.



se ha menoscabado efectivamente, en mi opinión, el bien jurídico integridad moral. Por otra parte, si el legislador lo que pretendía con esta figura era adelantar la barrera de protección del *ius puniendi* en supuestos en que la reiteración de faltas es normal que de lugar a futuras lesiones de la salud o la integridad, no se entiende bien la solución concursal que en el mismo precepto se propone. A mi entender, adoptar esta última postura lleva a consecuencias indeseables por lo que respecta a la resolución de los problemas concursales siendo por ello preferible con mayor motivo la vía de encontrar el bien jurídico autónomo distinto de la salud que se protege con este delito. Finalmente, el argumento sistemático citado en defensa del bien jurídico salud no puede ser considerado determinante en la medida en que no es ésta la primera ocasión, ni la última, en que el legislador parece haber errado al ubicar alguno de los preceptos en el Código penal<sup>246</sup>.

Por lo que respecta al otro bien jurídico más frecuentemente alegado, no sólo por la doctrina sino también por la jurisprudencia, esto es, el relacionado con el ámbito familiar, denominado las más de las veces,

---

<sup>246</sup> Por fin, parece que el legislador ha recapacitado y en la reforma prevista ha incluido una modificación en ese sentido, razón fundamental para seguir defendiendo dicho bien jurídico, que entiendo tira por tierra todos los argumentos de los defensores del bien

relaciones familiares o armonía o paz familiar, debe ser rechazado fundamentalmente por dos razones que ya han sido puestas de manifiesto por la doctrina. Por un lado, porque el precepto lejos de proteger a la familia en sí misma como institución lo que está intentando preservar es la integridad de cada una de las personas que integran esa unidad familiar frente a los abusos que pueden proceder de las personas que dentro de la misma desempeñan una posición de supremacía. Pero defensa, al fin y al cabo, frente a los peligros o daños que pueden proceder de la familia. No debe, en definitiva, como ha señalado algún autor, *confundirse el objeto de tutela de este delito con el entorno en el que el mismo se produce*<sup>247</sup>.

Por otro lado, coincido con los autores que ponen en tela de juicio que una vida más o menos afectiva, pacífica o armoniosa dentro del ámbito familiar sea un bien jurídico digno de protección penal, teniendo en cuenta la función de última ratio que el ordenamiento jurídico penal debe desempeñar<sup>248</sup>.

Otro de los motivos que pueden coadyuvar a considerar rechazable la postura de quienes defienden tal bien jurídico es la falta de concreción que a veces rodea a su

---

jurídico "salud".

<sup>247</sup> Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de malos tratos...", cit., pág. 54.

<sup>248</sup> Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de malos

pronunciamiento. Me refiero, en concreto, a la posición que en torno al bien jurídico mantiene la Fiscalía General del Estado, postura que como no podía ser de otra forma, está siendo recogida por la jurisprudencia<sup>249</sup>. En efecto, señalar que el delito del art. 153 es una figura que pretende tutelar otros valores reconducibles al ámbito de protección de los artículos 15 y 39 de la Constitución, esto es, a la integridad moral o derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes así como a la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar, no es decir nada o es decir demasiado, porque un bien jurídico o se concreta claramente o no puede llevar a cabo su función delimitadora, esencial para el derecho penal.

GRACIA MARTIN, por su parte, refiriéndose a la falta del art. 617.2, rechaza que el bien jurídico sea las "relaciones familiares" o "los deberes de asistencia

---

tratos..., *cit.*, pág. 23.

<sup>249</sup> *Vid.* STS 24 de junio de 2000: "El bien jurídico trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad, 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 y en el derecho a la seguridad, 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", reflexión que lleva a la conclusión de 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".

familiar", porque estos deberes alcanzan a la protección de un número de bienes más amplio y no es específico de la integridad y salud personales, aunque la lesión de tales deberes pueda encajar con un concepto clínico de malos tratos. Señala además que la realización de la falta normalmente determinará una perturbación de la pacífica convivencia y armonía familiares, pero que ésta es irrelevante para fundamentar lo injusto específico de la falta y en cualquier caso, deberá relegarse al ámbito de la *ratio legis* del precepto, sin que pueda desempeñar la función de bien jurídico protegido. Refiriéndose ya al delito del art. 153, niega su condición de delito contra la familia o las relaciones familiares porque desde un punto de vista formal si así fuera se habrían incluido en el título XII dedicado precisamente a los delitos contra las relaciones familiares y porque, por otro lado, el comportamiento típico descrito puede llevarse a cabo en el seno de relaciones que no tienen naturaleza familiar<sup>250</sup>.

Todavía más convincente me parece la crítica que al respecto recoge TAMARIT SUMALLA cuando ante el debate que surge, dentro de la doctrina italiana y a partir del delito regulado en el art. 572 del Código penal italiano, denominado "malos tratos en familia", entre los partidarios

---

Vid. otros pronunciamientos semejantes *supra*, epígrafe 1.3.4.

<sup>250</sup> Vid. GRACIA MARTIN, L.: Comentarios..., cit., págs. 418 y 877.

de concretar el objeto jurídico de tutela en la familia, como bien susceptible de consideración autónoma, y los autores que, tratando de superar una concepción corporativa de la familia, intentan individualizar el bien jurídico en categorías vinculadas a posiciones jurídicas subjetivas, tales como "la integridad física o psíquica de la víctima" o "el interés a no ser sometido a un sistema de vejación o de violencias, instaurado sobre el abuso de una situación de sujeción de la persona" o "la personalidad de la víctima independientemente de la posición ocupada en el grupo", se decanta finalmente por esta segunda opción al cifrar el bien jurídico del art. 572 en la incolumidad personal. TAMARIT añade que no resulta compatible con los principios inspiradores del régimen jurídico de las relaciones familiares concebir a la familia "per se" como valor susceptible de una abstracta tutela penal distinta a la prevista respecto de sus miembros<sup>251</sup>.

Personalmente, considero que el precepto debe ubicarse, como ya ha sido puesto de manifiesto, en el título VII que lleva por nombre "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", pues es éste el bien jurídico más directamente afectado por el delito. La

---

<sup>251</sup> Vid. TAMARIT I SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., págs. 169-171. CUENCA I GARCÍA, sin embargo, parece manifestarse proclive a reubicar la figura del 153 llevándola a los delitos contra las relaciones

familia representa tan sólo el marco en el que, por desarrollarse en ella la conducta típica, determina una agravación de la pena no sólo por la mayor indefensión en la que se encuentran las víctimas del delito sino, sobre todo, por el peligro que existe de afectar a la salud psíquica de las mismas, además de que se puede llegar a interrumpir el proceso normal de maduración o desarrollo que debe acompañar siempre al menor dentro del seno familiar. En definitiva, más que a la familia en su conjunto, con el delito del art. 153 se está protegiendo, individualmente, a los miembros más débiles de ésta frente al abuso que sobre los mismos pueden ejercer aquellos otros miembros de la familia que ocupan una posición más fuerte por razón de sexo o edad, normalmente.

Por último, frente a la posición escéptica y reacia a la intervención del derecho penal en el ámbito doméstico me sumo a la justificación que ofrece TAMARIT en respuesta a quienes como BUSTOS entienden que tal intervención supone "una fácil huida hacia el derecho penal". Para TAMARIT, *la existencia de un encubrimiento cultural de las violencias ejercidas en el núcleo familiar, situación derivada de un modelo autoritario de vertebración de la familia en torno a la figura del elemento masculino como jefe doméstico,*

---

familiares, Cfr. CUENCA I GARCIA M.J.: "La violencia....", cit., pág 638.

todavía no plenamente eliminado socialmente, y la constatación de la necesidad de superar este lastre cultural a través de medidas políticas de distinto signo no son cuestiones que hoy puedan considerarse controvertibles, pero tampoco sirven por sí solas para descalificar la reforma de las leyes penales, entendida además como una medida más de política legislativa, cuando precisamente se hacían patentes graves lagunas que favorecían la impunidad de las conductas que ahora se castigan por vía del 153<sup>252</sup>.

Personalmente entiendo que el proceso de reforma ha culminado con gran éxito al completar la protección ofrecida a la integridad moral primero por el art. 425, más tarde por el vigente art. 153, con un título específico que tutela la integridad moral. La justificación, en este sentido, es más que suficiente, por cuanto la integridad moral viene protegida con autonomía tanto constitucional como internacionalmente, prueba de su importancia y reconocimiento, así como porque dicho bien jurídico no encuentra protección suficiente a través de las distintas figuras que ya contempla nuestro Código penal. Todo ello, sin perjuicio de reconocer que la regulación actual es muy susceptible de mejora en su redacción y por supuesto en su ubicación.

---

<sup>252</sup> Vid. TAMARIT I SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., págs. 173-174.

Pero tampoco se trata -decíamos-, rigurosamente, de un tipo agravado de la falta de malos tratos<sup>253</sup>, aunque debe admitirse que la relación que une al delito del art. 153 con aquélla parece mucho más intensa que la que mantiene el mismo delito con las figuras de lesiones. La intensidad de tal vinculación se infiere, por un lado, de la ratio legis del precepto, y por otro lado, de su específico modo de realización. En efecto, el art. 153 nació con la

---

<sup>253</sup> La mayoría de la doctrina afirma que se trata de una agravación o cualificación del 617.2. Para GUALLART DE VIALA constituye, materialmente, una cualificación de la falta del 582.2 en razón de la concurrencia de tres elementos: la existencia de un determinado vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, el empleo de violencia física, y la habitualidad. Vid. GUALLART DE VIALA, A.: La nueva protección..., cit., pág. 110, y en idéntico sentido MUÑOZ CONDE, BERDUGO, GARCIA ARAN: La reforma..., cit., pág. 105; SUÁREZ GONZÁLEZ estima que el comportamiento típico se configura en parte como una modalidad agravada de la falta de malos tratos del 617.2. Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: Comentarios al Código penal, dir. RODRIGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, Madrid, 1997, pág. 440 ; ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA entienden que el bien jurídico del 153 ha de ser el mismo que el de las lesiones, es decir el de la incolumidad personal, además de por su ubicación porque no cabe olvidar que materialmente este delito constituye, en realidad, una cualificación de la falta del 582 del Código Penal, determinada por la concurrencia de específicos elementos o requisitos. Vid. ARROYO DE LAS HERAS, A./ MUÑOZ CUESTA, J.: Parte especial..., cit., pág. 143. Esta afirmación, aunque es cierta, debería en mi opinión ser matizada para no ser confundida con lo que técnicamente solemos denominar tipo agravado de un tipo básico. La agravación que representa el 153 respecto de la falta del 617.2 es una agravación material, que no formal, de la falta de malos tratos pues para que fuera formal tendrían que tener el mismo bien jurídico. Aciertan, por ello, los autores cuando se refieren al carácter material de la agravación. Los bienes jurídicos de ambas infracciones, insisto, en que son distintos por lo que el delito del 153 tiene que ser autónomo respecto de la falta. Por la misma razón, tampoco cabe pensar en una relación delito-falta delictual semejante a la que pueden mantener entre sí cualquiera de las faltas recogidas en el libro III que poseen su equivalente en el libro II. La falta del 617.2 pertenece al grupo de las denominadas por la doctrina faltas contravencionales, sin parangón en el libro de los delitos. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado..., cit., pág. 855. Vid. también, MUÑOZ CONDE refiriéndose a que, más que como un delito de lesiones, este precepto puede entenderse como una cualificación de la falta de malos tratos recogida en el art. 617.2 a la que se añade el elemento de la



finalidad concreta de agravar la pena prevista por el art. 617.2 para hacer frente a la desprotección en que se encontraban las víctimas de malos tratos continuados dentro del ámbito familiar<sup>254</sup>. En cuanto al modo de realización, la

---

habitualidad, MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal, parte especial, Valencia, 1999, pág. 121.

<sup>254</sup> Baste recordar lo que señala la Exposición de motivos de la Ley 3/89 para comprender tal afirmación: "Respondiendo a la protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delitos los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente configurados mas que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual". CARRECEDO BULLIDO explica que antes de 1989 los malos tratos reiterados eran reconducidos, en la mayoría de los casos, a la falta de lesiones, resultando indiferente que la conducta agresiva se produjera o no de un modo sistemático. La sanción que se acababa imponiendo al agresor resultaba doblemente perversa, pues si la pena era pecuniaria, repercutía negativamente sobre la propia economía de la víctima, normalmente subordinada a la economía del autor. Pero es que si la pena era de arresto mayor, el cumplimiento de la pena en el hogar, con la prohibición de salir del mismo durante el tiempo de la condena, representaba igualmente una penalización de la agredida. En definitiva, la levedad del castigo, generaba un sentimiento de profunda indefensión en la víctima y de absoluta impunidad en el maltratador. Ante esta situación, resultaba imprescindible que la reiteración o habitualidad de la conducta fuera tomada en cuenta por el legislador como elemento agravatorio del comportamiento y, en consecuencia, de la respuesta penal. Reproduzco aquí algunas palabras del Informe de la Comisión de Derechos Humanos del Senado que cita la autora en apoyo de estas argumentaciones que, según parece, ya estaban siendo tomadas en consideración por quienes preparaban la reforma penal: "De acuerdo con los numerosos testimonios recibidos, la actual redacción del Código penal no parece la más adecuada para la tipificación de este delito en concreto. Su inclusión, dentro del delito o falta de lesiones, en el que la gravedad se mide por la gravedad de las lesiones en un momento dado, obvia alguna de las características más sobresalientes de los malos tratos dentro del ámbito doméstico. (...) Al estar asimilado al delito de lesiones no se tiene en cuenta que una característica propia de este fenómeno social es su reiteración a lo largo del tiempo. Se trata de algo no esporádico o accidental, como otro tipo de agresiones fuera del ámbito doméstico y entre sujetos distintos, sino de una forma más o menos habitual de relación y conducta. Así, parece paradójico que, de acuerdo con la Ley vigente, la repetición sistemática del maltrato no pueda tener un tratamiento penal específico...". Vid. CARRECEDO BULLIDO, R.: Otra frontera rota (I): aspectos jurídicos de la violencia doméstica, Comisión para la Investigación de Malos tratos a mujeres, Madrid, 1998, págs. 37 y 38. Por último, merecen ser destacadas las observaciones que realiza QUINTERO OLIVARES en cuanto a cómo el legislador, con la incorporación de este delito, no estaba sino siendo sensible, en el terreno político-criminal, a la frecuencia

conducta típica descrita en el art. 153 se circunscribió en un primer momento al ejercicio de violencia física continuada que es maltrato corporal del art. 617.2, para pasar, en un segundo momento, y tras la Reforma del 99, a ampliarse al ejercicio de violencia psíquica que es maltrato verbal del art. 620.2. No obstante, entiendo que ninguna de tales circunstancias, individual o conjuntamente consideradas, puede llegar a constituir impedimento suficiente para seguir defendiendo la autonomía del delito del art. 153: aunque surgiera como agravación de la falta de malos tratos corporales y aunque exija de la realización de la misma o de la falta del art. 620.2. El delito del art. 153 nació, pues, como agravación del art. 617.2 pero para formar un delito autónomo<sup>255</sup>, que protege un bien

---

de los malos tratos sistemáticos de los que habitualmente eran víctimas mujeres y niños, habiéndose mostrado insuficiente la simple falta de malos tratos, sobre todo, por su escasa capacidad intimidatoria. Por lo demás, QUINTERO aleja la configuración del nuevo delito del denominado delito de hábito, más propio de un derecho penal de autor incompatible con la seguridad jurídica, aunque reconozca también que ciertas conductas solamente adquieren su significado exacto cuando son habituales. Es por eso que entiende que han de conciliarse ambos extremos, finalidad que aparece conseguida en el nuevo precepto al ser los hechos individualmente considerados relevantes penalmente. Lo que se castiga, por tanto, no es una forma de vivir o una costumbre mas o menos reprobable socialmente, sino una sucesión de pequeñas infracciones que arrojan una figura más cercana a lo que se conoce como delito continuado, en el que la valoración de la antijuridicidad se hace tomando el conjunto de hechos para evitar que la escasa entidad de cada uno de ellos haga que la separación de los procesos se transforme en un beneficio para su autor. Personalmente, considero, aunque QUINTERO no lo especifique, que se tiene que estar refiriendo, más que al delito continuado, que tiene un efecto penológico atenuatorio, al denominado delito masa, tipificado en el actual art. 74.2. Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de...", cit., págs. 937 y 938.

<sup>255</sup> Dicha autonomía ha sido, recientemente, explicada con gran claridad en una circular de fiscalía en virtud de la cual queda establecido que

jurídico distinto de la incolumidad corporal<sup>256</sup>. Ese bien jurídico, que algunos han encontrado en realidades, más o menos abstractas, más o menos amplias, como el bienestar personal o la seguridad y paz familiares o la dignidad humana, entiendo con CARBONELL/GONZALEZ CUSSAC, con TAMARIT SUMALLA, con GARCÍA ARÁN y con CUENCA GARCIA que ha de concretarse en la integridad moral o derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes.

---

la habitualidad debe ser entendida como "conducta reiterada distinta de cada uno de los maltratos corporales que la integran pero evidenciada por estos, propiciando no una situación puntual o hecho aislado violento sino la creación de un clima de violencia sostenida en dicho núcleo familiar que el legislador pretende reprimir, además o junto a tales concretas manifestaciones. La conducta del 153 - violencia habitual- es, en este sentido, distinta de la de los concretos actos aislados en que se manifiesta. Los actos aislados se cometen en un determinado momento y producen un concreto resultado. La violencia habitual es una actividad permanente que no cabe señalar cometida en momentos concretos sino que, aunque se manifieste en actos susceptibles de ser singularizados, se despliega durante todo el tiempo y también en el lapso de tiempo que media entre los concretos actos de violencia. Una cosa es la violencia habitual y otra distinta los concretos actos que componen aquella". Vid. Circular 24 de Octubre 1998, num 1/1998, Ministerio Fiscal, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, 15 de marzo 1999, 1100.

<sup>256</sup> CUELLO CONTRERAS advierte con la finalidad de que las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 3/89 no induzcan al error de pensar que estamos ante una agravación de la falta, pues no es la pluralidad de faltas la que convierte a la falta en delito sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es: la permanencia del trato violento, siendo por ello preferible su consideración como delito autónomo. CUELLO CONTRERAS, J.: El delito de..., cit., pág 11. Esta autonomía la afirman incluso aquellos autores que atribuyen a los malos tratos el mismo bien jurídico que el de las lesiones. GRACIA MARTÍN, por ejemplo, dice que el delito del 153 no puede ser figura agravada de la falta del 617.2 porque ésta es de resultado material y la conducta típica del 153 es de mera actividad. Vid. GRACIA MARTIN, L.: Comentarios..., cit., págs. 426 y 485. También TAMARIT (antes del 95, pues después tiene que reconocer que la cláusula concursal obliga a aplicar un concurso de delitos) resolvía el problema concursal aplicando, al considerar bien jurídico común de las tres infracciones la incolumidad personal, el concurso de leyes a todos los supuestos con la única excepción del antiguo 425, por ser éste delito autónomo y en el supuesto concreto de que, concurriendo el delito del 425 con lesiones, los malos tratos de éstas

En contra de este bien jurídico se ha pronunciado, entre otros, GRACÍA MARTÍN. El citado autor sostiene que un Derecho penal estructurado sobre la categoría de la tipicidad y orientado a la protección de bienes jurídicos diferenciados que se organizan en un sistema, no puede asumir la dignidad humana como un bien jurídico específico y diferenciado. La dignidad humana es un atributo totalizador que debe explicarse como una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, que en el mundo jurídico se traduce en una pluralidad de bienes jurídicos personalísimos diferenciados y de derechos subjetivos personalísimos reconocidos constitucionalmente como fundamentales. Todo bien jurídico de carácter personalísimo es reconducible finalmente a la dignidad de la persona, de modo que todo atentado a cualquiera de dichos bienes (honor, vida, libertad, salud personal...) supone, sin duda, una lesión del respeto debido a la dignidad humana. El autor opina también que un atentado a tal dignidad solo es posible a través de la agresión a alguno o a varios de los bienes personalísimos en que aquélla se manifiesta y no hay espacio imaginable alguno para la lesión de la dignidad que no conlleve, al mismo tiempo, un atentado a alguno de

---

no se tuvieran en cuenta para integrar la habitualidad. Cfr. TAMARIT I SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 181.

aquellos bienes personalísimos. Al ser la dignidad la idea inspiradora de todos los derechos fundamentales, no puede configurarse, en definitiva, como un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de lo injusto específico de un determinado comportamiento punible, pues su configuración como bien jurídico determinado es incompatible con el principio de legalidad y con el mandato de determinación del tipo derivado de aquel. Después de criticar el bien jurídico dignidad, GRACIA rechaza también su concreción en el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes por entender que dicha afirmación supone, ante todo, una confusión entre los conceptos bien jurídico y derecho fundamental. El autor cita a BARQUÍN SANZ quien estima que tal afirmación puede sugerir, a lo sumo, que el tipo penal en cuestión está en estrecha relación con el art. 15 de la CE, pero no aclara nada acerca de su bien jurídico. GRACIA afirma que la relación del 153 con el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes no es la propia de la categoría de un bien jurídico sino la que corresponde a un principio regulativo, axiológico, de enjuiciamiento de la conducta en el caso concreto en el sentido de que la agresión y eventual lesión del bien jurídico supone, además, por añadidura, un trato inhumano o degradante. Concluye el autor con la idea de que el 153 acabaría reducido a mínimos si su contenido específico tuviera que

consistir en el infligimiento de tratos inhumanos o degradantes, que en el supuesto de concurrir plantearían la correspondiente relación concursal al constituir el comportamiento de lo injusto específico del tipo del art. 173<sup>257</sup>.

Personalmente entiendo, en contra de GRACIA MARTÍN, que la crítica a la dignidad como atributo totalizador se supera concretando aquélla en la integridad moral. En mi opinión, dicha integridad moral sí que ocupa un espacio propio y diferenciado de las otras dimensiones integrantes de la dignidad, siendo prueba de ello la mención que de la misma formula el art. 15 de la CE. Comparto todavía en menor medida la crítica que hace GRACIA de la concreción en un derecho fundamental, y entiendo que debería referirla a la integridad moral, y no al derecho a ser sometido a tratos inhumanos o degradantes que suele ser invocada como aclaración u orientación constitucional de lo que debe entenderse por integridad moral. Los conceptos bien jurídico y derecho fundamental no tienen porqué ser compatibles como, de hecho, sucede con la mayoría de los bienes jurídicos personalísimos al venir referidos a valores que coinciden, a su vez, con derechos fundamentales, tales como la vida, la libertad o el honor, entre otros. El derecho fundamental a la integridad moral

---

<sup>257</sup> Vid. GRACIA MARTIN, L.: Comentarios al..., cit., págs. 420-422. 228

es, en este sentido, otro de los valores reconocidos constitucionalmente que merecen la protección penal y el calificativo técnico de bien jurídico. En este sentido, se pronuncia MUÑOZ CONDE al manifestar que cualquiera de los bienes jurídicos protegidos en los diversos tipos delictivos contenidos en el Código penal, en el nuevo y en el viejo, son reconducibles directa o indirectamente, a alguno o algunos de los derechos que la propia Constitución Española reconoce como fundamentales en la sección primera del capítulo segundo del título I<sup>258</sup>

No puedo compartir, por lo demás, la distinción que hace al respecto MORILLAS CUEVAS en el sentido de diferenciar como posturas distintas la de quienes son partidarios del bien jurídico integridad moral como manifestación concreta de la dignidad humana de la de aquellos que conciben a la integridad moral como valor constitucional que recibe específica protección en el Título VII del vigente Código penal<sup>259</sup>, pues lo primero no tiene porqué excluir lo segundo. Por otra parte, el mérito de reclamar la reubicación del precepto en el Título de los delitos contra la integridad moral, lejos de deberse a este segundo grupo de autores, que más recientemente se han

---

<sup>258</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F.: "Protección de los derechos fundamentales en el Código penal" en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general), Madrid, 1996, pág.438.

<sup>259</sup> Vid. MORILLAS CUEVAS, L.: "Respuestas del Código penal...", *cit.*,

pronunciado como arduos defensores del bien jurídico integridad moral, más bien entiendo que corresponde a aquellos otros que fueron precisamente los que fueron abriendo un camino en la doctrina, pronunciándose a favor de este bien jurídico cuando la mayoría de las voces que se escuchaban al respecto apuntaban a la salud como bien jurídico protegido<sup>260</sup>.

### **3.1. La integridad moral: contenido y concepto**

Debemos partir, tal y como hacen CARBONELL/GONZALEZ CUSSAC, de una premisa indiscutible cual es que la integridad moral constituye una realidad normativa reconocida constitucional y legalmente. Tanto nuestra Constitución, como nuestro Código penal la configuran como una realidad axiológica propia, autónoma e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Por ello, aunque su delimitación práctica y teórica se haga muy difícil en muchos casos, el intérprete debe hacer el esfuerzo de encontrar su

---

pág. 671.

<sup>260</sup> Vid., sin ir más lejos, como muestra de lo dicho, la propuesta que personalmente realicé en un breve comentario formulado con ocasión de la reforma del 99, apoyada precisamente en aquellos autores que afirmaban la integridad moral como manifestación de la dignidad humana, y en cuanto derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, en el sentido de reubicar el delito de violencia doméstica en el Título VII del Código penal, vid.: CAMPOS CRISTÓBAL, R.: "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar", en Revista penal, Julio, 2000, pág. 21.



significado y alcance por mínimo que éste sea. Dichos autores, al igual que MUÑOZ CONDE, conectan la integridad moral con la idea de dignidad humana, aunque los primeros esta idea la entienden insuficiente por ser sumamente abstracta y por constituir el fundamento último de todos los derechos fundamentales y del mismo sistema constitucional. El espacio propio de la integridad moral, con apoyo en la jurisprudencia constitucional más reciente, lo definen, entonces, desde la idea de la inviolabilidad de un ser humano libre, entendiéndola como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido. Esto es, como un atentado contra la libertad de voluntad<sup>261</sup>. Por lo que respecta a MUÑOZ CONDE, esquematiza la situación doctrinal en torno al concepto de integridad moral en tres posturas. La primera, estrechamente vinculada con la idea de la dignidad de la persona, reflejada más que en el art. 15 de la C.E, en el art. 10.1 como fundamento del orden jurídico y de la paz social, y, entendiéndola por ésta la propia cualidad del ser humano y el respeto que a esa cualidad todos merecemos por el hecho de ser personas. Se estaría partiendo de la base de la integridad personal como expresión de dicha dignidad humana que engloba tanto a la integridad física como a la integridad moral aunque la

---

<sup>261</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios..., cit., pág. 895.

diferencia entre estas últimas se desvanecería al quedar ambas incluidas en el concepto de incolumidad. Una segunda opción para dotar de contenido al derecho a la integridad moral, sería la sugerida por GRACIA MORILLO que entiende por tal "el derecho de la persona a no ser sometido contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos". Y una tercera posibilidad sería la que cabe extraer de las sentencias de la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional no ha aportado en ninguna de sus resoluciones una definición clara y expresa del derecho a la integridad moral o del ámbito concreto que abarca dicho derecho fundamental. Sin embargo, aunque no se haya pronunciado acerca de su contenido, sí que ha podido delimitar que tipo de actuaciones son lesivas para el mismo, exigiendo de las mismas, en primer lugar, que se trate de un acto violento que contraríe la voluntad del sujeto pasivo de dicho acto; en segundo lugar, que este acto provoque sufrimientos o padecimientos y, por último, que además suponga una humillación o vejación del sujeto pasivo. En definitiva, son las delimitaciones negativas de sus límites y la enumeración de las acciones que pueden suponer un ataque al mismo las que entiende el mencionado autor que nos arrojan como resultado una gran similitud entre el concepto de integridad moral y el concepto de

voluntad, como libre determinación de la persona. La diferencia sólo se puede situar en el hecho de que el atentado contra la integridad moral supone a la vez una humillación mientras que el atentado contra la voluntad no tiene porqué suponerlo<sup>262</sup>.

Pues bien, con apoyo en las tres notas de las que habla el Tribunal Constitucional, la doctrina se ha encargado de ir formulando distintas definiciones del bien jurídico "integridad moral", de entre las que cabe destacar, las siguientes: en primer lugar, la formulada por DÍAZ PITA en el siguiente sentido: "*La integridad moral como derecho fundamental vendría a ser una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de la posibilidad de configurar, de forma voluntaria, los pensamientos, las ideas o los sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad, entre los cuales, como forma más grave, podríamos incluir la tortura u otros tratos inhumanos y degradantes*"<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F.: "Protección de...", cit., págs. 441-446.

<sup>263</sup> La citada autora, en un intento de averiguar si el contenido constitucional de la "integridad moral" es susceptible de encuadramiento en la categoría de *bien jurídico penal*, lleva a cabo una delimitación de dicho valor frente a distintas manifestaciones de la misma que parecen estar protegidas específicamente, bien en otros sectores del ordenamiento jurídico, bien en el propio Código penal. La conclusión a la que llega viene resumida por la propia autora con las siguientes palabras: *El contenido del bien jurídico integridad moral aparece como residual, respecto del bien jurídico integridad física y como prioritario respecto de los bienes jurídicos libertad y honor. Respecto de la libertad por contener la integridad algo más, como*

Esta concepción del bien jurídico "integridad moral" ha sido criticada por PÉREZ ALONSO en el sentido de considerarla demasiado amplia. Según dicho autor, el ataque contra la integridad moral no tiene porqué implicar necesariamente una coetánea lesión de la voluntad personal. Los delitos contra la integridad moral, lejos de castigar los atentados intimidatorios o violentos contra la libertad de decisión o de obrar, ámbito propio de los delitos de amenazas y coacciones, tienen un ámbito de autonomía distinto y reducido en el art. 173 al sentimiento de humillación o vejación que el sujeto pasivo experimenta con la acción<sup>264</sup>. En la misma línea, se ha pronunciado recientemente MUÑOZ SÁNCHEZ al definir la integridad moral como *"el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes vejatorios o envilecedores"*, y el trato degradante al que se refiere el precepto como *"toda situación que con independencia del medio utilizado y de si existe o no doblegamiento de la voluntad de otra persona, conlleva generalmente padecimientos físicos o psíquicos y, en todo*

---

*sería el sentimiento de humillación; y respecto del honor por ser más amplio y básico que aquél"*. DÍAZ PITA, M.M.: "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", Estudios penales y criminológicos, 1997, pág. 59 y ss. y pág. 96.

<sup>264</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, E.J.: "Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1999, pág. 159.

caso, produce un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo"<sup>265</sup>.

También BARQUÍN SANZ, en sentido similar, afirma que se trata de una nota inseparable del ser humano que apunta a su voluntad y su conciencia, a su capacidad para decidir por sí sobre sí mismo y no ser tratado como una cosa. Al mismo tiempo, caracteriza valores del individuo tales como la libertad y la integridad física y psíquica, así como constituye el sustrato básico del conjunto de derechos y libertades fundamentales. Finalmente, el citado autor, señala que la integridad moral se ve afectada cuando la persona es objeto de humillación, de vejación, de envilecimiento, lo que puede suceder tanto de forma conjunta con el atentado contra otros valores, como de forma independiente<sup>266</sup>.

RODRIGUEZ MESA, por su parte, ha formulado la siguiente definición: conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la

---

<sup>265</sup> Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: Los delitos contra la integridad moral, Valencia, 1999, págs. 24 y 44. Tanto este autor como PÉREZ ALONSO salvan por esta vía el incongruente penológico, que ya la propia DÍAZ PITA advertía, de mantener su propia postura, al venir castigados con más pena los delitos de amenazas y coacciones que los delitos contra la integridad moral. Así, que el concurso a aplicar según ambos no deba ser de leyes, como entendía la autora, sino de delitos. Vid. sobre este punto: PÉREZ ALONSO, E.J.: "Los nuevos delitos...", cit., pág. 159 y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: Los delitos ..., cit., pág. 50.

<sup>266</sup> BARQUÍN SANZ, J.: Delitos contra..., cit., pág. 57.

*unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo a su condición de persona*<sup>267</sup>.

Pero sin duda, merece, desde mi punto de vista, un mayor detenimiento por lo sugerente de su planteamiento, la postura que respecto al contenido y la autonomía de la integridad moral, como bien jurídico digno de protección penal, ha defendido recientemente GARCÍA ARÁN<sup>268</sup>. La citada autora insta con su trabajo al reconocimiento y aceptación de la integridad moral como bien jurídico digno de protección autónoma por ser tajante en este sentido la voluntad de la ley, tal y como demuestra el hecho de que el legislador, además de incluir un Título específico para la protección de dicha parcela, haya introducido sendas cláusulas concursales en el art. 177, respecto a los delitos rubricados como delitos contra la integridad moral, y en el art. 153, respecto al delito de violencia habitual en el ámbito familiar, con la única finalidad de castigar aquélla con independencia; así como porque, a pesar de tratarse de un bien jurídico de difícil aprehensión material, posee la ventaja frente a otros bienes jurídicos como el honor, de contar con la integridad física como asidero o sustrato físico en el que apoyarse.

---

<sup>267</sup> RODRÍGUEZ MESA, M.J.: Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Granada, 2000, pág.

Según la mencionada autora, dentro de los autores que admiten la autonomía de la integridad moral como bien jurídico protegido penalmente y la conveniencia de dicha tutela, es posible distinguir dos bloques de definiciones: un primer bloque integrado por definiciones de la integridad moral desde un punto de vista amplio que la identifican con la inviolabilidad personal y el derecho a ser tratado como persona, y un segundo bloque que define la integridad moral desde un punto de vista más estricto al aludir al derecho a no padecer sufrimientos humillantes o vejatorios como contenido de dicha integridad moral.

Pues bien, GARCÍA ARÁN se decanta por un concepto o definición amplia si bien matizando que ello no es óbice para que los delitos contenidos en el Título VII del Código penal exijan como requisito imprescindible la producción de humillación o vejación de la víctima del trato degradante o tortura, dando respuesta a un concepto más estricto. Dicho con sus palabras: *"el hecho de destacar la nota de la humillación o la vejación como propia de los atentados a la integridad moral sancionados en los art. 173 ss. CP no supone necesariamente renunciar a un concepto más amplio de integridad moral que, con apoyatura constitucional, puede*

---

<sup>268</sup> GARCÍA ARÁN, M.: "La protección penal de..., cit., págs. 1241-1257.

*resultar también relevante en la interpretación de otros tipos penales*"<sup>269</sup> .

Otras notas destacadas por GARCÍA ARÁN, a mi juicio, con gran acierto, que nos pueden ayudar a comprender qué es y cómo debe interpretarse coherentemente la integridad moral como bien jurídico protegido penalmente, son las siguientes: la no identificación de la integridad moral con la integridad psíquica; la autonomía de la integridad moral respecto a la integridad física y respecto a la libertad, independientemente de que el atentado contra aquélla se produzca mediante una previa agresión a la integridad física o mediante el doblegamiento de la libertad; la consideración de la integridad moral como un derecho fundamental derivado de la dignidad humana, valor objetivo u objetivable que se relaciona con el reconocimiento como persona y con el derecho a ser tratado como tal; posibilidad de defender un concepto de integridad moral, tanto desde un punto de vista constitucional como desde un punto de vista jurídicopenal, en el que no se exija la previa intervención más o menos agresiva sobre el cuerpo humano que conforma el atentado a la integridad moral cuando no es consentida por su titular, por mucho que en los supuestos abordados por el TC sí exista dicha intervención; no obstante, aunque no sea necesario el

---

<sup>269</sup> GARCÍA ARÁN, M.: "La protección penal de..., cit., pág. 1244 238



contacto más o menos agresivo con el cuerpo humano, debe reconocerse que la integridad moral se relaciona con la integridad física y que cabe la inclusión de ambas en el concepto más amplio de inviolabilidad o integridad personal; la conexión de tales conceptos conduce a la inescindibilidad de la persona humana hasta el punto de que puede mantenerse que se afecta a la integridad moral, desde un punto de vista amplio, cuando a la persona se la trata como una cosa, cuando se la reduce a su realidad física, rompiendo la inescindibilidad de lo físico y lo moral que le es característica, como por ejemplo sucede con el delito de utilización de menores para la mendicidad del art. 232 del CP; en el supuesto del art. 173 del CP, el comportamiento típico atentatorio contra la integridad moral consiste en tratar a la persona como si fuera un mero objeto corpóreo, aunque no se intervenga directa y agresivamente sobre su integridad física y de manera especialmente humillante y vejatoria, dado que en dicho artículo se incrimina la producción de tratos degradantes; inclusión en dicho precepto de aquellos comportamientos por los que se crea una situación permanente de cosificación de la persona conocidos actualmente con la expresión de "nueva esclavitud" tales como el tráfico de personas en relación a la prostitución (art. 188.2) o el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312) o el tráfico ilegal de personas a través de

fronteras (art. 318 bis), preceptos todos en los que aunque la delimitación de los bienes jurídicos que protege cada uno de ellos se encuentra ya más o menos establecida doctrinalmente, se produce también una afectación mediata de la integridad moral; finalmente, y junto a las dos manifestaciones de la integridad moral acabadas de exponer, cabe destacar, según la mencionada autora, aquella otra manifestación consistente en comportamientos en los que sí existe una intervención agresiva sobre la integridad física o el cuerpo de la persona producida en condiciones tales que afecta a la integridad moral pudiéndose incluir aquí dos casos: las agravaciones por tratos inhumanos o vejatorios presentes en la circunstancia agravante de ensañamiento, por un lado, y, por otro, determinadas agresiones a la integridad física sin lesión o con eventual lesión sancionable en concurso de delitos entre los que cabe incluir la falta de maltrato sin lesión y el delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

En definitiva, y como conclusión de todo lo dicho, es posible afirmar que lejos de considerar que se trata, el delito del art. 153, de un tipo agravado de la falta de maltrato corporal, como podía pensarse por su origen, hay argumentos suficientes para sostener que estamos ante un delito contra la integridad moral, bien jurídico éste con

contenido sustancial y autónomo no sólo en nuestro texto constitucional sino también en nuestro Código penal. Viene a constituir, por ello, un agravación específica de los delitos contra la integridad moral que desde 1995 cuentan con un tipo básico en el art. 173<sup>270</sup>:

"El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años".

Específica porque sólo puede llevarse a cabo a través de violencia física o psíquica, como consecuencia de una conducta violenta reiterada y entre las personas que menciona el precepto; agravación porque su pena es superior a la que residualmente reserva el art. 173 para cualquier otro supuesto que, no reuniendo los requisitos del delito del art. 153, lesione la integridad moral.

El ámbito familiar o cuasifamiliar junto con la reiteración de la conducta violenta explican, pues, el fundamento del incremento de injusto y de la agravación de pena del 153 en relación con el tipo básico común de los delitos contra la integridad moral, por la mayor indefensión en que se encuentran y por la puesta en peligro

---

<sup>270</sup> En el mismo sentido, *vid.* MARÍN DE ESPINOSA, E.: La violencia doméstica..., *cit.*, pág. 194; OLMEDO CARDENETE, M: El delito de ..., *cit.*, pág. MORILLAS CUEVAS, L.: "Respuestas del Código penal...", *cit.*, pág. 672.

de la salud psíquica de las víctimas, expuestas a graves traumas psíquicos y emocionales<sup>271</sup>.

El planteamiento que se acaba de exponer coincide en parte con el que en su día planteara TAMARIT SUMALLA al ver en los art. 147, 153 y 173 intensificaciones del injusto del art. 617.2. No obstante, debe tenerse en cuenta que la forma adoptada por la intensificación en cada figura es diferente. Así, mientras que el art. 147 supone una intensificación cualitativa: el maltrato corporal por su gravedad o intensidad termina transformándose en una lesión; el delito del art. 153 procede, en cambio, de una intensificación cuantitativa donde el maltrato reiterado es lo que determina un daño a la integridad moral. Por último, el delito del art. 173, admite, dada su residual configuración y su flexible redacción, de ambas intensificaciones.

---

<sup>271</sup> En este sentido GRACIA MARTÍN, quien define el peligro típico del 153 como la probabilidad de que la reiteración de agresiones, es decir, el maltrato crónico provoque en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional. Es mi opinión, como ya ha sido puesto de manifiesto, y a diferencia de lo que opina el citado autor, que no obstante la existencia de dicho peligro éste sólo justifica la mayor pena del delito del art. 153 en relación con la impuesta por el delito del art. 173. Vid. GRACIA MARTIN. L.: Comentarios..., cit., pág. 428. También TAMARIT I SUMALLA cuando considera aconsejable poner un acento especial en los malos tratos infligidos a menores por parte de los titulares de la patria potestad o tutela y las personas encargadas de su guardia o custodia al ser en estos supuestos donde surge con mayor claridad un específico desvalor emanado no sólo de la mayor debilidad e indefensión del sujeto pasivo, sino sobre todo de los perniciosos efectos psíquicos que para el menor puede derivar de una de las más graves infracciones de los deberes propios de las instituciones tutelares. TAMARIT propone de *lege ferenda* elevar la pena de estos supuestos. Vid. TAMARIT I SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 185.

Llegados a este punto, se hace necesario completar el esquema de TAMARIT SUMALLA con una referencia a otra clase de malos tratos: los que implícitamente está contemplando el art. 620.2. Dicho precepto castiga con la pena de multa de diez a veinte días a aquellos que "causen a otro una amenaza, injuria, coacción o vejación injusta de carácter leve". De la redacción del mismo precepto, y de una interpretación sistemática e histórica, se desprende, en mi opinión, que al art. 620.2 cabe reconducir, por un lado, los malos tratos de obra de carácter leve y, por otro, los malos tratos de palabra que hasta 1989 recibían regulación conjunta y equiparada a los golpes y malos tratos comunes. La diferencia con la falta del art. 617.2 salta a la vista en cuanto que este último castiga expresamente el mero maltrato de obra, entendido como maltrato corporal sin resultado lesivo, frente al art. 620.2 que exige que el maltrato se traduzca en un resultado lesivo contra determinados bienes jurídicos como el honor o la libertad<sup>272</sup>. No existe entonces un bien jurídico incolumidad psíquica, como podría pensarse, que proteja al individuo del mínimo daño psíquico o del mero maltrato verbal, tal y

---

<sup>272</sup> El precepto se refiere, además de a las injurias, coacciones y amenazas, cuyos bienes jurídicos no plantean problema alguno, también a la vejación injusta. El bien jurídico de esta figura personalmente entiendo que es posible reconducirlo a la misma integridad moral, en cuyo caso, estaríamos ante la falta del delito del 173, encuadrable perfectamente dentro de los parámetros que configuran el esquema de los malos tratos.

como sucede con la incolumidad física, de donde se deduce la diferente consideración que le merecen al legislador una y otra clase de maltratos<sup>273</sup>. Por eso, dado que parece que el legislador está otorgando una mayor gravedad a los malos tratos corporales que a los verbales dicha circunstancia, estoy de acuerdo con DEL MORAL GARCÍA en debería ser tenida en cuenta por los jueces y tribunales en el sentido de observar cierta rigurosidad a la hora de considerar la reiteración de la violencia cuando aquélla sea solamente psíquica<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> Aunque en el art. 620.2 caben supuestos de maltrato corporal leve, lo normal es que los bienes jurídicos que recoge el precepto sean atacados verbalmente, pues para que a un maltrato corporal se le aplique el art. 620.2, y no el art. 617.2, tendrá que revestir una apreciable levedad. Por eso, en un empeño delimitador podría decirse que el art. 617.2 castiga el maltrato corporal y el art. 620.2 básicamente el maltrato verbal.

<sup>274</sup> Vid., en este sentido, DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de violencia...", *cit.*, pág. 323.

**Capítulo IV**  
**Naturaleza del delito**





## CAPÍTULO IV

### NATURALEZA DEL DELITO

#### I. INTRODUCCIÓN

La determinación de la naturaleza que reviste el delito de violencia doméstica plantea fundamentalmente dos problemas. El primero deriva de la dificultad que supone catalogar aquél como un delito de mera actividad o como un delito de resultado material, según el modo de comportamiento<sup>275</sup> o la modalidad de la acción descritos por la parte objetiva del tipo penal<sup>276</sup>. El segundo se produce a la hora de determinar la forma de ataque que implica dicho comportamiento, esto es, si estamos ante un delito que supone una lesión del bien jurídico, esto es, que lo menoscaba efectivamente, o si estamos más bien, por el contrario, ante un delito que simplemente pone en peligro

---

<sup>275</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. Parte General, 5ª edº., Valencia, 1999, pág. 441.

<sup>276</sup> Vid. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, 4ª edº., Barcelona, 1996, pág. 200.

al bien jurídico, esto es, representa una amenaza o riesgo de menoscabo para el mismo.

Antes de entrar a analizar las distintas posturas doctrinales y la discusión que se dirime entre ellas, considero imprescindible, sobre todo, por lo que respecta al primero de los problemas referidos, concretar aquello que vamos a entender por resultado, concepto éste enormemente polémico, como es sabido. Pues bien, para abundar en las distintas formas de concebir el resultado debe traerse a colación el pensamiento de LAURENZO CAPELLO. Según la citada autora, tres son las formas más comunes de entender el resultado: como acción exterior, como efecto separable de la acción y como desvalor de resultado o elemento fundamentador de lo injusto. En este trabajo vamos a partir de la distinción entre esas dos últimas acepciones: el resultado material que lleva a la clasificación entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, por un lado, y el resultado jurídico, en función del cual cabe hablar de delitos de peligro y delitos de lesión, por otro lado, si bien es cierto que existe en la actualidad una tendencia doctrinal importante que, al igual que la autora citada, entiende que no es necesario ni útil mantener tal distinción, siendo preferible el sostenimiento de un sólo criterio según la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico, lo cual conduce a hablar de tres

clases de delitos: delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Vid., LAURENZO COPELLO, P.: El resultado en Derecho penal, Valencia, 1992, págs. 17 y ss., así como pág. 182.

## II. POLÉMICA DOCTRINAL

### **1. Delito de mera actividad o delito de resultado**

En relación con la primera de estas cuestiones, cabe advertir por parte de la doctrina dos posturas bien diferenciadas. Una integrada por autores que se decantan por entender que el delito del art. 153 del CP es un delito de resultado material. La otra, formada por quienes se pronuncian a favor de atribuirle una naturaleza de mera actividad.

Dentro de los autores que recientemente optan por considerarlo un delito de resultado material cabe destacar a MARÍN DE ESPINOSA y a OLMEDO CARDENETE. Según la mencionada autora, el delito del art. 153 es un delito de resultado porque el trato degradante o el atentado a la integridad moral que aquél exige es un resultado diferente al de los actos individuales de violencia, tal resultado no lo exige expresamente el legislador pero se deduce del espíritu de la norma. Se trata, por tanto, de un resultado implícito aunque hubiese sido conveniente que el legislador lo contemplase de forma expresa de forma semejante a como lo ha hecho con el nuevo delito de acoso sexual<sup>278</sup>. El

---

<sup>278</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia..., cit., pág. 217-219.

segundo de los autores mencionados entiende igualmente que estamos ante un delito de resultado pero, en contra de la autora citada, considera que aquél viene constituido, no tanto por el atentado a la integridad moral, que no es sino una de las manifestaciones posibles del resultado entendido en sentido jurídico, cuanto por el efecto que sobre la víctima despliega el ejercicio sistemático de la violencia física o psíquica, esto es, *las consecuencias físicas o psíquicas que comporta el maltrato tales como el llamado síndrome de la mujer maltratada o las particularidades que supone el maltrato cuando la víctima es un menor*. Por lo que respecta a su consideración como un delito de mera actividad, el citado autor la rechaza por entender que dicha concepción es fruto de partir de la errónea distinción entre la falta de malos tratos y la falta de lesiones, según que éstas tengan o no un resultado material lesivo de la salud del sujeto pasivo<sup>279</sup>.

Con anterioridad, aunque con una justificación bien distinta, ya se había pronunciado en este sentido ACALE SÁNCHEZ, entendiendo que la conducta de ejercicio de malos tratos físicos del art. 153 tiene una estructura de resultado en la medida en que ésta se define fundamentalmente a partir de la falta de malos tratos de obra del art. 617.2, que es de resultado material, al

---

<sup>279</sup> Vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito..., cit., pág. 64.

exigir la producción verificable de una serie de efectos sobre el cuerpo humano que no requieren siquiera de una primera asistencia facultativa. La estructura típica del ejercicio de violencias psíquicas también debe considerarse de resultado material por estar igualmente en relación con la falta de vejación injusta del art. 620.2 del CP<sup>280</sup>.

Frente a los anteriores, un sector doctrinal mayoritario, encabezado por autores como CERVELLÓ DONDERIS, GRACIA MARTÍN o GÓMEZ RIVERO, entiende el delito como de mera o simple actividad básicamente por considerar que el tipo exige para la consumación del delito sólo el ejercicio habitual de violencia y no la producción de un resultado material concreto, espacio temporalmente distinto y separado de la acción misma de la violencia<sup>281</sup>.

## **2. Delito de lesión o delito de peligro**

---

<sup>280</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito..., cit., págs. 97 y 98. La citada autora se acoge a la interpretación que de la falta de malos tratos y la falta de lesiones realizan tanto GRACIA MARTÍN como DIEZ RIPOLLÉS, aunque para llegar a la conclusión contraria que aquellos mantienen respecto a la estructura típica del delito del art. 153 en su versión de ejercicio de violencia física. Otros autores que se han manifestado a favor de entender la estructura del delito como de resultado han sido CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de...", cit., pág. 11 y CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito..., cit., pág. 71.

<sup>281</sup> Vid., entre otros, CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de...", cit., pág. 56; GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 425; GÓMEZ RIVERO, C.: "Algunos aspectos...", cit., pág. 82; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: Comentarios..., cit., pág. 441; TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 108, CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC, J.L: Derecho penal..., cit, pág.140; GARCÍA ARÁN, M.: "Problemas

Respecto al segundo de los problemas planteados, esto es, la determinación de su naturaleza según cual sea la intensidad con que es atacado en estos casos el bien jurídico, aunque la mayoría doctrinal se inclina por considerar que estamos ante un delito de lesión, no faltan autores que entienden que nos encontramos ante un delito de peligro, ya sea abstracto, ya sea concreto.

Entre los autores que entienden que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto destaca la tesis de GRACIA MARTÍN, en virtud de la cual el delito del art. 153, alejándose de la estructura técnico-jurídica propia de las lesiones, se configura como un tipo de peligro abstracto para la salud e integridad personales. El injusto específico del tipo del art. 153 es, por tanto, según el autor, el peligro abstracto de menoscabo de la integridad y salud personales -especialmente de la salud psíquica- de los distintos individuos que integran el núcleo de convivencia en que el autor desarrolla su actividad violenta y sean objeto permanente de las acciones violentas de aquél, pudiendo definirse dicho peligro típico como la probabilidad de que la reiteración de tales agresiones, esto es, el maltrato crónico, provoque en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional<sup>282</sup>.

---

interpretativos...", cit., pág. 68.

<sup>282</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 425 y 428.

Consideran, por el contrario, que se trata más bien de un delito de peligro concreto CEREZO DOMÍNGUEZ y MAQUEDA ABREU. La primera por entender que en este delito lo que se castiga es el hecho de poner en peligro concreto la vida, integridad y libertad de las personas que son expuestas de forma habitual a comportamientos violentos de carácter físico<sup>283</sup>. La segunda por considerar que el verdadero injusto material del delito del art. 153 está en el peligro de que con la reiteración de faltas de malos tratos se incremente el daño a la salud física y psíquica de las personas que sufren el maltrato, peligro, por otro lado, que no puede considerarse abstracto por cuanto va referido a miembros concretos del ámbito doméstico<sup>284</sup>.

### III. TOMA DE POSTURA

---

Siguiendo a este autor, GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 30.

<sup>283</sup> Por esta razón, la autora entiende que el precepto debiera haberse redactado utilizando términos equivalentes a los empleados en otros delitos de peligro concreto que contiene el Código, como es el caso del delito de conducción temeraria del art. 381, vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: El homicidio..., cit., pág. 528.

<sup>284</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: "La violencia habitual...", cit., págs. 1528 y 1530.



Desde mi punto de vista, establecido que el bien jurídico protegido en el delito del art. 153 del CP es la integridad moral y no la salud, entiendo que la naturaleza del delito ante que nos encontramos sólo puede ser de mera actividad y de lesión.

### **1. Delito de mera actividad**

QUIINTERO OLIVARES afirma que la naturaleza del bien jurídico es la que determina la naturaleza del ataque y del delito en cada caso en cuanto que, mientras que los bienes jurídicos materiales o tangibles, como la vida, la salud o la propiedad, son susceptibles de ser menoscabados, destruidos o puestos en peligro, normalmente por una acción que conlleva un resultado material, los bienes jurídicos espirituales o inmateriales, en cambio, sólo pueden ser lesionados u ofendidos, normalmente por una acción carente de resultados. Ello, al haber decidido, respecto a estos últimos, el Derecho penal, no tener que esperar a que el resultado se produzca habida cuenta que, en dichos casos, aun antes de que se produzca dicho resultado, el bien jurídico ya ha sido dañado. Si esto es cierto, como así lo creo, no cabe duda que la integridad moral, por pertenecer a esta segunda clase de bienes dada su naturaleza,

determina que el ataque contra dicho bien consista en el ejercicio de violencia reiterada del autor sobre la víctima sin necesidad de exigir que dicha actividad produzca en la víctima un resultado concreto, esto es, determina que la naturaleza del delito sea de mera actividad y no de resultado, bastándole al ordenamiento jurídico la realización de la violencia reiterada para considerar que la integridad moral ha sido dañada<sup>285</sup>.

Respecto a ésta consideración como delito de mera actividad, cabe señalar que dicha afirmación encontraba incluso mayor apoyo en la redacción del Código penal de 1995, ya que la versión anterior del art. 153 además de castigar sólo el ejercicio habitual de violencia física, identificable, en principio, con una conducta de mera actividad, la cláusula concursal se refería expresamente a las penas que pudieran imponerse por el resultado que en cada caso se causare. De esta forma, cabía pensar que el art. 153 sancionaba la mera actividad de la violencia, mientras que el resultado de cada acto de violencia, en el caso de producirse, debía también castigarse en virtud de la cláusula concursal<sup>286</sup>. La Reforma de 1999 ha introducido,

---

<sup>285</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: Curso de Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1996, pág. 275. En contra de lo dicho, ya hemos visto como OLMEDO CARDENETE entiende que el síndrome de estrés postraumático o las particularidades que supone el maltrato cuando la víctima es un menor constituye normalmente el resultado material del delito, vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., pág. 64.

<sup>286</sup> En parecido sentido vid. GARCÍA ARÁN, M.: "Problemas

como es sabido, el castigo de la violencia psíquica habitual así como ha cambiado además el tenor literal de la cláusula concursal en la medida en que ya no se refiere al resultado expresamente y sí al castigo de cada uno de los delitos y faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia física o psíquica. Ambas modificaciones podrían, a priori, inducir a pensar en un cambio de la estructura del delito por entender que el ejercicio de violencia psíquica, y, por ende, también la física, han de interpretarse ahora desde la perspectiva del resultado y no del medio comisivo. Sin embargo, es mi opinión que dichos cambios no han de llevarnos a tal conclusión, pues considero que, en todo caso, es la violencia psíquica, término totalmente nuevo en nuestro panorama jurídicopenal, el que debe interpretarse según los parámetros ya fijados para interpretar la violencia física, expresión, por el contrario, mucho más consolidada desde hace tiempo en el sentido de poder reconducirla al maltrato corporal del art. 617.2 del vigente texto punitivo. La violencia física y psíquica deben interpretarse, en suma, como medios comisivos equiparables al maltrato corporal del 617.2 del CP y al maltrato verbal del art. 620.2 del CP, y no como

resultados de violencia física o psíquica frente a los que cabe el empleo de cualquier tipo de medio comisivo<sup>287</sup>.

Para que sea aplicable el delito de violencia doméstica será suficiente entonces con la producción del mero ejercicio habitual de violencia, sin que sea necesario que esa violencia se traduzca en un resultado material concreto, espacio temporalmente separado de la misma. No obstante, si esos resultados materiales separables de cada acto violento llegan a producirse, ello no afectará en nada a la naturaleza del delito en el sentido de convertir a éste en un delito de resultado, pues lo que el legislador realmente pretende castigar a través del art. 153 del CP es la mera conducta de ejercicio sistemático de violencia, independientemente, repito, de que aquél se acabe traduciendo en un resultado o se quede, por el contrario, en la mera acción de violencia. Podemos seguir manteniendo, en definitiva, pese a los cambios introducidos por la

---

<sup>287</sup> Pero es que aun considerando que esa referencia a lo físico y a lo psíquico nos ha de situar en la perspectiva del resultado y no en la del medio comisivo, entiendo que todavía sería posible seguir manteniendo la misma conclusión en cuanto a la naturaleza del delito si se parte de que esa referencia al resultado viene hecha al resultado jurídico y no al resultado material como algo espaciotemporalmente separado de la acción de la violencia que prevé el tipo. Así, los adjetivos físico o psíquico habrían de predicarse respecto a lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, y siendo más precisos, respecto a la faceta o vertiente del objeto que resulta atacado o sobre la cual se pueden proyectar los distintos actos de violencia: faceta física o psíquica del ser humano. Con tal lectura no existiría, a mi juicio, impedimento alguno para afirmar que el delito del art. 153 del CP es un delito de mera actividad, por más que el legislador a la hora de redactar el precepto haya decidido designar las clases de violencia castigadas en función del resultado u

reforma de 1999, que el delito del art. 153 es de mera actividad al castigar el precepto el mero maltrato corporal o verbal reiterado, y que los resultados materiales que en su caso pueden derivarse de tales actos van a ser castigados pero por la cláusula concursal del precepto.

A la postura sostenida por OLMEDO CARDENETE, en contra de quienes entienden la falta de malos tratos de obra como una falta de mera actividad, cabe rebatir que el hecho de partir de la distinción entre la falta de lesiones y la falta de malos tratos, lejos de constituir un error, supone, a mi juicio, un importante acierto<sup>288</sup>. Por lo demás, coincido con el citado autor en que se debe rechazar que el resultado material pueda venir integrado por el atentado a la integridad moral, ya que dicho atentado está haciendo referencia al resultado valorativo o jurídico y no al resultado en sentido material. Sin embargo, su forma de entender el resultado como consecuencias físicas o psíquicas que produce la violencia en la persona maltratada también resulta criticable por cuanto, a mi juicio, no es sino una forma diferente de llamar a lo mismo: el síndrome de la mujer maltratada o del niño maltratado, igual que el menosprecio que sufre la persona, forman parte integrante

---

objeto menoscabado, y no según cual haya sido el medio empleado para ejecutar dicha violencia.

<sup>288</sup> Vid. *infra* Capítulo V, apéndice II, apartado 1.1.3., al tratar sobre la distinción entre la falta de malos tratos y la falta de

de lo que es el atentado a la integridad moral o sus consecuencias, y esto ya es resultado jurídico, y no resultado material. Es verdad que OLMEDO CARDENETE cita el ejemplo de el puñetazo en la cara de la víctima que acaba rompiéndole un diente, pero este ejemplo no puede convencernos de su posición desde el momento en que primero: se trata de un acto individual de lesiones, y segundo: nos podríamos encontrar entonces con supuestos de lesiones o bofetadas que no originan consecuencias externas aparentes separadas del mismo acto que las realiza. Es en este punto donde surge, la que entiendo puede ser la otra forma de comprender aquello que OLMEDO CARDENETE identifica con el resultado material, esto es, se trataría de considerar que el autor de lo que está hablando, en realidad, es del resultado natural que comporta cualquier acción, esto es, resultado entendido como exteriorización de la acción, necesario e imprescindible en todo caso para que pueda intervenir el Derecho penal. En efecto, si hemos dicho que la conducta del art. 153 del CP consiste en el ejercicio de violencia física o psíquica sobre una determinada persona, lo lógico y necesario es que dicha conducta se traduzca en unas consecuencias o efectos físicos o psíquicos sobre la misma, pues de otra forma el

---

lesiones, dentro del punto dedicado a la violencia física.

Derecho penal no estaría legitimado para intervenir<sup>289</sup>. Sin embargo, éstas no deben considerarse, desde mi punto de vista, como resultado material, por la sencilla razón de que el precepto no exige que las mismas se produzcan espaciotemporalmente separadas de la acción del maltrato, y porque, en todo caso, es posible imaginar supuestos de violencia doméstica en los que los síndromes a los que se refiere OLMEDO CARDENETE no se produzcan, sin que por ello debamos dejar de aplicar el art. 153, habiéndose dado el resto de elementos objetivos que prevé el tenor literal del precepto. Cosa distinta sucedería si el art. 153 del Cp exigiera expresamente, para la consumación del delito, que esa exteriorización se tuviera que producir de una forma concreta y, en todo caso, como algo separado y distinto de la acción de violencia reiterada. Pero, lo cierto es que el tipo se limita a castigar la mera actividad de violencia habitual, sin prejuzgar los resultados concretos que ha de producir dicha actividad más allá de circunscribir, aunque no de forma muy exacta, la dos clases de medios comisivos violentos que quiere castigar la ley penal a través del delito que nos ocupa: el maltrato corporal (fundamentalmente lesiones y coacciones), así como el

---

<sup>289</sup> La doctrina alemana en la que se apoya OLMEDO se refiere en último extremo incluso a la mera causación de dolor físico.

maltrato verbal o de palabra (fundamentalmente amenazas e injurias).

Finalmente, la tesis de ACALE SÁNCHEZ puede ser objetada en el mismo sentido que la anterior por lo que se refiere al entendimiento de la falta de maltrato de obra del art. 617.2 del CP como un falta de resultado y no de mera actividad. Obviamente los golpes, empujones o bofetadas son conductas que se van a exteriorizar de alguna manera en el cuerpo del sujeto pasivo, pero es precisamente la falta de un resultado material concreto separado de la acción de empujar, golpear o abofetear en ese cuerpo lo que va a determinar que podamos hablar de una falta de maltrato corporal y no de una falta de lesiones. En el momento en que esos golpes, bofetadas o empujones se traduzcan en moratones, heridas o marcas visibles dejaremos entonces de movernos en el campo del maltrato para entrar en el ámbito de las lesiones, independientemente de que éstas necesiten para su sanidad de una primera asistencia facultativa o puedan, por el contrario, sanar por si mismas. Configurar, por lo demás, el delito del art. 153 como un delito hermano de las faltas de maltrato de los arts. 617.2 y 620.2 del CP, en el sentido de describir aquél la conducta típica y éstos los resultados de la misma, no deja de representar una construcción demasiado compleja o artificiosa en la que parecen invertirse los términos: el delito del art. 153



produce como resultado las faltas de maltrato y no a la inversa, la reiteración de faltas dan lugar al delito de violencia doméstica.

En suma, la estructura del delito de violencia doméstica del art. 153 del CP es la de un delito de mera actividad, y no la de un delito de resultado<sup>290</sup>.

## **2. Delito de lesión**

Por lo que respecta a la consideración del delito que nos ocupa como un delito de lesión, cabe señalar que la misma viene condicionada necesariamente, además de por la naturaleza del bien jurídico protegido del que hemos partido, esto es, de la integridad moral, por la estructura que aquél reviste, esto es, delito de mera actividad. Pues bien, tanto lo primero como lo segundo, sólo nos puede conducir, a mi juicio, hacia un mismo y único lugar cual es el de entender que el ataque al bien jurídico debe estar constituido por una lesión, no bastando la puesta en peligro. En efecto, al tratarse de un bien jurídico espiritual, la configuración del delito como un delito de

---

<sup>290</sup> Afirmación a la que también llegaríamos manteniendo la otra posible interpretación a la que se ha hecho referencia, esto es, entendiendo que los adjetivos físico y psíquico no hacen sino acotar la faceta de la personalidad del ser humano que debe ser dañada con el reiterado ejercicio de violencia.

peligro, aunque fuera concreto, supondría un adelantamiento excesivo de la barrera punitiva. Y otro tanto sucedería por lo que toca a la consideración del mismo con un delito de mera actividad, en donde hablar de puesta en peligro conllevaría un alejamiento desmesurado de la conducta frente al bien jurídico objeto de protección. No creo, por lo demás, que esta conclusión origine problema alguno ni siquiera a quienes entienden el delito como un delito de peligro, porque en el fondo el planteamiento viene a ser el mismo: o se entiende que el bien jurídico de este delito es un bien jurídico material: salud, vida, integridad personal..., en cuyo caso, se ha de estructurar la conducta necesariamente como un delito de peligro, o bien se opta, en su lugar, por defender un bien jurídico ideal como la integridad moral, en cuyo caso, sólo cabe hablar de lesión. Finalmente, si considero más acertado decantarme por esta segunda forma de entender el delito del art. 153 del CP, es sobre todo por cuanto ello supone de creer y apostar por la existencia y consolidación del bien jurídico integridad moral, reconocido, como es sabido, en el art. 15 de nuestro texto constitucional, así como porque entiendo que es en ese menoscabo de la integridad moral donde reside el verdadero injusto específico de este delito: el maltrato sistemático o habitual sobre una persona obviamente entraña un peligro para su salud, a mi entender, sobre todo,

psíquica, pero antes que eso representa una lesión de un valor jurídico digno y necesitado de protección como es la integridad moral.

De todo lo dicho se colige que el delito de violencia doméstica debe concebirse como un delito de mera actividad y como un delito de lesión de la integridad moral.

No querría concluir este capítulo sin poner de manifiesto la importancia de determinar la naturaleza del delito, pues lejos de ser baladí, condiciona nuestra toma de postura frente a muchas cuestiones problemáticas de entre las que quizá quepa destacar fundamentalmente dos: por un lado, la de si, caben o no las formas imperfectas de ejecución de aquél y, por otro lado, la de si puede cometerse el delito por omisión o sólo cabe, por el contrario, la comisión activa del mismo. Cuestiones ambas que serán oportunamente resueltas al analizar el elemento de la habitualidad la primera de ellas, así como en un epígrafe aparte la referente a la posibilidad o no de la comisión omisiva del delito que nos ocupa.



**Capítulo V**  
***Elementos objetivos del tipo***



## CAPÍTULO V

### ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

#### I. INTRODUCCIÓN

El sujeto del delito de violencia doméstica desempeña en esta figura un papel esencial no sólo como delimitador de la conducta típica sino, sobre todo, en cuanto fundamentador del mayor injusto que dicho delito representa en relación con otras infracciones vulneradoras de la integridad moral. El sujeto es pieza clave en la delimitación de la conducta porque la violencia habitual que una persona ejerce sobre otra sólo puede castigarse con la pena prevista en el art. 153 si entre dichas personas media alguno de los vínculos que menciona el precepto. Por lo que respecta a la función que desempeña el parentesco<sup>291</sup> en cuanto fundamento del mayor injusto, ésta puede afirmarse tanto desde una perspectiva *ex ante*, en la medida

---

<sup>291</sup> De ahora en adelante el término parentesco se utilizará en un sentido genérico con la intención de englobar bajo el mismo no sólo las relaciones estrictas de parentesco sino también la relación conyugal o de pareja. En ocasiones, podrá incluso querer hacerse

en que aquella especial vinculación posibilita la habitualidad, determinando un mayor desvalor de la conducta, cuanto desde una perspectiva *ex post*, al ser más grave el menoscabo de la integridad moral cuando la violencia reiterada se ejerce entre esas personas tan próximas a las que se refiere el art. 153, dando lugar a un desvalor de resultado mayor que el que se causa en los supuestos en los que la violencia reiterada se ejerce entre extraños o entre sujetos relacionados entre sí por lazos distintos a los previstos en el precepto, por ejemplo, lazos de amistad o consanguinidad colateral.

### ***1. Los sujetos como elemento delimitador de la conducta típica***

#### ***1.1. Delito especial propio o impropio: perspectiva formal versus perspectiva material***

Nos encontramos ante un delito perteneciente al grupo de los llamados 'delitos especiales', categoría dogmática caracterizada, como es sabido, porque sólo las personas revestidas de una determinada cualidad van a poder erigirse en sujeto activo del delito: en el caso que nos ocupa, las relacionadas estrechamente con el sujeto pasivo del reiterado maltrato doméstico por los vínculos descritos en

---

referencia con dicho término a todas las relaciones previstas por el art. 153.



el precepto. Dicha afirmación es sostenible a pesar de la inicial redacción del precepto, que al utilizar la expresión "el que" sugiere estar ante la presencia de un delito común de sujeto indiferenciado. Lejos de ello, la especialidad del sujeto en el delito de violencia doméstica alcanza no sólo al sujeto activo del delito sino muy particularmente al sujeto pasivo, tal y como demuestra la técnica escogida por el legislador a la hora de describir la conducta objeto de reproche penal en el art. 153. En efecto, la redacción del precepto se refiere de forma expresa únicamente al sujeto pasivo del delito, quedando a cargo del intérprete la labor de averiguar, a partir del mismo y de la relación que aquél debe mantener con el autor, el correspondiente sujeto activo del delito de violencia doméstica. Puede afirmarse por ello que estamos en este sentido ante una especialidad indirecta del sujeto activo ya que para determinarlo no basta con una simple lectura del precepto sino que es necesaria una, aunque sencilla, operación intelectual consistente en enlazar cada sujeto pasivo que menciona el precepto con su correlativo: del cónyuge, el otro cónyuge; del hijo, el padre o la madre, etc.

Entre los motivos que han podido llevar al legislador a optar por esta técnica legislativa, se encuentra el de intentar evitar redacciones demasiado extensas o

repetitivas. No obstante, antes de preocuparse por la estética del precepto, fin ciertamente loable, entiendo que el legislador debiera haberse asegurado primero de que los sujetos se hallaban clara y precisamente delimitados en el texto.

No ha sido éste su proceder como tampoco ha sido ésta la única vez en que el legislador ha recurrido a una delimitación indirecta o implícita del sujeto. Encontramos figuras en las que la especialidad del sujeto viene circunscrita a un ámbito concreto como sucede con el delito de acoso sexual ("el que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios"), o en las que, delimitándose uno de los dos sujetos, el otro sólo puede ser deducido a partir de aquél. A éste segundo grupo es al que pertenecería, además del delito que aquí se trata, el delito de abandono de familia ("el que dejare de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados" o "el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge, o sus hijos"), con la diferencia de que para éste último dicha técnica sí puede considerarse satisfactoria al

haber logrado una correcta y exacta delimitación de los sujetos (véase el art. 223 del C.p.).

En suma, el sujeto activo del delito de violencia doméstica viene constituido por aquél que ejerce violencia física o psíquica habitual sobre una persona a él mismo vinculada por alguna de las relaciones de parentesco o de tutela que el precepto recoge.

Estamos, no cabe duda, ante un delito especial. Cuestión más polémica y difícil de resolver es la de calificar, con arreglo a las clasificaciones o criterios que se han formulado doctrinalmente, la clase de especialidad de que se trata, esto es, si es un 'delito especial propio', también llamado 'delito especial en sentido estricto' o si nos encontramos, por el contrario, ante un 'delito especial impropio', en ocasiones denominado "delito especial en sentido amplio". La respuesta se torna extremadamente compleja por encontrarse, como ahora veremos, tales categorías contradictoriamente definidas por la doctrina, y por no llegar además aquellas a cubrir todas las situaciones que la realidad ofrece. Lo cierto es que un pronunciamiento acerca de esta problemática tiene una importancia indudablemente práctica, sobre todo, por las

distintas consecuencias que una y otra clasificación pueden acarrear en el ámbito de la participación<sup>292</sup>.

Los criterios que ha seguido la doctrina a la hora de considerar lo propio o lo impropio de un delito especial han sido básicamente dos. Destaca, principalmente, la clasificación formulada por MAURACH, según la cual, atendiendo a la forma en que aparece singularizado el sujeto activo, cabría distinguir entre delitos de propia mano: cuando las exigencias de particulares cualidades del sujeto activo derivan de la misma naturaleza del injusto, y delitos especiales: cuando tales exigencias proceden de la ley. Dentro de los delitos especiales, MAURACH diferenció, a su vez, los delitos especiales en sentido estricto: cuando el tipo sólo puede ser realizado por las personas descritas en el mismo, de los delitos especiales en sentido amplio: cuando el tipo puede ser realizado por cualquier

---

<sup>292</sup> El problema surge fundamentalmente en relación con la participación de un sujeto no cualificado en los delitos especiales propios. Así, una primera postura entiende que en los delitos especiales impropios el partícipe no cualificado responde conforme a la figura común correlativa, rompiéndose en consecuencia el título de imputación; en los especiales propios, en cambio, la responsabilidad de dicho partícipe debe articularse a partir de la figura realizada por el autor principal. Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal..., cit., pág. 757. En contra se manifiesta aquel sector doctrinal que estima incongruente castigar de diferente forma al partícipe del delito especial en un caso y en otro, propugnando, por ello, que ambos se castiguen del mismo modo, esto es, según el tipo realizado por el autor principal porque, o bien se admite que el partícipe no cualificado participa del injusto del delito especial, con independencia de que éste sea propio o impropio, o bien se tiene que negar en ambos casos. Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: Los delitos especiales y la teoría de la participación, Barcelona, 1974, págs. 44 y 71. En el mismo sentido, puede verse MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: Derecho penal, parte general, 3ªed°, Valencia, 1998, pág. 499.

persona, pero la realización por persona que reúne las cualidades de dicho tipo determina la imposición de una pena mayor<sup>293</sup>. Esta segunda clasificación es la terminó siendo acogida por la misma doctrina mayoritaria que no dudó, sin embargo, en abandonar la distinción efectuada entre delitos de propia mano y delitos especiales, al entender que tal distinción carece de sentido en planteamientos elaborados sobre la base de que la ley penal no hace sino expresar el injusto<sup>294</sup>.

Desde ese punto de partida, que es común, han surgido posturas contrapuestas. Autores como QUINTERO OLIVARES mantienen un criterio formal de distinción, similar al de MAURACH, según el cual, "se habla de delitos especiales propios cuando la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, resultando atípico el hecho cuando aquélla falte", pudiéndose considerar como ejemplo la prevaricación judicial. Por contra, "se habla de delitos especiales impropios cuando la calidad especial del sujeto posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, existiendo una correspondencia fáctica de este delito con un delito común, que sería el comisible por cualquier persona que no tuviera

---

<sup>293</sup> Vid. MAURACH, R.: Tratado de derecho penal (vol.I), traducción por CÓRDOBA RODA, J., Barcelona, 1962, págs. 287 a 291.

<sup>294</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal..., cit., pág. 356.

aquella especial calidad". Así, el tipo de la malversación de caudales públicos en la medida en que bajo él subyace, según el autor, el de apropiación indebida como delito común<sup>295</sup>. En la misma línea se ha pronunciado MIR PUIG afirmando que "los delitos especiales propios son aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores ni de éste ni de ningún otro delito que castigue para ellos la misma conducta". Los 'delitos especiales impropios', en cambio, son, para MIR PUIG, "los que guardan correspondencia con un delito común del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción"<sup>296</sup>.

Desde una perspectiva material, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN han rechazado la posibilidad de apoyar la distinción en el dato formal de conexión o no del delito especial con una figura común, por entender que el delito especial, en

---

<sup>295</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: Curso de derecho penal..., cit., pág.493. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA basando la distinción en el hecho de que el delito especial cuente o no con un tipo común paralelo. Vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: Curso de derecho penal. Parte general, Madrid, 1996, pág. 305.

<sup>296</sup> MIR PUIG toma como ejemplos los mismos que QUINTERO. No obstante, la solución que propone el primero difiere de este último en el sentido de apuntar como delito común, subyacente a la sustracción de caudales públicos o malversación, no el delito de apropiación indebida, sino el de hurto. Vid. MIR PUIG, S.: Derecho penal..., cit., pág. 206. Mayor claridad ofrecen los ejemplos que, participando de la distinción formal, aporta MUÑOZ CONDE al referirse a la función que desempeña el deudor en el alzamiento de bienes como figura propia de los delitos especiales propios y a la falsificación de un documento público cometida por funcionario como ejemplo de los especiales impropios. Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: Derecho penal, parte

ocasiones, puede seguir mereciendo el calificativo de 'delito especial en sentido estricto', aun a pesar de contar con una figura común equivalente. La diferencia, por tanto, lejos de apoyarse en el dato formal de que exista o no una figura común paralela, ha de buscarse, según estos autores, única y exclusivamente en el injusto. "Delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que las particularidades del sujeto activo pertenecen al tipo de injusto de la infracción correspondiente" y "delitos especiales en sentido amplio, aquellos en los que la condición del sujeto fundamenta una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar a su esencia"<sup>297</sup>.

Fuera de esta discusión, destaca la postura de CERZO MIR quien, siguiendo las teorías de STRANTENWERTH, afirma que sólo merecen la consideración de delitos especiales, propios o impropios, aquellos en los que la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico

---

general, 3ª edº., Valencia, 1998, pág 290.

<sup>297</sup> Para explicar su postura tales autores recurren también al ejemplo de la malversación, delito que no puede concebirse sólo como un delito contra el patrimonio por proteger también intereses extra-patrimoniales de la administración que fundamentan la configuración autónoma del delito. Así, dado que una porción del injusto específico de la figura sólo va a poder ser realizada por el funcionario público, el delito especial lo será en sentido estricto por mucho que puedan existir, entre los delitos contra la propiedad, figuras comunes correlativas. Vid. COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTON T.S.: Derecho penal..., cit., pág. 358.

específico como es el caso de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos<sup>298</sup>.

En relación con el delito del art. 153, la doctrina mayoritaria afirma que se trata de un delito especial propio. A menudo desde consideraciones formales, señalando la ausencia en nuestro Código penal de una figura común paralela de malos tratos habituales ejercidos entre sujetos distintos a los mencionados en el precepto<sup>299</sup>. En ocasiones, apelando también a argumentos de índole material al destacar que las características del sujeto activo pertenecen al tipo de injusto contemplado en el art. 153<sup>300</sup>.

No obstante, se echa en falta por parte de la doctrina que defiende la especialidad propia un pronunciamiento más extenso acerca de las razones de su postura, ya que son muchos los autores que afirman que se trata de un delito especial propio por el hecho de que sólo pueden ejercerlo los sujetos que describe el precepto o las personas ligadas por las relaciones que aquél contempla, lo cual no es decir demasiado a la hora de calificar la clase de especialidad ante la que nos encontramos si tenemos en cuenta que tal

---

<sup>298</sup> Vid. CEREZO MIR, J.: Curso de derecho ..., cit., pág. 119.

<sup>299</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 447; en el mismo sentido, vid. también:; GARCÍA ÁLVAREZ, P/ DEL CARPIO DELGADO, I.: El delito de..., cit., pág. 60; GANZEMULLER ROIG, C/ESCUADERO MORATALLA, J.F./FRIGOLA VALLINA, J.: La violencia doméstica, Barcelona, 1999, pág. 271. Vid. también MAURACH, R.: Tratado de derecho..., cit., pág. 283.

<sup>300</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de malos tratos...", cit., pág. 54.



explicación puede valer tanto para los delitos especiales propios como para los impropios<sup>301</sup>.

Se han inclinado por defender el carácter impropio de la especialidad ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA y TAMARIT SUMALLA. Los primeros desde consideraciones formales, por entender que la conducta resulta igualmente castigada -si bien en el ámbito de las faltas- cuando no concurre la calidad especial del sujeto<sup>302</sup>. El segundo, esgrimiendo además razones de carácter material, al concebir el injusto de este delito especial -en relación con la falta de malos tratos del art. 582.2, considerada como tipo subyacente-diverso en su intensidad pero no en su naturaleza<sup>303</sup>.

A mi juicio, y atendiendo a las definiciones doctrinales formuladas, desde un punto de vista formal, la

---

<sup>301</sup> Vid., como muestra de lo dicho, entre otros: GÓNZALEZ RUS, J.J.: Curso de derecho..., cit., pág. 170; ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 150; BERDUGO/MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: La reforma..., cit., pág. 105. En idéntica línea cabe situar a quienes simplemente afirman que se trata de un delito especial propio sin entrar en mayores argumentos: vid. CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal. Parte especial, 3ª Edº, Valencia, 1999, pág. 140. Menos breve, analizando las consecuencias que tal calificación arrojaría en sede de participación, vid. MONGE FERNÁNDEZ, A./NAVAS CÓRDOBA, J.A.: Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer, R.P. de La Ley, Febrero 2000, num. 8, pág.

<sup>302</sup> Vid. ARROYO DE LAS HERAS, A./ MUÑOZ CUESTA, J.: Delito de lesiones, cit., pág. 153.

<sup>303</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 176. En este punto debo aclarar que aunque en el texto aparezca una referencia al art. 582.1, por la argumentación que sigue TAMARIT a lo largo de su obra (léase, por ejemplo, la pág. 178), entiendo que aquélla ha de considerarse un error de imprenta y, por lo tanto, que el autor debe estar refiriéndose al art. 582.1. En el mismo sentido que TAMARIT, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios..., cit., pág. 441. También, DEL ROSAL BLASCO, aunque éste último relacionando el delito con los dos párrafos del art. 582: "el sujeto activo fundamenta una punición distinta pero dentro del mismo tipo de injusto que el de los párrafos primero y segundo del antiguo art. 582", vid. DEL ROSAL BLASCO, B:

calificación del delito del art. 153 como 'delito especial propio' es insostenible por cuanto la realización de aquella misma conducta por persona no cualificada sigue siendo típica al venir castigada en otros lugares del Código. Sin embargo, a diferencia de lo defendido hasta la fecha por los autores que se inclinan, desde una perspectiva formal, hacia la especialidad impropia como ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, entiendo que la especialidad del precepto se encuentra estrechamente conectada no sólo con las faltas de malos tratos sino además con los delitos contra la integridad moral.

En concreto, la conducta descrita en el art. 153 ejercida por un sujeto no cualificado, según el planteamiento que aquí se sostiene, debe ponerse en relación con el art. 173 siempre que con ella se haya causado un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima de la violencia habitual. Este menoscabo grave es fácil que se produzca cuando la violencia reiterada se haya ejercido entre personas estrechamente vinculadas y unidas por lazos semejantes, pero distintos, a los que se refiere el legislador en el art. 153: la cometida por un hermano mayor a uno menor, por un superior laboral a un inferior, por un profesor a un alumno, etc. Por lo que respecta al resto de supuestos, esto es, cuando el menoscabo de la

integridad moral producido no haya alcanzado la cualidad de grave, cabrá apreciar, como mínimo, un concurso de faltas de maltrato de los art. 617.2 y 620.2, que, no obstante, irá ampliándose en función de la diversa materialización que experimenten las iniciales faltas integradoras de la habitualidad del delito, hasta abarcar a todas las infracciones cometidas con independencia del número de que se trate, así como del grado de realización que cada una haya alcanzado: normalmente se traducirán en faltas de lesiones o en delitos de lesiones, aunque también en agresiones sexuales, amenazas, coacciones, etc.

Descartado el carácter propio de la especialidad, el siguiente paso debería poder ser afirmar su naturaleza impropia. Sin embargo, el encaje de esta figura en dicha categoría tampoco es posible al no existir en nuestro Código penal una figura común paralela a la cual reconducir todos los supuestos de realización de la conducta descrita en el delito por persona carente de la cualidad especial exigida por el precepto.

Parece que estamos pues, desde una perspectiva formal, ante un delito especial impropio sin correspondiente común exacto, que bien pudiéramos denominar 'delito especial doblemente impropio'. Esta denominación estaría aludiendo, por un lado, a lo impropio de que el delito no sea absolutamente especial al poder cualquier persona, distinta

de las mencionadas en el precepto, realizar el mismo injusto si bien con carácter atenuado. Por otro lado, dicha denominación estaría poniendo de manifiesto la singularidad que supone que tales delitos, siendo delitos especiales impropios, no cuenten con una figura común paralela aglutinadora del resto de los supuestos no previstos en el delito especial siempre que falte la cualificación del sujeto.

Desde un punto de vista material o del injusto, la calificación se muestra todavía más compleja. Se trataría de averiguar, siguiendo el criterio ofrecido por los profesores COBO/VIVES, si la ausencia de la cualidad del sujeto activo afecta o no a la esencia del injusto contemplado en el art. 153. Para ello recordemos que resultará necesario relacionar dicho precepto con el tipo contemplado en el art. 173 del vigente C.p., por un lado, y con las faltas del art. 617.2 y del art. 620.2, por otro. Pues bien, en relación con el art. 173, esto es, con los supuestos de menoscabo grave de la integridad moral, la identidad del injusto queda fuera de toda duda al proteger ambas figuras el mismo bien jurídico. Pero cuando la conexión se establece con las correspondientes faltas de malos tratos, esto es, cuando faltando el sujeto, el daño a la integridad moral no se puede considerar grave, nos encontramos con que, suprimido el sujeto activo, el bien

jurídico protegido ya no es la integridad moral sino un bien jurídico distinto concretado normalmente o en la incolumidad corporal (cuando se trate de un maltrato corporal del art. 617.2), o en la libertad, o en el honor (cuando se trate de un maltrato verbal del art. 620.2 del C.p).

Siendo esto así, el delito sólo debería considerarse 'especial en sentido amplio' en lo que se refiere a su relación con el art. 173. El resto de supuestos merecerían, por haber cambiado el bien jurídico y, en consecuencia, haberse modificado la esencia de su injusto, la calificación de 'delitos especiales en sentido estricto'<sup>304</sup>.

---

<sup>304</sup> No se alcanza a comprender, sin embargo, en qué clase de especialidad cabe incluir la entablada entre el delito de violencia doméstica y la posible reiteración de "vejaciones injustas de carácter leve" castigadas en el art. 620.2, pues de aceptar que responden a un intento de preservar la misma integridad moral frente a los ataques más leves, habría que admitir entonces, a diferencia de lo que sucede con las demás faltas, que la especialidad en este caso es impropia. Hecho que distorsionaría más, si cabe, una posible decisión acerca de la clase de delito especial que el art. 153 representa. En todo caso, la sistemática no parece muy adecuada. Llama la atención, sobre todo, que a la vejación injusta se le asigne una pena menor que al maltrato corporal porque ello puede dar lugar a la paradoja de que un maltrato corporal vejatorio reciba menor pena que un maltrato corporal no lesivo de la integridad moral, pues como se ha visto, la idea es que la agresión corporal inicial se ve absorbida por la infracción en que aquélla acaba traduciéndose. Una forma de resolver tal incongruencia penológica podría pasar, de *lege ferenda*, por incluir dentro del apartado regulador de la falta de maltrato corporal una agravante previendo una hipotética lesión de la integridad moral. De esta manera, se respetaría el distinto tratamiento que ofrece el legislador a los malos tratos corporales frente a los -menos graves- malos tratos verbales, que sólo se castigarán si lesionan la integridad moral. Este mismo problema y esta misma solución considero que podría predicarse de la coacción prevista también en el art. 620.2, con la diferencia que dicha infracción solamente se puede cometer mediante violencia física o maltrato corporal, por lo que habría que, a diferencia de lo que se propugna con la vejación, eliminar del todo en la falta el castigo de la coacción.

La pregunta sería entonces ¿cómo calificar a este delito desde un punto de vista material: cómo 'un delito especial en sentido estricto', por entender que basta con que exista un supuesto en el que la cualidad del sujeto pertenece al injusto de la infracción para que haya de ser calificado como tal, aunque en la mayoría de casos dicha cualidad no haga sino determinar una mayor o menor punición que no afecta a la esencia del injusto, o cómo 'un delito especial en sentido amplio', porque pese a que en algunos casos la cualidad del sujeto afecta a dicha esencia son más los supuestos en los que aquélla determina tan sólo una graduación de la penalidad?.

Sin perjuicio de que utilizando la terminología antes empleada quepa denominar a esta clase de delito especial 'delito especial casi estricto', cabe pensar que la respuesta al anterior interrogante debe ser idéntica a la que los propios COBO/VIVES nos ofrecen cuando, al intentar explicar de forma práctica el criterio material de distinción, traen a colación el caso de la malversación. Los autores lo califican de 'delito especial en sentido estricto' por existir en él, cuanto menos, una porción del injusto que sólo puede ser realizada por el funcionario público, entendiendo además que el bien jurídico protegido se amplía del patrimonio a los intereses extrapatrimoniales de la Administración. De la misma forma, dado que el bien

jurídico del art. 153 en relación con las faltas del art. 617.2, cuando la repetición de éstas no es suficiente para integrar el menoscabo grave exigido por el art. 173, no es sólo la incolumidad corporal, sino además la integridad moral, y dado que una porción del injusto sólo puede ser realizada por los sujetos que menciona el precepto, habrá entonces que concluir que el delito de violencia doméstica, desde un punto de vista material, es un 'delito especial en sentido estricto'.

Ahora bien, resta todavía por resolver la contradicción que supone que, desde un punto de vista formal, el delito haya de ser calificado de 'especial impropio', aunque sin correlativo común exacto y, desde un punto de vista material, deba ser considerado preferentemente 'delito especial propio', aunque en ocasiones el injusto del art. 153 pueda revestir la misma naturaleza que el previsto en el delito del art. 173 que actuará en esos casos de correlativo común.

Pues bien, en mi opinión, el criterio que debe imperar es el material. El delito del art. 153 es un 'delito especial propio' porque lo que hace que nos podamos mover en el terreno de la integridad moral y no en el del honor, incolumidad corporal o libertad es la circunstancia de que el acto del maltrato se ejerza, además de habitualmente, entre esas determinadas personas. La habitualidad y los

sujetos son, de esta forma, elementos constitutivos y cofundamentadores del injusto. Dos conceptos conjugados que no se pueden comprender el uno separado del otro y que vienen a justificar la afirmación antes hecha en el sentido de poner de manifiesto la indudable repercusión que los sujetos desempeñan en la esencia misma del injusto del art. 153<sup>305</sup>.

Otra posible solución, desde el punto de vista dogmático, consistiría en crear una o dos nuevas categorías de delitos especiales en la forma que hemos visto de 'delitos especiales doblemente impropios' o 'delitos especiales en sentido casi estricto', lo cual habría de ir acompañado del establecimiento de las correspondientes reglas generales para la solución de los problemas que se plantearan en sede de participación, error o concursos, al modo de lo ya fijado en relación con las otras dos categorías consolidadas en nuestro derecho. La aparición de estas nuevas categorías contribuiría, sin duda, a una mejor sistematización del complejo panorama que forman en nuestro ordenamiento los delitos especiales, razón suficiente, a mi juicio, para sugerir en este momento su creación de *lege ferenda*.

---

<sup>305</sup> En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, para quien estamos ante un tipo autónomo cuyo fundamento es la habitualidad lesiva y la relación personal, de modo que, si ésta no se da, tal habitualidad lesiva no se castiga. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho Penal. Parte



No obstante, actualmente la solución más acertada para resolver la disyuntiva 'delito especial propio versus delito especial impropio' pasa, a mi juicio, tal y como se acaba de exponer, por romper aquélla en favor de la especialidad propia, sentado lo cual, procede analizar ya cuáles son esas relaciones o esos sujetos específicos que protege el art. 153 del C.p.<sup>306</sup>.

## **1.2. Sujetos protegidos en el 'delito de violencia doméstica': la naturaleza normativa de la terminología empleada**

Tres son las referencias que, introducidas por la preposición "sobre", contiene el precepto respecto al sujeto pasivo: "sobre quien sea o haya sido cónyuge del autor"; "sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad" y "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

---

Especial, 2ª Ed., Barcelona, 1991, pág. 65.

<sup>306</sup> A una solución semejante llega MUÑOZ SÁNCHEZ cuando trata de analizar qué tipo de especialidad caracteriza la relación existente entre el delito de tortura y el delito de atentado grave contra la integridad moral cometida por particulares del art. 173. El citado autor, tras comprobar que el delito de tortura sólo puede considerarse impropio cuando el atentado contra la integridad moral cometido por el particular haya alcanzado la cualidad de grave, pues faltando dicha entidad el sujeto lo que fundamenta no es ya tanto la agravación como la punibilidad misma, concluye, en consecuencia, negando su estructura de delito especial impropio. Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: Los delitos...

o guarda de uno o de otro". Como quiera que cada una de aquéllas conlleva, a su vez, una delimitación implícita del sujeto activo del delito, según sea la concreta relación que tiene que guardar éste con aquél, parece conveniente abandonar la sistemática que se suele seguir al estudiar cualquier delito de la parte especial, analizando por separado al sujeto activo y pasivo del delito, para establecer, en su lugar, una clasificación de las distintas relaciones que protege el precepto. De esta forma, la clasificación de los sujetos del delito en el art. 153 pudiera configurarse a partir del siguiente esquema<sup>307</sup>:

- 1) Relación conyugal
- 2) Relación de afectividad análoga a la conyugal
- 3) Relación paternofilial
- 4) Relación de tutela o guarda, asimilada a la paternofilial

---

cit., pág. 59.

<sup>307</sup> Muestra de la imprecisión con que están redactados los sujetos del art. 153 es, sin duda, la diferente sistemática que emplea la doctrina a la hora de estudiarlos. Así, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ opta por separar el cónyuge o pareja de hecho, de los ex-cónyuge o ex-parejas de hecho y de los hijos, pupilos, ascendientes o incapaces. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 152 y ss. Más original resulta la clasificación que del sujeto lleva a cabo GRACIA MARTÍN, al distinguir tres grupos de relaciones: el relativo a la relación conyugal o análoga, que sería el núcleo a partir del cual se estructuran las demás; el comprensivo de las relaciones del sujeto activo con otras personas vinculadas directamente a él y, finalmente, el integrado por relaciones del sujeto activo con otras personas que, porque están vinculadas solamente a su cónyuge o conviviente, lo estarán también a aquél, si bien de un modo mediato. Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 431.

No obstante, antes de pasar a analizar dichas relaciones conviene precisar la naturaleza de la terminología usada por el legislador para describir o designar los sujetos integrantes de cada una de ellas.

#### **Excursus acerca de la naturaleza de la terminología empleada**

La determinación de la naturaleza normativa o descriptiva de los términos utilizados para describir el tipo del delito del art. 153 no constituye, ni mucho menos, una cuestión pacífica dentro de la doctrina penal. TAMARIT SUMALLA afirma el carácter normativo de la mayoría de los términos que definen el delito, con excepción de la análoga relación de afectividad y de la guarda de hecho, términos considerados por el autor como materialmente descriptivos<sup>308</sup>. GRACIA MARTÍN, en cambio, concibe todos ellos como elementos descriptivos<sup>309</sup>. En esta misma línea, GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO aluden al espíritu del precepto -que admite relaciones de convivencia análogas a otras de carácter formal- para defender igualmente el carácter descriptivo de toda la terminología empleada en la redacción de los sujetos, entendiendo, por lo que hace a la

---

<sup>308</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma...*, cit., pág. 177

<sup>309</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, cit., pág. 430.

relación conyugal, que lo realmente importante es "la relación fáctica de dependencia efectivamente existente entre los sujetos activo y pasivo del maltrato, sin que sea relevante para la consideración de cónyuges que en la formalización de dicha relación conyugal haya existido un defecto de forma según los requisitos legales"<sup>310</sup>.

Pues bien, mi opinión es que los términos utilizados para designar los sujetos de esta figura delictiva, al participar de una naturaleza normativa, deberían, en principio, integrarse a partir de las correspondientes normas civiles<sup>311</sup>.

De lo dicho se desprende que, aproximándose tal parecer al de TAMARIT SUMALLA, difiere del planteamiento de dicho autor en cuanto a la consideración por su parte de la análoga relación de afectividad y la guarda de hecho como elementos descriptivos y no normativos.

Estamos, según entiendo, ante remisiones normativas implícitas sin otra finalidad que la de simplificar el texto legal. DOVAL PAIS define la remisión implícita o concluyente como aquella consistente en una expresión cuyo contenido viene determinado por lo dispuesto en normas

---

<sup>310</sup> Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 55.

<sup>311</sup> Abogando por la integración civil, ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 151 y la Fiscalía General del Estado a través de su circular 2/1990. BUSCAR FECHA DE LA CIRCULAR

extrapenales sin remitir a ellas expresamente<sup>312</sup>. La menor crítica que, según el autor citado, merecen tales remisiones frente a las remisiones explícitas y las llamadas leyes penales en blanco, en este caso, resulta especialmente justificada tanto por el elemento al que se refieren, es decir, al sujeto, como por la ley llamada a complementar los elementos, esto es, por el Código civil, destino normativo, como es sabido, lo suficientemente determinado e individualizable para, debido a su permanencia, no generar incertidumbre<sup>313</sup>.

Ahora bien, formulada la regla general, en virtud de la cual nos hallaríamos en cuanto a la enumeración de los sujetos ante términos normativos (en la forma de remisiones implícitas) a complementar por el Código civil, interesa destacar una serie de excepciones que se oponen a la misma. Salvedades todas ellas, si bien que, como tendremos oportunidad de comprobar, lo van a ser no tanto en función del carácter descriptivo de los términos cuanto en relación a la diversa integración normativa que se ha de hacer de los mismos.

El término "incapaces", por ejemplo no ha de completarse con lo establecido en el Código civil sino que

---

<sup>312</sup> Vid. DOVAL PAIS, A.: Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, Valencia, 1999, págs. 90

<sup>313</sup> Vid. DOVAL PAIS, A.: Posibilidades y límites ..., cit., págs. 196 y

debe integrarse a partir de lo establecido específicamente a efectos penales en el art. 25 del C.p.

Muchos más problemas ocasiona la calificación normativa de la expresión "unido de forma estable por análoga relación de afectividad a la conyugal". Dicha fórmula, al acoger una cláusula básicamente descriptiva, que enumera los requisitos de una determinada realidad convivencial, es fácil que pueda llevar a la creencia de estar ante un término descriptivo. Sin embargo, varias son las razones que, a mi juicio, justifican su naturaleza normativa: la primera atendería a un mejor cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de taxatividad; la segunda respondería al argumento sistemático en un doble sentido: por un lado, en cuanto que dicha terminología ha sido, como hemos visto, frecuentemente utilizada por el legislador a la hora de designar a las uniones de hecho, tanto en éste como en otros órdenes distintos; por otro lado, aceptando que la mayoría de los sujetos del art. 153 vienen designados normativamente, no hay motivo suficiente para pensar, a partir de una interpretación global del precepto, que dicho término haya de concebirse de otra manera<sup>314</sup>.

---

202.

<sup>314</sup> En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, cuando analizando la expresión en "el encubrimiento de parientes", considera también que se trata de un concepto normativo que habrá de llenar el juez en cada

Afirmada la naturaleza normativa de esta última relación, conviene, sin embargo, incidir en la singularidad que supone dicha fórmula frente al resto de los términos normativos empleados en el precepto. En efecto, a excepción del vocablo 'pupilos', que más tarde analizaremos, todos los términos del art. 153 relativos a la identificación de los sujetos del delito son términos normativos ya valorados jurídicamente -por el Código civil o, en lo referente al término incapaces, por el Código penal-. La 'análoga relación de afectividad', en cambio, es, a mi juicio, un término normativo pendiente todavía de valoración por el ordenamiento jurídico.

Esta última afirmación requiere ser matizada en la medida en que dicha análoga relación de afectividad ha sido tomada en consideración por diversas leyes. Sin embargo, no se puede considerar como un término ya valorado por el ordenamiento jurídico porque carecemos, según entiendo, y por el momento, de una normativa que en el ámbito nacional la regule enteramente y la defina con exactitud, haciendo de dicha figura una verdadera institución jurídica<sup>315</sup>. En

---

caso concreto recurriendo al entorno sociológico y a los presupuestos de la relación existente entre encubridor y encubierto, pero teniendo en cuenta a nivel orientativo lo ya establecido en normas civiles y laborales. Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Encubrimiento de parientes" en Comentarios a la Legislación Penal, Edersa, Tomo V, Vol.1º, pág. 351.

<sup>315</sup> Para un mayor abundamiento en esta cuestión y en otras relativas a los problemas que plantea la juridificación de las uniones de hecho vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, P, A.: La unión de hecho y el derecho a no

efecto, los problemas de la integración de este término derivan de que la llamada 'análoga relación de afectividad', a la espera de que se apruebe una ley nacional<sup>316</sup>, viene regulada en la normativa actual de forma

---

casarse, Granada, 2001, págs. 351-354. Quién critica, en general, la regulación existente o todavía pendiente de aprobación en materia de uniones de hecho porque con ella no se pretende la insitucionalización de la figura sino, como máximo, regular sus efectos de forma ordenada en una ley especial y relegándolo al ámbito privado. El autor se muestra, por el contrario, partidario de reconocer la existencia de un derecho fundamental a no casarse, entendido como el reverso o dimensión pasiva imprescindible del derecho a contraer matrimonio del art. 32 de nuestra Constitución y, como consecuencia de ello, de articular un estatuto jurídico básico de la convivencia *more uxorio* dentro del ámbito propio del Derecho de familia. Sugiere incluso la posibilidad de que esta regulación general de las uniones de hecho se integre en el Código civil dentro de un hipotético Título IV bis del libro I y a continuación de las disposiciones reguladoras del matrimonio, bajo el título, de las uniones de hecho estables, subrayando así su carácter de convivencia alternativa al matrimonio como expresión jurídica del derecho a no casarse. En todo caso, la regulación de la unión de hecho debiera integrarse plenamente en el ámbito propio de las normas civiles generales que, en cada territorio español, regulan competentemente las relaciones de familia y las relaciones sucesorias. Sin embargo, ni las normativas autonómicas, actualmente vigentes, ni los proyectos de regulación estatal todavía en curso, plantean dicha integración, optando por recoger los preceptos oportunos en una ley especial. Ello indica que el legislador lo que pretende es descartar la integración estructural y normativa de las relaciones no matrimoniales en el ámbito propio del matrimonio y la familia matrimonial. De este modo, se les otorga relevancia jurídica pero se las mantiene en un ámbito segregado de normas especiales. En Cataluña en particular resulta tremendamente significativa su exclusión del conjunto de leyes autonómicas reguladoras del derecho de familia, agrupadas en el llamado Código de familia. *Vid.* en este sentido, TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO, A.: La unión de hecho y el derecho a no casarse, Granada, 2001, págs. 351-354.

<sup>316</sup> En este momento contamos con dos propuestas legislativas: la Proposición de Ley de Uniones Estables de Hecho, de Coalición Canaria, el 8 de abril de 1997 y la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil, promovida por el Partido Popular, el 22 de septiembre de 1997. Han sido ya desestimadas por el Congreso de los Diputados: la Proposición de Ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho, del Grupo Socialista, de 5 de noviembre de 1996, y la Proposición de Ley de medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, de 12 de noviembre del mismo año 1996. Recientemente el PP, ejerciendo su mayoría absoluta, ha rechazado cuatro proposiciones de ley: de Izquierda Unida, de Iniciativa per Catalunya, de PSOE y de CIU, insistiendo en su proyecto de unión civil aunque sin anunciar fecha para su debate. *Vid.*, mostrándose muy crítico con dicha



muy dispersa: o bien por diversas leyes de ámbito nacional, pero sólo en alguno de sus efectos<sup>317</sup>, o bien de una forma integral, pero por leyes de diferentes comunidades autónomas<sup>318</sup>.

Por esta razón, el hecho de acudir al ordenamiento jurídico-civil, por ser éste el que más efectos atribuye a este tipo de uniones afectivas, para completar aquella, no sería una buena idea si tenemos en cuenta que dada la ausencia de una ley única, tamaña dispersión, y debido, sobre todo, a la falta de uniformidad que se observa a la hora de definirla, dicha tarea no haría sino generarnos mayor incertidumbre. Así, por ejemplo, mientras que la Ley

---

situación, la editorial del País el Martes 26 de Septiembre de 2000. Vid. asimismo, en relación con las propuestas de regulación, TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., pág.255 y ss.

<sup>317</sup> Vid., por ejemplo, la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria, la Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, la Ley 30/1981 de 7 de julio relativa a procedimientos de nulidad, separación y divorcio, la Ley Orgánica 8/1983 de Reforma del Código penal, la Ley 5/1984 del Derecho de Asilo y Condición de Refugiado, la Ley Orgánica 6/1984 del procedimiento de *Habeas Corpus*, la Resolución de 29 de Diciembre de 1984, de la secretaría general de la Seguridad Social, por la que se posibilita la prestación de asistencia sanitaria a las personas que convivan con el titular del derecho sin ser su cónyuge, la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, la Ley 21/1987, de Reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Adopción de 11 de noviembre, la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre, la Ley Orgánica 3/1989 de Reforma del Código penal, la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, la Ley Orgánica 10/1995 del Código penal, la Ley 35/1995 de 12 de marzo de ayuda a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, la ley 34/1996 de ayuda a las víctimas del SIDA.

<sup>318</sup> En el ámbito de las Comunidades Autónomas, se han aprobado ya la Llei d'Unions Estables de Parella de 30 de junio de 1998 en Cataluña, la Ley relativa a Parejas Estables no casadas, aprobada por el Pleno de las Cortes de Aragón el 12 de marzo de 1999 y la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica en Navarra, así como la Ley de

21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción, en su Disposición adicional 3ª se refiere a la unión heterosexual, la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos en su art.12 contempla, sin embargo, también a la homosexual. En el ámbito de las comunidades autónomas, como muestra de esa diversificación que venimos comentando, cabe señalar el diferente plazo exigido para considerar estable la unión: por ejemplo, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra exige un año (art. 2.2) y, en cambio, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón, impone la acreditación de dos años de convivencia ininterrumpida mediante escritura pública o por cualquier otro medio suficiente (art. 3).

En consecuencia, nuestro cometido más ambicioso ha de ser tratar de elaborar una definición de la unión de hecho a efectos penales, esto es, fijar un concepto que le pueda servir al juez para integrar la cláusula 'análoga relación de afectividad', no sólo en este, sino en todos los preceptos que la misma aparezca. Para dicha tarea será necesario tener en cuenta, además de las definiciones contenidas en toda esa dispersa normativa civil, los proyectos normativos que se vienen planteando en el ámbito

nacional, lo establecido hasta la fecha por la jurisprudencia tanto civil como penal, el sentir sociológico mayoritario, las opiniones doctrinales más entendidas en la materia y, por supuesto, los fines concretos que persigue el derecho penal, bien distintos a los buscados por otros órdenes como el civil o el administrativo.

Por lo que respecta al término 'guarda de hecho', entiendo que tampoco éste debe interpretarse en clave descriptiva pues, por el contexto en que se incluye dicha expresión, parece claro que estamos ante otra más de las instituciones de guarda civil que recoge el precepto. Por ello su integración debe hacerse, al igual que en aquélla, a partir de lo establecido en el Código civil. Una interpretación descriptiva de la guarda de hecho podría ampliar excesivamente el ámbito de aplicación del precepto, además de que vaciaría de contenido los términos empleados junto a ella para designar esos otros institutos tuitivos: los de 'potestad', 'tutela', 'curatela' y 'acogimiento', al no constituir éstos sino modalidades jurídicas específicas de la 'guarda de hecho'.

Finalmente, el término 'pupilos' es el único que no puede concebirse como elemento normativo pero porque su mención sólo se explica, a mi juicio, como un error o un descuido del legislador, quien en 1994, y tras la

incorporación de los ascendientes al precepto como sujeto pasivo, debiera haber sustituido el término pupilos por el de 'menores'. Este último, más exacto y preciso, hubiese dado, seguro, mejor respuesta a los fines que se perseguían y dotado de mayor coherencia sistemática al precepto en el apartado relativo a la tipificación de los sujetos, coordinando mejor los enumerados en la parte pasiva con los institutos de guarda mencionados en la parte activa del mismo. Interpretar dicho vocablo en su sentido técnico o normativo más común, esto es, como persona sujeta a la institución de la tutela o, en su caso, gramaticalmente como alumno/a que duerme en el colegio hasta la noche distorsionaría, sin duda, el entendimiento que se viene haciendo de tales fines y la propia *ratio legis* del precepto.

Como corolario de todo lo anterior cabe colegir las dos siguientes conclusiones: en primer lugar, cabe afirmar, en principio, y como regla general, la naturaleza normativa de los términos empleados en la descripción de los sujetos; en segundo lugar, es posible concluir que la integración de la mayoría de ellos se ha de hacer a partir de la normativa contenida en el Código civil con la salvedad del término 'incapaces' (que ha de interpretarse según lo establecido en el Código penal), de la fórmula 'análoga relación de afectividad' (para la que se ha de estar a la definición

que aquí se elabore) y del término 'pupilos', que ha de considerarse como una imprecisión del legislador a la hora de llevar al texto la protección específica de los menores, personas junto con los incapaces comúnmente susceptibles de estar sujetos a los correspondientes institutos de guarda que menciona el precepto.

No me parece por último convincente el argumento esgrimido por GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO en defensa de la naturaleza descriptiva del término cónyuges. La inclusión de relaciones materiales junto a relaciones formales dentro del precepto, lejos de determinar la naturaleza descriptiva de la terminología empleada para describir las formales, sólo podría servir, en su caso, para agudizar la diferencia entre una y otra clase de relaciones, y por tanto, para reforzar con ello, precisamente, el carácter normativo de las formales frente al carácter descriptivo de las materiales. De otra parte, la indeterminación que acompaña al precepto en términos como el de "habitualidad" o "violencia psíquica" desaconseja, a mi modo de ver, cualquier relajación de la carga o exigencia formal del resto de elementos del delito a los que el legislador sí se ha referido de forma precisa. Por lo demás, esta discusión puede carecer de trascendencia práctica en la medida en que cuando un supuesto no encaja dentro de la relación conyugal por algún defecto de forma,

lo habitual es que tenga cabida en el de análoga relación de afectividad, que también es punible. Pero ello no es suficiente argumento para considerar que la relación conyugal deba también interpretarse descriptivamente, entre otras razones, porque de ser así, uno de los dos términos se convertiría en superfluo, siendo claro que ambos están pretendiendo designar realidades no coincidentes.

### **1.2.1 La relación conyugal; matrimonio, parentesco y familia**

La relación conyugal, regulada en el Título IV del Libro I del Código civil, es aquella que nace a partir del matrimonio. DÍEZ PICAZO se refiere al matrimonio como "negocio jurídico matrimonial, formal y solemne, formado por la concorde voluntad de los contrayentes expresada en las declaraciones que emiten, dirigidas a unirse en matrimonio sin que influya en su configuración como negocio jurídico la intervención en el acto de los funcionarios del Estado o, en su caso, de los ministros de un culto religioso, al crearse la relación jurídica conyugal por virtud de un acto de autonomía privada de los

contrayentes". No obstante, el ilustre civilista matiza tal calificación en función del concepto que se tenga del negocio jurídico, pues si su esencia se entiende que consiste en la autorregulación de sus intereses por las partes, como en el matrimonio no ocurre nada de esto, al estar sus efectos totalmente predispuestos por la ley, la calificación adecuada debería ser la de 'acto jurídico'<sup>319</sup>.

El matrimonio puede definirse, por tanto, como "el negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena"<sup>320</sup>. El término "matrimonio" designa tanto el acto constitutivo o contrato creador del status matrimonial, del estado civil de casado, como la situación que entre marido y mujer se crea y prolonga en el tiempo a partir de dicho acto<sup>321</sup>.

Los conceptos de 'familia' y 'parentesco' deben también ser objeto de aclaración en aras de lograr una más correcta delimitación de una terminología con frecuencia utilizada imprecisamente.

Advierte DÍEZ PICAZO en relación con el primero de estos conceptos que la rúbrica "Derecho de familia" no existe como tal ni en el Código civil ni en ninguno de los

---

<sup>319</sup> Vid., DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.: Sistema de derecho civil. Derecho de familia, derecho de sucesiones., Vol. IV, Madrid, 7ª edº, pág. 64.

<sup>320</sup> Vid., OCALLAHGAN, X.: "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho", Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1998,

Textos seguidores del modelo francés. Nuestro Código regula algunas instituciones y relaciones familiares pero sin que dichas regulaciones lleguen a formar un conjunto unitario y homogéneo, siendo además las referencias que se hacen a la familia escasas, genéricas y abstractas, hasta el punto de no poder saber a ciencia cierta qué entiende nuestro legislador civil por aquélla.

No obstante, en un intento de aproximación a su real significado, DIÉZ PICAZO señala que, como ámbito doméstico, "la idea de familia expresa un marco vital, más estricto y reducido, donde se realiza y desarrolla la persona". El citado autor incide igualmente en que "no cabe pensar en un concepto intemporal de familia al presuponer ésta última una determinada manera de organización de grupos sociales reducidos o celulares que en constante evolución comprende, sobre todo, unas pautas de comportamiento y un conjunto de creencias y de tradiciones"<sup>322</sup>. DÍEZ PICAZO apunta así los dos significados que admite la idea de familia en el momento histórico actual: la familia en sentido amplio o

---

pág.16.

<sup>321</sup> *Ibidem*. Pág. 17

<sup>322</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ considera un acierto que ni la CE ni la legislación ordinaria contengan un precepto específico donde se contemple qué es una familia o cómo debe ser una familia, precisamente porque tal definición se halla sujeta a los condicionamientos sociales de cada momento histórico, tal y como afirma tan insigne civilista. No habiendo un concepto legal de familia, TALAVERA FERNÁNDEZ ve buena la idea de acudir a los conceptos que nos ofrece la sociología o la demografía: TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., págs 101-102.



"familia-linaje", que incluye a las personas ligadas entre sí por el vínculo de parentesco del que la ley extrae alguna consecuencia jurídica; y la familia en sentido estricto o "familia nuclear", que comprende únicamente la pareja y los hijos.

Para entender mejor el alcance de la distinción entre matrimonio y familia conviene atender a las aclaraciones realizadas por TALAVERA FERNÁNDEZ en torno a la institución del matrimonio. Según éstas, la comprensión del concepto 'matrimonio' ha de pasar por desligar muy bien la realidad matrimonial de la realidad familiar. El matrimonio hace referencia básicamente a la constitución formal de una relación de pareja que se establece entre iguales, que poseen la misma posición jurídica, y que quedan desde ese momento vinculados social, económica y jurídicamente, recibiendo protección constitucional en el art. 32. El concepto de familia supone, por el contrario, la existencia de una pluralidad de sujetos entre los que se crean relaciones de dependencia y jerarquía, quedando protegidos por lo establecido en el art. 39 de nuestro vigente texto constitucional. En definitiva, lo que viene a señalar el autor es que la relación conyugal y la relación familiar, al poseer ámbitos de significación distintos, pueden muy bien aparecer en la realidad completamente desligadas. La relación conyugal es posible que no llegue a convertirse en

familiar, si los cónyuges no acaban teniendo una descendencia común, y la relación familiar es posible que posea un origen distinto al matrimonial, cuando el padre y la madre no estén casados, y en la medida en que el art. 39 brinda su protección no sólo a la familia conyugal sino también a la no conyugal<sup>323</sup>.

Deslindados los conceptos de matrimonio y de familia, resta por acotar el de parentesco. Siguiendo a DÍEZ PICAZO, éste puede definirse como *"la cualidad recíprocamente atribuida a dos personas ligadas entre sí por la existencia de un ascendiente común (parentesco por consanguinidad: padre, hermano, abuelo, etc.) o por el matrimonio de alguno de los miembros de una familia con el de otra (parentesco por afinidad: suegro, cuñado, etc.)"*<sup>324</sup>.

Respecto al parentesco, estimo conveniente precisar dos cuestiones. La primera, destacada por el propio autor, consiste en afirmar que aquél no constituye una verdadera relación jurídica en la medida en que el Derecho sólo se refiere a él a través de esporádicas referencias o remisiones, y extrayendo del mismo algunos efectos jurídicos, pero sin llegar a regularlo orgánicamente como tal relación. La segunda consiste en poner de manifiesto la ausencia de parentesco en los cónyuges, entre los cuales

---

<sup>323</sup> Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., págs. 98-101

existe una relación conyugal o matrimonial pero no estrictamente de parientes.

### **1.2.2. Análoga relación de afectividad a la conyugal**

La violencia física o psíquica habitual ejercida por el autor sobre persona que esté "ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad a la conyugal" viene castigada por el legislador penal en el art. 153 en segundo lugar.

#### **A) Crítica a la terminología empleada**

Con esta cláusula el legislador se refiere a las llamadas 'uniones o parejas de hecho', haciendo así uso de una de las fórmulas ya acuñadas en nuestro derecho para designar a esta clase de uniones<sup>324</sup>. Tan larga expresión la encontramos en numerosos preceptos del vigente Código penal (además de en los arts. 23 y 153, en el 424, en relación con el delito de cohecho; en los arts. 443 y 444, en relación con el delito de acoso sexual cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo; en el art.

---

<sup>324</sup> Vid., *ibidem*, pág. 45.

<sup>325</sup> Vid., SAP Girona 7-12-98

454, en lo concerniente a la exención absoluta del delito de encubrimiento); en otras leyes del ámbito penal<sup>326</sup>, y también en algunas leyes civiles y/o procesales<sup>327</sup>. Finalmente, ha sido utilizada, aunque matizadamente, tanto por la Ley 6/1999, de 26 de marzo de Aragón, relativa a parejas estables no casadas, al reducir su ámbito de aplicación a las parejas estables no casadas en las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1, que regula el ámbito de aplicación), como también por la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables, al definir ésta como una relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 2, donde se contiene el concepto de pareja estable).

En materia estrictamente penal, aparece por primera vez incluida, tras la Ley Orgánica 8/1983 de reforma del Código penal de 1973, en la redacción del antiguo art. 11,

---

<sup>326</sup> Así, en la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (art. 1), en la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (art. 2.3ª, en el que destaca la referencia a la permanencia de nuevo pero, sobre todo, la inclusión expresa de las uniones entre personas del mismo sexo pues así hay que entender el confuso enunciado recogido en la ley : "o la persona que hubiere venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual").

<sup>327</sup> La hallamos en la Disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y en la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 (art. 16-1b) destacando especialmente esta última por ser la primera en añadir a la fórmula el siguiente inciso "con independencia de su orientación sexual", constituyendo así el primer reconocimiento de las uniones homosexuales en el ordenamiento jurídico español. También es posible encontrarla en la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de Mayo, reguladora del *Habeas Corpus*

regulador de la circunstancia mixta de parentesco. En 1989, cuando se incorpora al panorama jurídico de las lesiones el delito de violencia doméstica a través del art. 425, esta forma de relación afectiva se decide llevar al mismo si bien con una fórmula algo diferente a la que fue empleada para describir la circunstancia mixta, al prescindirse en esta ocasión de la exigencia del dato de la permanencia. Frente a la redacción del art. 11: "persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad", el art. 425 se refiere a "persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad", seguramente porque el legislador ya se había hecho eco de las críticas doctrinales vertidas sobre la nota de la permanencia, al ser ésta demasiado estricta<sup>328</sup>. Finalmente, aunque el proyecto de 1994 hablaba de 'análoga relación de convivencia', el texto definitivo del C.p. de 1995 unifica ambas redacciones en la fórmula que conocemos, hoy recogida tanto en el art. 23, regulador de la circunstancia mixta de parentesco, como en el art. 153: "persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad"<sup>329</sup>. De ahí la importancia que adquiere para la

---

(art. 3a) y en la Ley de Asilo.

<sup>328</sup> Cfr., ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, quienes atribuyen la ausencia de la nota de la permanencia en el art. 425 al tantas veces frecuente olvido del legislador. Vid., ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: "Malos tratos habituales...", cit., pág. 151.

<sup>329</sup> La expresión apareció también contemplada por los preceptos arriba mencionados, así como por el art. 617.2.2 en relación con el maltrato

interpretación del significado de la cláusula en el art. 153 atender a la que ya se haya venido haciendo de la misma en la circunstancia mixta del parentesco cuando ésta se haya aplicado como agravante.

Pese a lo asentado de la expresión, dicha fórmula no ha dejado de ser blanco de innumerables críticas que han cuestionado su oportunidad y sugerido, en ocasiones, la sustitución de alguno de sus términos por otros más adecuados. En un primer momento, como se ha dicho, tales críticas se cernieron sobre la expresión 'permanente', dando lugar a que este adjetivo fuera sustituido por el de 'estable'. Hoy, la crítica se dirige fundamentalmente al término 'afectividad'.

Por lo que se refiere al requisito de la permanencia, fue TERRADILLOS BASOCO uno de sus más claros detractores. Dicho autor cuestionó la exigencia del dato de la permanencia por lo complejo que resultaba definir cuándo una situación era permanente, así como por lo absurdo que resultaba una interpretación estricta de la misma exigiendo vocación de eternidad o convivencia las veinticuatro horas del día<sup>330</sup>.

---

corporal en el ámbito familiar. La reforma de 1999 ha dejado intacta dicha fórmula desaprovechando con ello, a mi juicio, una excelente oportunidad para terminar de perfilar una terminología que resulta sumamente ambigua.

<sup>330</sup>Para el mencionado autor la supresión del requisito de la permanencia no resulta problemática al exigirse una convivencia en términos equivalentes a los del matrimonio, siendo a aquél inherente

La sustitución del dato de la permanencia por una referencia a la estabilidad ha sido bien acogida en la doctrina<sup>331</sup>. Una valoración positiva de la misma, sin embargo, debiera a mi juicio estar condicionada a la interpretación que después vaya a hacerse del término estabilidad, pues si el mismo se sigue concibiendo dentro de los parámetros temporales con los que se interpretaba la permanencia, poco se habrá avanzado con la sustitución.

Entre los autores que no parecen participar de un entendimiento de la estabilidad en clave de temporalidad cabe destacar las opiniones de PRATS CANUT y TAMARIT SUMALLA. PRATS CANUT ha afirmado que con dicho cambio lo que se pretendía era dotar de un límite objetivo a la caracterización eminentemente subjetiva de la circunstancia iuxta de parentesco, sin que tal sustitución fuera a alterar en nada la configuración de la circunstancia, al hacer referencia la permanencia más al dato temporal de la duración y vincularse la estabilidad a la nota de proyecto de vida en común duradero<sup>332</sup>.

---

la vocación de estabilidad o permanencia, *vid.*, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Incidencia de la posición o situación personal, pública o privada, en la responsabilidad criminal" en Cuadernos del CGPJ, 1995, nº7, pág. 84.

<sup>31</sup> *Cfr.*, GÓNZALEZ RUS, J.J.: Curso de derecho..., *cit.*, pág. 170. Dicho autor considera la referencia a la estabilidad como redundante al entender que sólo puede hablarse de analogía con el matrimonio cuando se trate de relaciones cuyo desarrollo va acompañado de una cierta idea de permanencia que es a lo que se supone quiere referirse el legislador cuando apela a la estabilidad.

<sup>32</sup> *Vid.*, PRATS CANUT, J.M.: Comentarios al nuevo Código penal, Pamplona, 1996, pág. 278

TAMARIT SUMALLA, después de señalar que la expresión 'análoga relación de afectividad' ha sido calificada como de ridícula y tragicómica, resalta de la misma la referencia que se hace ahora al requisito de la estabilidad del vínculo afectivo, por cuanto ello supone de exigencia implícita de convivencia<sup>333</sup>.

Siguiendo las directrices marcadas por estos dos autores, considero conveniente vincular la estabilidad, no a la idea de una duración concreta, sino a la de que exista, junto a la convivencia física efectiva, una voluntad recíproca, deseo o intención de querer compartir un proyecto de vida en común. No comparto con el citado autor, sin embargo, el pensar que la sustitución de un adjetivo por otro no va a alterar en nada la configuración de la circunstancia, pues mientras que la permanencia sólo admite una interpretación en clave temporal, la estabilidad es un término más elástico que admite otras muchas lecturas. En definitiva, la trascendencia de concebir la estabilidad en la forma que se acaba de exponer no es baladí si pensamos que ello afecta al propio concepto de unión de hecho, que deja de exigir el transcurso de un plazo, para poder afirmar la existencia de la misma.

De hecho, éste es el camino que parece estar siguiendo la sala segunda del Tribunal Supremo en muchas de sus

---

<sup>333</sup> Vid., TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 745



sentencias. Valgan como ejemplo la STS 15-6-94 (1031/1994) y, sobre todo, la STS 15-12-94 (2173/1994). En el primero de estos pronunciamientos el Tribunal aplica la circunstancia mixta de parentesco como agravante cuando los convivientes llevaban 14 ó 15 meses juntos, aunque fundamentándolo en la importancia de los sentimientos y lealtades que estaban en juego; el segundo de tales pronunciamientos resulta más interesante porque aplica dicha agravante cuando sólo llevaban dos meses conviviendo, argumentando su decisión en el hecho de que los sujetos tenían una vocación de futuro y continuidad ("mantenían una relación o unión de hecho, permanente, estable con vocación de futuro y continuidad, sin que a dicha conclusión se opongan ni el corto lapso de tiempo de permanencia en dicha convivencia afectiva, pues el precepto punitivo no alude a ningún espacio temporal y sí únicamente a la realidad de la relación").

En contra de lo dicho, podría aducirse que este modo de proceder no parece coincidir con las leyes más recientes, en la medida en que la gran mayoría de aquéllas está optando por exigir un plazo mínimo de uno o dos años de convivencia para que se pueda considerar que estamos ante una relación estable de análoga afectividad a la

conyugal<sup>334</sup>. Sin embargo, una cosa es que las leyes exijan un periodo de tiempo de convivencia para acreditar que tal unión existe a efectos de solicitar o reclamar algún tipo de beneficio o prestación económica de la administración o del otro conviviente, y otra bien distinta que la misma definición exija ese plazo como requisito imprescindible para poder considerar existente la unión. A mi modo de ver, la unión de hecho queda pues constituida y existe desde el primer día en que los sujetos comienzan a convivir siempre que concurra esa vocación de continuidad. Ello, sin perjuicio de que si los sujetos no han convivido el tiempo considerado necesario por el legislador para obtener un determinado derecho o prestación económica, la ley pueda negarles el acceso o la obtención de dicho derecho. Desde este punto de vista, sería conveniente que la ley de ámbito nacional que finalmente se apruebe no contemple la fijación de un determinado plazo como requisito del concepto que se

---

<sup>334</sup> La Proposición de Ley de Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables (de Coalición Canaria) exige la convivencia en pareja al menos durante un año (art. 1); La Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil (del Grupo Popular), en adelante LCUC, señala en su art. 1.6 que el CUC no producirá en ningún caso efectos antes de transcurrido un año desde su formalización ; La Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja (Cataluña) aunque establece para las uniones homosexuales el requisito de la formalización notarial (art. 21), otorga pleno reconocimiento jurídico a las uniones heterosexuales que hayan convivido a lo largo de dos años (art. 2); La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (Aragón), siguiendo al modelo catalán, exige la acreditación de la convivencia ininterrumpida durante dos años (art. 3); Finalmente, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra) fija que se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido

establezca para la hoy llamada "análoga relación de afectividad".

Se ha dicho, sin embargo, que la fijación de un plazo proporciona seguridad jurídica y evita situaciones de fraude. No obstante, mi opinión es que en este caso parece claro que la fijación de un plazo único sería contraproducente pues seguro provocaría numerosas situaciones de injusticia material: piénsese en delitos cometidos un día antes de cumplir el plazo fijado. Pero es que además la fijación de dicho plazo resulta particularmente difícil, desde el momento en que según el ámbito en que nos movamos y el derecho de que estemos hablando podrá convenir que el mismo sea mayor o menor. En suma, la solución más ventajosa pasa, a mi juicio, por no incluir el requisito del plazo en la definición sin perjuicio de que el legislador considere la oportunidad de exigir, en supuestos en los que se trate de obtener prestaciones de la administración o del otro conviviente, que la demostración de la estabilidad se lleve a cabo mediante la correspondiente acreditación de que se ha estado conviviendo durante un determinado tiempo, tiempo necesario para que haya surgido el derecho cuya satisfacción se solicita.

---

maritalmente como mínimo un periodo ininterrumpido de un año (art. 2.2).

Dejando de lado el análisis de lo que puede significar la referencia a la estabilidad, y como muestra de las críticas que se han hecho del término "afectividad", cabe destacar de nuevo la realizada por TERRADILLOS BASOCO cuando, en relación con la circunstancia mixta de parentesco, alaba la fórmula prevista en el Proyecto de Código penal de 1994 referida a la "análoga relación de convivencia", frente a la de "ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad", al entender que "la sustitución del término afectividad por el de convivencia es positiva en la medida en que dicho término resulta más objetivo y constatable que el de afectividad"<sup>335</sup>.

A mi modo de ver, sin dejar de reconocer que la toma en consideración de la afectividad vino a significar en su día un gran avance respecto a la situación anterior, caracterizada por un excesivo formalismo, de modo que si antes bastaba con comprobar la vinculación parental para apreciar la circunstancia mixta de parentesco, ahora se exigía que a la vinculación legal subyaciera además un trasfondo afectivo (trasfondo que pasó a exigirse jurisprudencialmente, no sólo en la relación conyugal sino

---

<sup>335</sup> En definitiva, TERRADILLOS BASOCO se muestra partidario de la fórmula del Proyecto de 1994 por estimar que acota mejor la materia definida sin, por otra parte, abrir un desmedido campo a la interpretación: "la exigencia de analogía con el matrimonio no implica vocación de eternidad ni convivencia las veinticuatro horas del día pero sí supone voluntad de continuidad y comunidad de proyectos". TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Incidencia de la posición...", cit., pág.

en la relación parental en general y muchas veces bajo la fórmula "comunidad de afectos": STS 12-7-94), y sin perjuicio de que también fuera provechosa al determinar una estimable ampliación del ámbito de protección de la circunstancia mixta de parentesco que admitía, junto a las formalmente familiares, relaciones materialmente idénticas a las conyugales pero diferentes en su forma<sup>336</sup>, debe no obstante, secundarse la opinión crítica de TERRADILLOS BASOCO, sobre todo, para reiterar lo perturbador que resulta el término afectividad.

La postura escéptica que aquí se mantiene en relación con dicho término encuentra su fundamento en que tales méritos se vieron pronto ensombrecidos por una jurisprudencia que, ante la ambigüedad de la expresión, tendió a interpretar aquélla subjetivamente, dando prioridad al elemento "afectividad" por encima incluso de consideraciones objetivas, esto es, primando el hecho de la concurrencia o no de afectividad entre los sujetos implicados -entendida como sentimiento de afecto-, no sólo sobre el dato formal del vínculo legal, sino también sobre la propia existencia del hecho de la convivencia, desnaturalizando de esta forma lo que, a mi modo de ver,

debe erigirse en esencia y fundamento de la circunstancia mixta de parentesco.

***Excursus acerca de la fundamentación de la circunstancia mixta de parentesco y de la incorrecta aplicación jurisprudencial de esta última a partir de que se incorporara a la misma la llamada "análoga relación de afectividad"***

En efecto, fruto de la subjetivización de la que venimos hablando se dictaron sentencias no estimando aplicable la circunstancia mixta de parentesco como agravante de delitos contra las personas en supuestos en los que, persistiendo la convivencia entre autor y víctima del delito, los lazos afectivos entre ambos se habían roto o deteriorado ("por existir profunda tirantez en las relaciones de ambos": STS 10-3-1982 y 6-5-1997; "por no haber afectividad conyugal": STS 13-10-1993; "por encontrarse el vínculo deteriorado": STS 21-5-1999; "por existir aun persistiendo la convivencia un distanciamiento afectivo debidamente acreditado": STS 27-12-91; el mal entendimiento de la análoga relación de afectividad se plasma con gran claridad en este sentido en la reciente STS 29-9-99, a partir de la cual el Tribunal decide no aplicar la circunstancia agravatoria del parentesco por entender que la análoga relación de afectividad entre el autor y la

víctima se daba por rota desde el momento en que la mujer había comunicado al acusado su intención de romper con la relación, a pesar de que seguían todavía conviviendo, ya que el mero hecho de compartir un mismo techo no es prueba de la permanencia de la análoga relación de afectividad; por su parte en la STS 18-2-2000 cabe leer lo siguiente: *"Partiendo de la narración fáctica contenida en la sentencia, como es obligado, está claro que agresor y agredida estaban separados legalmente, incluso ya tenían divididos sus bienes, y si convivían bajo el mismo techo no era porque existiese entre ellos ninguna afección amorosa o de cariño, sino simplemente por un hecho tangencial, cual era el no perjudicar de modo alguno al hijo común, que contaba sólo con 5 años de edad. Ante esa situación, es claro, siguiendo una jurisprudencia reiterada, que no es de aplicación la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco del art. 23 CP 1995 en su vertiente agravatoria"*.

Por la misma razón, pero de manera inversa, se dictaron también sentencias apreciando la circunstancia en su modalidad agravatoria aun' cuando faltando el requisito de la convivencia sólo el sujeto autor seguía unido afectivamente a la víctima (STS 10-2-98 y STS 11-10-96: en la STS 194/1998 el Tribunal estima aplicable la circunstancia mixta de parentesco como agravante en

tentativa de homicidio de un marido que asesta dos puñaladas a su mujer que ya no vive con él sino en casa de sus padres. La sala entiende que no había desafección y que la agresión se produce precisamente por no reanudar la vida en común; en la STS 682/1996 el Tribunal considera aplicable la circunstancia agravante de parentesco en lesiones causadas por un marido a su esposa con la que ya no convivía, pero a la que pega un martillazo en la cabeza enfrente de su casa ante la negativa de ésta a volver con él. El Tribunal considera que la no convivencia no significa desafección y, además, que sigue existiendo una afectividad muy fuerte por parte del marido que se niega a perder a su mujer. En mi opinión, sin embargo, en estos casos el parentesco no ha de determinar automáticamente un mayor injusto del hecho, sin perjuicio, por supuesto, de que pueda en ocasiones llegar a generarlo. Así, la STS 13-11-98 en la que se considera aplicable la agravante del art. 23 *"porque aunque ya no convivían no se había roto la confianza entre los esposos y éste acudía muchas veces a comer y a dormir a casa de la esposa"*. Según el Tribunal en este caso la no convivencia no significaba desafección y por ello debe aplicarse la agravante<sup>337</sup>. Desde mi punto de

---

<sup>337</sup> Vid., en el mismo sentido, la STS 9-6-98 en donde se aprecia un delito de parricidio porque aunque existía abandono del domicilio, no había desafección sentimental pues a veces convivían y a veces ella se iba al piso de sus padres.



vista, sin embargo, aunque estemos ante un supuesto de correcta aplicación de la agravante de parentesco, entiendo que la argumentación que hace el tribunal en la sentencia es confusa porque, en lugar de apoyarse en la comprobación de un posible prevalimiento que el autor haya llevado a cabo sobre la víctima como consecuencia de la confianza que haya quedado de la anterior relación conyugal, afectiva o de parentesco que le unía a la misma, se fija más en la existencia o no de afectividad entre ambos. La debilidad de tales argumentos es lo que hace que nos sigamos encontrando con sentencias, a mi juicio desafortunadas, como la dictada por el TSJ de Andalucía, de 26-9-98, en virtud de la cual se revoca la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco como agravatoria de un asesinato que había llevado a cabo un tribunal de jurado en un supuesto en el que el autor mata a su esposa en un descampado cuando ésta estaba -de espaldas- abandonando el lugar, porque, "si bien estaban separados de hecho, se reunían con cierta frecuencia para solventar problemas concernientes a los hijos comunes y para discutir de la posibilidad de reanudar la convivencia". El tribunal no puede, sin embargo, compartir esta tesis del sentenciador de la instancia porque *"siendo indudable que del hecho de que los cónyuges llevaran ya cerca de un año viviendo separados lo único que cabe deducir es la desaparición de esa relación afectiva,*

la circunstancia de que mantuvieran frecuentes reuniones para tratar los problemas de los hijos o para solventar su situación personal no puede estimarse como suficiente para tener por subsistente esa "affectio maritalis", máxime teniendo en cuenta que, habiendo de ser mutuo ese sentimiento lo único que se tiene por probado es que, pretendiendo el marido la reanudación de la vida en común, su esposa no sólo no accedía a ello, sino que ni siquiera le daba esperanzas de que así pudiera ocurrir en lo futuro". A mi modo de ver, y con independencia de que la fundamentación de la sentencia de instancia fuera inexacta, al considerar existente una "affectio maritalis", evidentemente ya rota en el momento de los hechos, y de que se alegue además, por parte del tribunal sentenciador, para rechazar la apreciación de la agravante de parentesco, un defecto insubsanable de forma, en cuanto que la aplicación de la misma no había sido alegada por el fiscal, este supuesto representa un claro ejemplo donde materialmente sí debería haberse apreciado la agravante de parentesco al haber hecho el autor uso y abuso de esa relación de confianza que le seguía uniendo a la víctima para cometer el hecho delictivo<sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> Es más, en los casos en que ya no existe convivencia entre los sujetos procedería, a mi juicio, analizar las facultades volitivas e intelectivas del autor para ver si estas se encuentran seriamente afectadas, ya que de estarlo podría ser que la circunstancia o bien no

La desafortunada línea jurisprudencial anteriormente comentada se explica como reflejo de una particular forma de concebir el fundamento de la circunstancia de parentesco por parte de la doctrina, en virtud de la cual, el peso de la agravante se hizo recaer sobre el desprecio que mostraba el autor por los lazos familiares cuando, siendo consciente de la existencia del especial vínculo o relación que le unía a la víctima del delito, el sujeto consentía, no obstante, en cometer la infracción correspondiente<sup>339</sup>. El empeño en esclarecer la circunstancia agravatoria de parentesco acudiendo a razones de mayor perversidad o culpabilidad del autor es seguramente el error más grave y frecuente en que han incurrido mayoritariamente doctrina y

---

debiera apreciarse (cuando no haya existido prevalimiento por parte del autor) o bien apreciarse, incluso, como atenuante (en casos muy extremos de gravísima afectación emocional).

<sup>339</sup> En concreto, ESTEBAN MESTRE afirma que un delito cometido entre familiares es más reprochable que el mismo delito cometido entre extraños cuando el hecho mismo de su comisión refleja que su autor actúa infringiendo los afectos, deberes y obligaciones que surgen de la relación familiar, siendo que tales vínculos deberían haberle impedido la realización del hecho desaprobado. Con el mismo razonamiento concluye dicho autor que un delito cometido entre familiares es también menos reprochable que el mismo cometido entre extraños si el elenco de derechos que vertebran esa relación parental o matrimonial propician la comisión del hecho o relajan el vigor de los mandatos que lo impiden. Por eso es por lo que el autor incluye dentro de los requisitos necesarios para la apreciación jurisprudencial de la circunstancia mixta de parentesco, junto a la concurrencia objetiva de una relación familiar o afectiva y junto a la vigencia del afecto familiar, conyugal o análogo, un elemento subjetivo consistente en que el sujeto activo tuviera conocimiento de dicha relación y desatendiera la relación afectiva consustancial a dicha relación familiar. Este último requisito, sin embargo, originó que se dictarán sentencias, a mi juicio, de dudosa justificación en las que la circunstancia decidió no aplicarse por no haber sido la finalidad de la agresión el desprecio o la destrucción de la relación de parentesco sino su restauración (STS 31-1-81). Vid. MESTRE DELGADO, E.: "La atenuante y agravante de parentesco" en Colección

jurisprudencia en estos últimos años: intentar justificar la circunstancia mixta de parentesco en el ámbito de lo subjetivo, del ánimo o de la culpabilidad del autor, en lugar de buscar su justificación en el marco de la antijuridicidad del hecho, esto es, en la influencia -entendida como mayor facilidad del autor o mayor indefensión de la víctima- que el parentesco y, sobre todo, la convivencia física sobre el que se asienta y desarrolla aquél, ejerce en la comisión de un delito. Poco debería importar a un derecho penal liberal como el nuestro el ánimo o la intención que mueve al autor a cometer un hecho si tal intención no se traduce en un mayor desvalor de dicho hecho, a no ser, por lo menos, que su toma en consideración lo sea únicamente para atenuar o exonerarle de responsabilidad penal debido a que dicho ánimo se halle profundamente alterado. Por otro lado, si ya resulta hartamente complicado averiguar la intención del autor en un supuesto cualquiera, qué decir entonces de la complejidad que puede llegar a alcanzar tal cometido en el inescrutable mundo de los afectos y desafectos que configuran el entorno familiar.

Por ello, en relación con la circunstancia mixta de parentesco, comparto con CEREZO MIR la idea de reconducir su fundamento a la existencia de un mayor injusto o de un

mayor desvalor de acción cuando opera como agravante, así como también a una menor culpabilidad, que entiendo compensará e incluso superará ese mayor injusto que el parentesco o la análoga relación de afectividad siempre supone, en el caso de que actúe como atenuante. No obstante, discrepo de su planteamiento en lo que se refiere a situar el aumento del desvalor en la infracción de los deberes familiares, ya sean deberes de carácter jurídico o de carácter moral, pues, a mi modo de ver, el mayor injusto de la circunstancia agravante del parentesco se ha de fundamentar, como ya se ha dicho, en el prevalimiento que del mismo puede llegar a hacer el autor a partir, sobre todo, del hecho objetivo de la convivencia física con la víctima<sup>340</sup>.

Sentado todo lo anterior, la regla a seguir por los tribunales debería ser, a mi juicio, aplicar la agravante de parentesco siempre que los sujetos convivan y esa convivencia haya facilitado la comisión del hecho delictivo. Rota la convivencia, tal y como hemos visto, la agravante sólo debería apreciarse cuando la relación de afecto o confianza siga siendo tan intensa que permita el prevalimiento de la misma por parte del autor para cometer el hecho delictivo, y debiendo no apreciarse siempre que esa confianza se hubiere deteriorado hasta el extremo de

---

<sup>340</sup> Vid., CEREZO MIR, J.: Curso de..., cit., págs. 403 y 404.

que el autor no haya podido prevalerse de la misma o incluso apreciarse como atenuante en situaciones de muy grave perturbación emocional.

Pues bien, toda esta interpretación, establecida en torno a la circunstancia mixta de parentesco en su modalidad agravatoria, entiendo que ha de llevarse al art. 153, ya que en dicho precepto se castiga el maltrato cualificado en razón de su reiteración así como de la condición de los sujetos intervinientes en la acción, sujetos que en su mayoría coinciden con los contemplados en la circunstancia mixta de parentesco en el art. 23.

De los problemas interpretativos generados por la expresión 'análoga relación de afectividad' han dado cuenta, además de una jurisprudencia incapaz de acotar el significado de la misma, y de seguir un criterio uniforme a la hora de considerarla (confrontar la STS 13-11-98 o la STS 29-9-99 con la STSJ Andalucía de 26-9-98), sobre todo, una doctrina discordante en torno al sentido que debía atribuirse al término "afectividad".

BAJO FERNÁNDEZ, influido por la concepción subjetiva, definió la afectividad como *"un sentimiento de vinculación especial, distinto del cariño, derivado del contenido ético del parentesco y de la conciencia de pertenecer a un grupo"*

de comunes intereses"<sup>341</sup>. TERRADILLOS BASOCO y GRACIA MARTÍN, partiendo de la misma definición, tendieron, sin embargo, a matizarla mediante su reconducción hacia el elemento de la convivencia. TERRADILLOS BASOCO entendió la afectividad como "*voluntad de convivencia en condiciones análogas a las del matrimonio*"<sup>342</sup>. GRACIA MARTÍN trasladó la idea de BAJO FERNÁNDEZ a la misma definición de la convivencia, considerándola como el presupuesto material del art. 153: "*el criterio de definición de la convivencia relevante para el tipo debe ser el de la vinculación existencial estable al grupo, en el sentido de sujeción y pertenencia al mismo y de exposición y desarrollo de sus bienes vitales*"<sup>343</sup>. Finalmente, la tendencia que parece se va imponiendo en la actualidad entiende que la relación análoga de afectividad existe cuando entre los sujetos media una relación de convivencia habitual o estable que

---

<sup>341</sup> BAJO FERNANDEZ, aunque nunca llegó a incurrir en el absoluto subjetivismo de entender la afectividad como el sentimiento de amor o de cariño que se presupone caracteriza la vida conyugal, a mi modo de ver, no consiguió tampoco superar el criticado subjetivismo en la medida en que "la conciencia de pertenecer a un grupo común de intereses" sigue formando parte del fuero interno del ser humano. Vid., BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Relación de afectividad análoga a la de parentesco", en Comentarios a la legislación penal, Edersa, tomo V, vol. 1, Madrid, 1985, pág. 311.

<sup>342</sup> En esa misma línea, TERRADILLOS destaca la posibilidad que tiene el juez de decidir la relevancia del parentesco para ser considerado o no circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, requiriendo para lo primero la concurrencia de "un sentimiento de vinculación afectiva derivado de la conciencia de pertenecer a un grupo de comunes intereses". Vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Incidencia de...", cit., pág. 84.

<sup>343</sup> GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 434

coloca al sujeto activo en una posición de dominio o superioridad frente al sujeto pasivo del delito<sup>344</sup>.

Por lo que respecta a su significado gramatical, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española ofrece la siguiente definición de "afecto": "*cualquiera de las pasiones del ánimo, como ira, amor, odio, etc. Tómasese mas particularmente por amor o cariño*". De esta definición se desprende la idea de que el campo semántico del término "afectividad" no se reduce a los sentimientos de cariño y amor, con los que comúnmente se suele identificar a aquélla, sino que se extiende, por el contrario, a todas y cada una de las pasiones del ánimo de una persona, las positivas y las negativas. Este matiz resulta de interés porque ayuda a deshacer uno de los equívocos a los que había conducido la corriente subjetiva en el sentido de exigir, para que se pudiera apreciar la circunstancia mixta de parentesco, que los cónyuges o demás familiares se llevaran bien o, cuanto menos, que sus relaciones afectivas

---

<sup>344</sup> Vid., ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 153; TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág.177.; GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 56. Todos estos autores coinciden en destacar la importancia del elemento "convivencia estable", a mi juicio, en un intento de frenar los problemas a los que había llevado la subjetivización de la circunstancia hasta el punto de llegar a desvirtuar su propia esencia, haciendo primar la existencia de la afectividad y del desprecio de los lazos familiares por encima incluso de la convivencia, núcleo, como se ha dicho, a priori indispensable para que pueda producirse el prevalimiento del autor que convierta en más reprochable la acción.



no se hubieran deteriorado al tiempo de cometerse la infracción<sup>345</sup>.

Cabría finalmente interpretar la afectividad como sinónimo de la denominada "*affectio maritalis*". Con dicha expresión, procedente del derecho romano clásico, se designa la voluntad específica de establecer una relación íntima y estable de pareja en la que compartir vida y bienes. Especial afección que vendría a suponer, según TALAVERA FERNÁNDEZ, algo más que un sentimiento de afecto recíproco entre compañeros, y algo menos que un vínculo matrimonial, y que cabría desglosar en dos dimensiones: una dimensión interna o voluntad recíproca de vivir juntos y compartirlo todo en todos los ámbitos, incluido el sexual; y una dimensión externa o desarrollo de una serie de actividades que inequívocamente manifiestan el establecimiento de una comunidad de vida entre dos personas: uso de vivienda común, cuentas bancarias comunes, reconocimiento, mantenimiento o educación de un hijo, etc.<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> En idéntico sentido, vid. BAJO FERNÁNDEZ: "para la aplicación del art. 11 no se exige cariño sino la existencia de un sentimiento de vinculación especial derivado del contenido ético del parentesco. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Relación de afectividad análoga...", cit., pág. 311.

<sup>346</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España" en Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 10, Madrid, 1999, págs. 46 y 47.

De seguir esta interpretación, entiendo que la utilización del término "afectividad" (como "*afecctio maritalis*") quedaría más justificada en la medida en que la referencia a la afectividad estaría comprendiendo las dos dimensiones: la voluntad de compartir vida y bienes, y la convivencia física como su lógica consecuencia. Para que exista *afectio maritalis* bastará, por tanto, con el hecho físico de la convivencia junto con el proyecto o la voluntad mutua de seguir conviviendo afectiva-maritalmente<sup>347</sup>.

Pese a todo lo dicho, especialmente en relación con un posible entendimiento de la afectividad como "*afectio maritalis*", considero que sería preferible, dada la diversidad de acepciones que admite dicho término, y siempre que lo que se pretenda sea optar por una fórmula descriptiva, o bien la sustitución del mismo por el de "convivencia", o bien una referencia conjunta a los dos elementos: "convivencia y afectividad" o "convivencia afectiva".

La referencia expresa a la convivencia permitiría acotar mejor la materia definida, porque frente al término "afectividad", que encierra un concepto vago e indeterminado, difícil de concretar al formar parte del

---

<sup>347</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., págs. 87 y 88.

mundo de los sentimientos o del fuero interno de la voluntad, la "convivencia física" es una realidad empíricamente contrastable. Resultaría además aconsejable desde un punto de vista material, como claro refuerzo del carácter de fundamento o presupuesto material que, en principio, desempeña el hecho de la convivencia en el delito de violencia doméstica, despejando con ello cualquier tipo de duda acerca de la necesidad de que aquélla concurra o no para que pueda existir el delito<sup>348</sup>.

Con todo, la sola referencia a la convivencia, sin mención de la afectividad, quizá pudiera resultar insuficiente, al no acotar con claridad la específica y peculiar clase de convivencia de la que se está hablando en el precepto. Cabría entonces incluir en ella cualquier relación de convivencia semejante a la que caracteriza al matrimonio sin necesidad de que entre los convivientes mediara una afectividad semejante a la conyugal, como es el caso de dos compañeros de trabajo o dos estudiantes que deciden convivir para compartir los gastos<sup>349</sup>. A este tipo de uniones TALAVERA FERNÁNDEZ las denomina lucrativas porque se fundamentan en una relación distinta a la de

---

<sup>348</sup> Según el planteamiento que aquí se mantiene, es preciso adelantar que la convivencia física debe mediar siempre salvo los casos exceptuados expresamente por ley.

<sup>349</sup> Ello explica que algún autor se muestre partidario de incluir dentro de este supuesto a las comunas, grupos sectarios o cualquier otra forma de vida en común, *vid.* CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: "El nuevo artículo...", *cit.*, pág. 1185.

convivencia afectiva-marital de forma estable que se desarrolla entre dos personas al margen del matrimonio, y cuyas expectativas son básicamente patrimoniales<sup>350</sup>. Por ello, y con objeto de evitar este tipo de ampliaciones, es por lo que, entiendo, resultaría aconsejable optar por una referencia conjunta a ambos aspectos en la forma de "convivencia afectiva"<sup>351</sup>, para atender así mejor a las exigencias derivadas del principio de taxatividad<sup>352</sup>.

Ahora bien, ello no obstante, una solución todavía más favorable que la anterior pasaría, a mi modo de ver, por el abandono de una fórmula descriptiva y por el consiguiente acogimiento de una terminología normativa más directa. Terminología que, dado que existe unanimidad a la hora de considerar que el legislador se está refiriendo con dicha expresión a las parejas que conviven afectivamente como si fueran matrimonio, podría concretarse de forma que, en lugar de describir los requisitos que caracterizan esta peculiar forma de convivencia, se designarán directamente con el apelativo que más se identifique con las mismas.

---

<sup>350</sup> Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., pág. 158.

<sup>351</sup> Esta fórmula es la que emplea nuestro legislador en el art. 10 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que habla de "análoga relación de afectividad y convivencia", y que no se ha visto modificada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo.

<sup>352</sup> Ya hemos visto, sin embargo, que la propuesta del partido popular va por el camino contrario, metiendo en el mismo saco a las convivencias afectivo-maritales y a las convivencias cooperativas sin afecto de pareja bajo la forma de un contrato de unión civil, básicamente privado.

El problema, sin duda, surge a la hora de escoger la fórmula más adecuada, dentro de las muchas denominaciones que la jurisprudencia y dogmática, sobre todo civil, atribuyen a esta situación: unión para-matrimonial, unión de hecho, pareja de hecho, unión extramatrimonial, unión civil de hecho, unión estable de pareja, matrimonio de hecho, convivencia *more uxorio*, etc.

En la doctrina penal CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, influidos seguramente por la fórmula empleada en la ley catalana en la que se habla de "uniones estables de pareja", abogan por la introducción de la expresión "relaciones estables de pareja"<sup>353</sup>.

Pues bien, comparto la propuesta de tales autores en lo que la misma supone de coincidencia con la línea arriba apuntada, pero estimo preferible con TALAVERA FERNÁNDEZ la fórmula "uniones de hecho" porque es así como comúnmente se las conoce<sup>354</sup>, o porque, como señala el autor, se trata de

---

<sup>353</sup> Vid., CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal..., cit., pág. 141. TALAVERA FERNÁNDEZ, sin embargo, considera que debería especificarse que se trata de parejas estables no casadas, como hace la ley aragonesa, vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., pág. 333 y ss.

<sup>354</sup> De hecho, es la fórmula por la que se ha optado también en los proyectos de la normativa civil en el ámbito nacional. La encontramos en las mismas rúbricas de los proyectos de Coalición Canaria, del PSOE y también el de IU: Proposición de Ley para el Reconocimiento de Efectos Jurídicos a las Parejas de Hecho, de 14 de abril de 1997 (Coalición Canaria); Proposición de Ley por la que se reconocen determinados efectos a las parejas de hecho, de 10 de abril, de 1997 (PSOE) y Proposición de Ley de Igualdad Jurídica para las Parejas de Hecho, de 10 de abril, de 1997 (IU). La proposición elaborada por el Partido Popular (Proposición de Ley Orgánica sobre el Contrato de Unión Civil de 29 de septiembre de 1997), en cambio, ya ha sido

la expresión que más se ha consolidado social y jurídicamente como referente conceptual del fenómeno<sup>355</sup>. El citado autor llega a esta conclusión después de descartar fórmulas completamente inadecuadas como 'unión irregular', 'matrimonio putativo' o 'concubinato', y algunas otras como 'matrimonio de hecho', 'unión libre' o 'unión civil', por denotar demasiada ambigüedad, así como tras criticar la fórmula 'convivencia *more uxorio*' o 'convivencia marital', siempre que se les quiera dotar de una implicación sexista<sup>356</sup>, y el término 'familia de hecho' porque "conceptualmente la unión de hecho contempla exclusivamente la relación afectiva de pareja que se realiza al margen del matrimonio, desde la libertad y la igualdad, y sólo será generadora de familia en la medida en que se verifique en ella una relación de dependencia, esto es, la existencia de hijos"<sup>357</sup>.

Finalmente, frente a quien pueda considerar preferible la expresión 'unión de hecho' frente a la de 'pareja de hecho' por estar esta última más ligada a una relación de orientación heterosexual, hay que señalar que aunque ello fuera cierto, desde un punto de vista gramatical, como así parece deducirse de lo establecido por el diccionario de la

---

criticada anteriormente, al decantarse por la fórmula 'contrato de unión civil'.

<sup>355</sup> Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., pág.48.

<sup>356</sup> *Ibidem*, pág. 49.

real academia española, en el lenguaje común está incluso más extendida la utilización del término pareja para designar a todas aquellas personas que conviven sin querer o sin poder casarse por pertenecer al mismo sexo, debiéndose, por ello, considerarse ambas igual de validas<sup>358</sup>.

**B) Materia designada por dicha terminología: la unión de hecho y sus clases**

Frente al "matrimonio", definido como negocio jurídico, la "unión de hecho" representa, como su propio nombre indica, un hecho jurídico. El ordenamiento decide atribuir a la convivencia una serie de efectos jurídicos si bien de forma dispersa, y sin llegar a configurar a partir de ella una nueva institución jurídica con normativa reguladora propia, tal y como hemos visto<sup>359</sup>.

En la "unión de hecho" pueden concurrir todas las notas características del matrimonio excepción hecha de la

---

<sup>357</sup> *Ibidem*, pág. 98 y ss.

<sup>358</sup> Dicha expresión (parejas de hecho) fue la denominación por la que optó en su día el grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en la propuesta legislativa que presentó al Congreso para que fuera desestimada: Proposición de Ley de medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, de 12 de noviembre de 1996, y también por la que se ha decantado propuesta de Coalición Canaria: "Proposición de Ley de Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables".

constitución legal, al venir en ella sustituido el acto constitutivo del consentimiento formal por la *affectio maritalis*. En efecto, la convivencia *more uxorio* hemos visto que se compone de dos elementos: el hecho físico de una convivencia entre dos personas y un *consensus* que la tiene por objeto y que asume el nombre de *affectio maritalis*, que sería una especie de consentimiento continuado no pacticio consistente en una voluntad específica de establecer una relación íntima y estable de pareja, compartiendo vida y bienes, que supone también la espontánea solidaridad de los convivientes en compartir todas las cargas y responsabilidades que se derivan de su comunidad de vida<sup>360</sup>.

Delimitadas sus notas características, es preciso diferenciar dos clases de uniones de hecho. Cabe hablar de un "concepto estricto de unión de hecho" que vendría integrado por una convivencia en todo parecida al matrimonio, se trataría del llamado "matrimonio de hecho", y de un "concepto amplio de unión de hecho" que se concretaría en esa misma convivencia ampliada respecto al matrimonio en alguno o varios de los siguientes frentes: en el sexo, (pareja heterosexual y homosexual), en la unidad

---

<sup>359</sup> Vid. *supra*, nota a pie núm. 23.

<sup>360</sup> Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., págs. 87, 128 y 129.



(pareja monógama o polígama), o en el parentesco (pudiendo darse entre parientes de cualquier grado)<sup>361</sup>.

La doctrina civilista, por regla general, se ha preocupado y centrado, hasta la fecha, en definir únicamente el primero de estos conceptos<sup>362</sup> exigiendo que la unión se establezca entre personas de distinto sexo<sup>363</sup>. No obstante, la normativa civil, ha ido en este sentido, por delante, atribuyendo a las uniones de carácter homosexual cada vez más efectos jurídicos, abriendo con ello el paso a un progresivo reconocimiento de las mismas que parece va camino de su absoluta equiparación con las parejas de hecho heterosexuales.

### **C) Inclusión o exclusión de las uniones homosexuales**

Queda con ello planteada una de las cuestiones más controvertidas del presente apartado: averiguar cuál es el concepto de unión de hecho con el que debe identificarse

---

<sup>361</sup> Vid., OCALLAGHAN, X.: "Concepto y calificación...", cit., pág. 20.

<sup>362</sup> Los otros dos frentes ni siquiera han sido objeto de discusión.

<sup>363</sup> Vid., recopiladas algunas de las definiciones fijadas por esa doctrina civilista mayoritaria en LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia, Madrid, 1998, págs. 31 y 32; así como en TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., pág. 50-53, este autor señala como definición discordante que marca la pauta de lo que puede considerarse una evolución en la doctrina iusprivatista la que ofrece ROCA TRIAS: "la unión o pareja de hecho o convivencia *more uxorio* consiste en la unión estable de un hombre y una mujer, o de dos personas del mismo sexo, para desarrollar un proyecto de vida en común semejante al del matrimonio.

"la análoga relación de afectividad". En concreto, se ha de determinar si, para integrar dicho concepto, es posible ampliar la noción estricta de "unión de hecho" en el aspecto sexual, hasta comprender en su seno las relaciones afectivas análogas a las conyugales entre personas del mismo sexo, o si, por el contrario, la heterosexualidad debe entenderse como requisito imprescindible de "la unión de hecho", al ser condición necesaria del matrimonio, que es el modelo convivencial por excelencia, en cuyo caso las uniones de carácter homosexual quedarían automáticamente excluidas de la *ratio legis* del art. 153 del C.p.

Por un lado, asistimos a un progresivo reconocimiento social del modelo de convivencia homosexual<sup>364</sup>. Por otro lado, nos encontramos con un derecho español y, sobre todo, con una doctrina civilista reacios ambos a la integración jurídica de este fenómeno social<sup>365</sup>. Así, encontramos opiniones doctrinales que apelan a la ontología, a lo natural o a la propia naturaleza de las cosas para afirmar

---

<sup>364</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ señala cómo, frente a la postura intransigente de la dogmática, la aproximación sociológica ha defendido la legitimidad de estas uniones. Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "Fundamentos para...", cit., pág. 3.

<sup>365</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ se refiere en este sentido a la mayoría abrumadora de autores y al grueso del TC y del TS como máximos exponentes del sector científico contrario a la idea de atribuir un cierto *status legal* a las uniones homosexuales. Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "Fundamentos para...", cit., pág. 5 y relación de autores en pág. 33.

que bajo ningún pretexto se puede llegar a homologar el matrimonio y la familia a la convivencia homosexual<sup>366</sup>.

Desde la perspectiva jurídico-penal se ha recurrido a la idea de semejanza o analogía con el matrimonio para también defender la idea de que sólo cabe la unión de hecho heterosexual. CERESO MIR constituye el más claro exponente de esta última posición al pronunciarse en los siguientes términos: *"Creo que la analogía debe extenderse únicamente a las relaciones matrimoniales de facto entre personas de distinto sexo. No está regulado aún por el ordenamiento jurídico español, de acuerdo con las concepciones ético-sociales de nuestro país, el matrimonio entre personas del mismo sexo, que pudiera servir de base para apreciar por analogía la circunstancia de parentesco en los matrimonios de hecho entre personas del mismo sexo"*<sup>367</sup>.

No obstante, la normativa civil discurre, como se ha dicho, por otros derroteros, camino de otorgar idéntico reconocimiento a las uniones de carácter homosexual y a las uniones de orientación heterosexual. Tanto es así que el núcleo de la discusión en la disciplina de Derecho civil acerca de tales uniones parece haberse desplazado desde el hecho de preguntarse si aquéllas deben o no ser reconocidas jurídicamente, hasta el hecho de cuestionarse cómo o de qué

---

<sup>366</sup> *vid.*, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: Las uniones..., *cit.*, pág. 40.

<sup>367</sup> CERESO MIR, J.: Curso de..., *cit.*, pág. 400.

manera reconocerlas, esto es, junto a las uniones de carácter heterosexual o si confiriéndoles un tratamiento autónomo<sup>368</sup>. La solución que ofrece TALAVERA FERNÁNDEZ al respecto resulta muy atractiva por cuanto si bien en un principio propuso "diseñar un único estatuto jurídico de la convivencia *more uxorio* con independencia de la orientación sexual de la relación remitiendo las cuestiones más delicadas que no gozan todavía de un consenso social equiparador de ambos supuestos convivenciales a un debate específico en el ámbito de una posible reforma de las leyes que los regulan (tema de la adopción conjunta o de la patria potestad compartida), para que en la medida que tales reformas se vayan realizando ir sucesivamente incorporándolas al estatuto jurídico de la unión de hecho"<sup>369</sup>, ahora parece haber evolucionado en su postura en el sentido de considerar la necesidad de articular únicamente el estatuto jurídico básico de la convivencia

---

<sup>368</sup> Las regula por separado, creando dos figuras diferentes, la ley catalana. Las regulan en una sola figura equiparando unión de hecho y matrimonio en todo aquello que integra el ámbito de protección pública de la pareja estable (sucesiones, fiscalidad y administración pública), la ley aragonesa y la ley de navarra. Según TALAVERA FERNÁNDEZ técnicamente es esta última la mas coherente de las tres no obstante criticar de la misma la extralimitación de la misma al entrar a regular efectos como la adopción, tutela, curatela que no pertenecen al estatuto básico de la unión de hecho. Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., págs. 303 y ss. De las propuestas nacionales el autor se muestra más partidario de la Proposición de Ley presentada por Coalición Canaria, en cuanto que prevé una, no exenta de errores o contradicciones, institucionalización jurídica de la figura en el ámbito del Derecho de Familia, que de la Proposición de Ley Orgánica del Contrato de Unión Civil que eliminando el componente afectivo de la convivencia propone una regulación iusprivativista

*more uxorio*, esto es, de aquellos efectos que pueden considerarse estrictamente exigidos para garantizar el libre ejercicio del derecho a convivir en pareja sin casarse: efectos incluidos dentro de los ámbitos personal, patrimonial e indemnizatorio de la convivencia y aquellos beneficios o ventajas inherentes a la protección pública de la convivencia afectiva estable (vivienda, fiscalidad, sanidad, trabajo, etc). Estatuto que debería corresponder a la unión de hecho con independencia de su orientación sexual y del que no formarían parte las cuestiones relativas a la adopción, patria potestad o inseminación artificial<sup>370</sup>.

---

ajena al Derecho de familia, *vid. Ibidem*, págs. 276 y 296.

<sup>369</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "Fundamentos para...", *cit.*, pág 130.

<sup>370</sup>El autor crítica en este sentido tanto aquellas leyes que, como la catalana, otorgan un tratamiento distinto a la unión de hecho según cual sea la orientación sexual de la misma, como también la invasión de competencias en que están incurriendo algunas de las leyes que se han aprobado en el ámbito de las comunidades autónomas, al entrar a regular cuestiones que no pertenecen a ese estatuto básico constituido por todos los aspectos considerados imprescindibles para garantizar el pleno ejercicio y desarrollo del derecho a convivir maritalmente sin casarse, además de que son competencia exclusiva del Estado. Dentro de estas cuestiones se situarían temas como el de la adopción o de la patria potestad compartida, por responder a un fundamento distinto del de la garantía y protección de la convivencia *more uxorio*. *Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho...*, *cit.*, págs. 253, 353 y ss. El tema más conflictivo sigue siendo el de la adopción por parejas homosexuales. De los cuatro proyectos sólo el de IU y el de Iniciativa por Catalunya incluyen en su texto el derecho a la adopción, y si bien es cierto que el PSOE ha evolucionado tanto a favor de la adopción como del matrimonio, no lo ha incorporado, en cambio, todavía a su texto. Tampoco el proyecto de CIU ha incluido ninguno de estos dos aspectos por ser temas en los que el debate social no ha terminado. De las leyes que han aprobado las Comunidades Autónomas sobre parejas de hecho (Aragón y Cataluña, aunque Andalucía y Comunidad valenciana están en trámites parlamentarios) sólo Navarra ha aceptado la adopción. También comunidades como Valencia, Baleares o Castilla la Mancha permiten la acogida (que no la adopción) por parte de las uniones homosexuales (*vid.*, diario el País, viernes, 23-6-2000).

Con todo, debe advertirse que esta problemática que venimos desarrollando sólo nos interesa en la medida en que consideremos que el término "análoga relación de afectividad" es un término normativo pendiente de valoración, y que en esa valoración debe jugar un papel importante lo establecido en las leyes civiles. De interpretarse como descriptivo, la incorporación de las relaciones de convivencia homosexual al art. 153 no plantearía ningún problema ya que no cabe duda que la afectividad, entendida como sentimientos, como convivencia estable o incluso como *affectio maritalis* (voluntad de compartir vida y bienes traducida en una convivencia física entre otras posibles consecuencias) es la misma tanto en parejas de hecho heterosexuales como en parejas homosexuales.

Pues bien, incluso si entendiéramos dicha cláusula como elemento normativo la integración de las uniones homosexuales dentro del concepto "análoga relación de afectividad" tampoco entiendo que debiera plantear mayor problema, ya que, según el planteamiento aquí sostenido, el término "análoga relación de afectividad" debe ser integrado con una definición que parta del concepto de unión de hecho ampliado en el aspecto sexual. A esta conclusión conducen el propio fundamento que inspira el castigo del art. 153: proteger modelos de convivencia

estrechos que permiten el maltrato habitual<sup>371</sup>, así como el hecho de que sea ésta la acepción que se va imponiendo en la normativa civil actual<sup>372</sup>.

No es de extrañar, por tanto, que la doctrina penal mayoritaria se incline a favor de la inclusión de este tipo de uniones bajo el ámbito de aplicación de la fórmula "unido de forma estable por análoga relación de afectividad a la conyugal", ya sea como parte integrante del art. 23, regulador de la circunstancia mixta de parentesco, ya sea

---

<sup>371</sup> La existencia del maltrato habitual entre parejas del mismo sexo es posible que tienda a ser menos frecuente que el llevado a cabo entre personas de sexo diferente (porque sus roles se aproximan más y porque la vinculación en definitiva suele ser menor al no tener hijos, al no estar formalizada jurídicamente su unión etc.). Corroborando esta opinión TERRADILLOS BASOCO cuando constata que desde el punto de vista criminológico no constan cifras de violencias físicas habituales entre lesbianas, *vid.*, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Agresiones a las mujer desde la perspectiva jurídico-forense: aspectos jurídicos" en Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer, Ed°. coord. Por LÓPEZ ARMINIO, M. J., Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1999, pág. 113. No obstante, como la afectividad entre dichos sujetos puede llegar a colocarlos en idéntica o incluso superior situación de subordinación o dependencia que la que caracteriza, en principio, a las uniones heterosexuales (de hecho o de derecho) no parece que haya razón suficiente para negar a los convivientes del mismo sexo la protección que dispensa el Ordenamiento jurídico-penal a las relaciones de convivencia heterosexual.

<sup>372</sup> Así, por ejemplo, la Ley 10/1998 de 30 de junio, de Uniones Estables de Pareja dictada por el Parlamento catalán, que destina un primer capítulo a la regulación de las "uniones estables heterosexuales" y un segundo capítulo a "las uniones estables homosexuales". En el ámbito nacional, contemplan este concepto ampliado todas las propuestas que se están formulando: las pendientes de aprobación como la Proposición de Ley para el reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho, de 14 de abril de 1997 (Coalición Canaria) y la Proposición de Ley Orgánica sobre el Contrato de Unión Civil de 29 de septiembre de 1997 (Partido Popular); así como las que ya han sido desestimadas como la Proposición de Ley por la que se reconocen determinados efectos a las parejas de hecho, de 10 de abril, de 1997 (PSOE) y la Proposición de Ley de igualdad jurídica para las parejas de hecho, de 10 de abril, de 1997 (IU). (Estas dos últimas rechazadas por el Congreso de los Diputados). Y lo mismo cabe decir de las leyes que se han aprobado en distintas comunidades autónomas.

como una de las relaciones contempladas por el art. 153 del C.p. A GRACIA MARTÍN, por ejemplo, la inclusión de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo dentro del *concepto de relación de afectividad análoga a la conyugal* (recogido en el art. 153) le parece posible "al poderse generar en este tipo de relaciones la situación de superioridad y sujeción o dependencia de un miembro de la relación con respecto al otro"<sup>373</sup>. En parecido sentido TERRADILLOS BASOCO señala, en relación con la circunstancia mixta de parentesco, que como el proyecto de vida en común basado en el mutuo afecto puede darse entre personas del mismo sexo con la misma intensidad que entre personas de sexo distinto, y dado que el legislador ha primado la afectividad sobre la formalización jurídica de la relación, el intérprete debe, siguiendo el mismo principio, considerar aquellas relaciones incluidas en la susodicha expresión<sup>374</sup>. PRATS CANUT también admite que la relación homosexual queda comprendida en la idea de "análoga relación de afectividad", por más que incide en la idea de que la relación análoga, a diferencia del matrimonio, debe ser probada sin que quepa presumirla salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de que la heterosexual deba

---

<sup>373</sup> GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, cit., pág. 437.

<sup>374</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Incidencia...", cit., pág. 85 y 86. Según el citado autor la relación afectiva estable entre homosexuales es subsumible en el art. 153 porque la cláusula exige que la relación



también seguir la misma suerte<sup>375</sup>. Finalmente, ACALE SÁNCHEZ, señala que en contra de lo establecido en la STS 11 de mayo de 1995, conocida por su interpretación de la "análoga relación de afectividad a la conyugal", excluyendo de la misma a la relación de noviazgo por carecer del requisito de la convivencia, así como a la relación de pareja homosexual, concluye afirmando "el deber de integrar dentro de las relaciones análogas en afectividad a las parejas de hecho entendidas como relaciones de convivencia relativamente estables y con cierto fondo afectivo que autoriza su equiparación al matrimonio, lo que implica que no hay razón para incluir las que lo sean sólo de distinto sexo en la medida en que las parejas homosexuales, con independencia del sexo, están unidas por una relación análoga en afectividad y en estabilidad a la del matrimonio"<sup>376</sup>.

La jurisprudencia, sin embargo, viene exigiendo la heterosexualidad de la relación en sus sentencias (STS 11-5-1995 y STS 20-12-96) fundamentalmente por entender que

---

sea semejante y no idéntica a la conyugal, vid., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Agresiones a la mujer desde...", cit., pág. 113.

<sup>375</sup> PRATS CANUT, M.: Comentarios..., cit., pág. 279.

<sup>376</sup> Vid., ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 155. Partidarias de la inclusión vid: CUENCA I GARCÍA, M. J.: "La violencia habitual en...", cit., pág. 23; CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de violencia...", cit., pág. 12; GARCÍA ÁLVAREZ, P/ DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 57.

sólo con una pareja formada entre hombre y mujer es posible establecer una relación de analogía con el matrimonio<sup>377</sup>.

#### **D) Problemática en torno a la analogía**

El hecho de que se pueda aplicar o no el precepto a las uniones de convivencia homosexual ha sido puesto en relación con la enorme problemática que envuelve a la analogía. CEREZO MIR, que es quien más claramente se ha manifestado en contra de la extensión de la "análoga relación de afectividad" a las uniones de carácter homosexual, por no existir en nuestro ordenamiento el matrimonio entre personas del mismo sexo, llega incluso a proponer la eliminación de tal cláusula por entender que en los casos en que la circunstancia mixta de parentesco se aprecie como agravante la referencia a la análoga afectividad implicará una aplicación de la ley penal por analogía contraria al principio de legalidad. La cláusula es para CEREZO MIR anticonstitucional y de ahí que aspire a su eliminación<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> Exigiendo la heterosexualidad de la relación como consecuencia de esta interpretación jurisprudencial *vid.*, CARRECEDO BULLIDO, R.: Familia y violencia: enfoque jurídico, Asociación española de abogados de familia, Madrid, 1998, pág. 108; MONGE FERNÁNDEZ, A./NAVAS CÓRDOBA, J.A.: "Malos tratos y...", *cit.*, pág. 15, CUDRADO RUIZ, M.A./REQUEJO, C.: "El delito de malos tratos...", *cit.*, pág. 2.

<sup>378</sup> CEREZO MIR se muestra partidario de la desaparición de la cláusula aunque en todo caso entienda que aquélla se refiere únicamente a las

De distinta opinión son autores como TERRADILLOS BASOCO, GRACIA MARTÍN y PRATS CANUT. Para el primero de estos autores "cuando el juez aprecia la circunstancia mixta de parentesco como agravante no está creando una agravante por analogía sino apreciando si concurre una situación de hecho legalmente prevista lo cual no supone utilización de analogía prohibida sino utilización de una cláusula general perfectamente válida en nuestra legislación penal"<sup>379</sup>. GRACIA MARTÍN, por su parte, considera que "no estamos ante un supuesto de analogía en sentido estricto de aplicación judicial del derecho sino más bien ante una equiparación legal de situaciones materialmente idénticas que además no adolece en absoluto de indeterminación dado que con dicha expresión se está haciendo referencia con toda precisión a las uniones conyugales de hecho"<sup>380</sup>. Finalmente, PRATS CANUT afirma que "la cláusula supone una habilitación legal que no nos sitúa

---

unionen de hecho heterosexuales. Lo que de ninguna forma alcanzo a comprender es por qué el autor afirma que la solución sería distinta si se aprobara la Proposición de Ley de Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables (que pueden ser heterosexuales y homosexuales), ya que si la razón de que no se les deba aplicar a las homosexuales estriba en que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, la atribución de un mismo *status* legal a ambas clases de uniones poco va a afectar al régimen jurídico matrimonial que seguro seguirá exigiendo el requisito de la heterosexualidad. Vid., CEREZO MIR, J.: Curso de..., cit., págs. 401 y 404.

<sup>379</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Incidencia de...", cit., pág.84.

<sup>380</sup> GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 436.

en el terreno de la analogía estricto sensu sino en el de la interpretación analógica"<sup>381</sup>.

El análisis de la presente cuestión deberá centrarse entonces en averiguar si estamos o no ante un supuesto de interpretación analógica. La hipótesis de la aplicación analógica ha de ser descartada *ipso facto* al existir una cláusula de habilitación legal expresa<sup>382</sup>.

En torno a la interpretación analógica surgen dos interrogantes. Primero, si esta cláusula puede considerarse un supuesto de interpretación analógica; y segundo, si la interpretación analógica en contra del reo está o no permitida en nuestro derecho.

CARBONELL MATEU se muestra reacio a admitir no sólo la interpretación analógica *in malam partem* sino la categoría en sí misma considerada. La mal llamada interpretación analógica -señala el autor- no es sino la aplicación extensiva o, si se prefiere, analógica de la ley, en virtud de una cláusula de cobertura contenida en la propia norma,

---

<sup>381</sup> Según este autor sólo cabría extremar las críticas en este sentido si se adoptara un punto de vista extremadamente formalista porque lo que fundamenta la equiparación entre una y otra relación no es la existencia objetiva de las mismas sino que se funden en elementos afectivos equivalentes. Vid., PRATS CANUT, M.: Comentarios..., cit., pág. 282.

<sup>382</sup> La diferencia entre una y otra se halla en esa existencia del apoderamiento legal, presente en la interpretación, ausente en la aplicación, si bien autores como COBO/VIVES ponen en duda que se pueda hablar de aplicación analógica por entender que la analogía no puede ser concebida como aplicación de las leyes. De ahí que en lugar de "aplicación analógica" prefieran hablar de "analogía en sentido estricto". Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal..., cit., pág.164.

que en todo caso debe ser rechazada cuando la cláusula de permisión es de analogía en contra del reo<sup>383</sup>. Por contra, COBO/VIVES sostienen que la interpretación analógica es admisible, incluso en perjuicio del reo, dentro de ciertos límites, esto es, allí donde no se vea comprometida la seguridad jurídica<sup>384</sup>.

La línea argumental expuesta conduciría, antes o después, a tener que afirmar la inconstitucionalidad de la cláusula por no poderse sostener siquiera, dado lo indeterminado de la expresión, que dicha cláusula no vaya a rebasar las fronteras de la seguridad jurídica a la que aluden los autores citados.

Sin embargo, la legitimidad de esta cláusula queda automáticamente a salvo en cuanto nos ponemos a contestar a la primera de estas preguntas pues no cabe duda que la anterior reflexión está siendo formulada desde una premisa errónea, esto es, de pensar que estamos ante un supuesto más de interpretación analógica. En efecto, la expresión "estar ligado al autor por análoga relación de afectividad a la conyugal", no es más que la concreta fórmula descriptiva con la que el legislador penal ha decidido llamar a las uniones de hecho, a las cuales se refiere por

---

<sup>383</sup> Vid., CARBONELL MATEU, J.C.: Derecho penal, concepto y principios constitucionales, 3ªed., Valencia, 1999, pág. 135.

<sup>384</sup> COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal..., cit., pág. 165.

razón de encarnar ellas mismas, por si solas, e individualmente consideradas, un modelo de convivencia merecedor del reproche -o la protección- que el legislador brinda a través de su art. 153 a un conjunto variado de relaciones que, por su intensidad, pueden dar lugar a que dentro de ellas una parte débil se vea indefensa ante el abuso de quien, frente a aquélla, ocupa una posición de superioridad. No estamos, pues, ni ante un supuesto de interpretación analógica ni, mucho menos, ante uno de aplicación analógica. Se trata más bien de un caso de aplicación de la ley a un supuesto semejante al conyugal, pero que se contempla en el art. 153, no por su semejanza con el matrimonio, sino por constituir un supuesto convivencial digno y necesitado, en si mismo considerado, de aquella protección penal, al albergar un tipo de relación que por sus características puede propiciar que se den las condiciones básicas para que se produzca el desvalor que se quiere proteger a través del art. 153, consistente básicamente en que una de las dos personas que integran dicha relación acabe abusando de la situación de dominio, físico, afectivo o económico, que le une a la otra<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup> Puede servir para apoyar esta afirmación la reflexión que realiza TALAVERA FERNÁNDEZ cuando analiza la única sentencia del Tribunal Supremo que ha definido las notas de la convivencia *more uxorio*. Los elementos que permiten según STS 18-5-82 calificar una convivencia en

Ocurre, ello es cierto, que la fórmula elegida por el legislador penal no ha podido ser más desafortunada. Al utilizar el adjetivo "análogo", por un lado ha volcado sobre dicha cláusula todos los problemas de la analogía en la forma que hemos visto. Por otro lado, al referir éste a la relación de afectividad ha ampliado excesivamente el marco de la misma, que de interpretarse en clave descriptiva, podría abarcar cualquier relación de afectividad semejante a la conyugal, aunque los sujetos de la misma convivan esporádicamente, o aunque ni siquiera convivan, como es el caso de las relaciones de noviazgo<sup>386</sup>. Pero además, la fórmula resulta incorrecta y confusa por exigir que se trate de una relación afectiva "análoga" a la conyugal. A mi juicio, la vinculación afectiva que une a los convivientes, lejos de ser tan sólo semejante o similar a la conyugal, es esencialmente idéntica a la misma, por más que la materialización de dicha afectividad en el plano sexual tenga que plasmarse necesariamente de forma distinta<sup>387</sup>.

---

pareja como *more uxorio* son: la coexistencia diaria, la estabilidad, publicidad y notoriedad. Pero, en este momento no nos interesa tanto destacar las notas que la caracterizan cuanto el hecho de que el Tribunal describa la convivencia por sí misma, con sus elementos propios y sin ponerla en relación con el matrimonio. Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "Fundamentos para...", cit., págs. 26 y 33.

<sup>386</sup> Muestra de esta incertidumbre es el hecho de que haya tenido que ser la jurisprudencia quien aclarara si la relación de noviazgo podía ser considerada parte abarcable por el ámbito de significación de la terminología usada por el legislador, resuelta, como es sabido, en sentido negativo.

<sup>387</sup> Estoy de acuerdo con TALAVERA FERNÁNDEZ en que la existencia de

PRATS CANUT para salvar la constitucionalidad de la cláusula se fija precisamente en la idea anterior, esto es, en que el sustrato material de la relación conyugal y el de las uniones de hecho es el mismo<sup>388</sup>. También TALAVERA FERNÁNDEZ hace hincapié en dicha identidad para justificar la inclusión de las relaciones de convivencia homosexual dentro del concepto de unión de hecho, pues al ser la heterosexualidad una exigencia del matrimonio únicamente en su dimensión formal-legal, y al asemejarse la convivencia *more uxorio* y el matrimonio en lo material, pero no en lo formal, la conclusión a la que llega el autor es que la heterosexualidad podrá ser esencial al matrimonio pero no a 'la unión de hecho'<sup>389</sup>. El citado autor crítica, finalmente, la fórmula utilizada por el legislador porque, de exigirse la analogía de la relación de convivencia afectiva con la relación conyugal, en sentido estricto habría que concluir que la unión de hecho únicamente puede ser heterosexual ya que nuestro ordenamiento sólo conoce el matrimonio entre

---

relaciones sexuales no debe ser un criterio esencial para determinar la condición marital de la convivencia en una unión de hecho, no sólo porque no exista mecanismo alguno para comprobar dicha circunstancia sin vulnerar derechos fundamentales de la persona (derecho a la intimidad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad), cuanto porque ello impediría además que las personas que no tuvieran órganos sexuales pudieran constituir uniones de hecho o que aquellos que decidieran no tener relaciones sexuales por un tiempo no pudieran seguir siendo quizá consideradas como tales uniones de hecho. Lo habitual es que las tengan y este puede ser un criterio a tener en cuenta pero no debe ser un criterio determinante. Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., págs 91-93.

<sup>388</sup> Vid., PRATS CANUT, M.: Comentarios..., cit., pág. 282

<sup>389</sup> Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "Fundamentos para...", cit., pág.



personas de distinto sexo. Razón que le lleva a mostrarse partidario de la utilización de la cláusula "convivencia *more uxorio*, con independencia de su orientación sexual"<sup>390</sup>. En suma, la semejanza entre la análoga relación de afectividad y el matrimonio, lejos de encontrarse en lo material, ha de establecerse en su consideración global de sustrato material revestido de una determinada forma: el sustrato material de ambas relaciones, formado por la convivencia y la afectividad, es fundamentalmente el mismo, siendo su forma la que las diferencia<sup>391</sup>.

#### **E) Definición**

Analizados todos los aspectos más problemáticos que suscita la previsión en el art. 153 de 'la análoga relación de afectividad', ya estamos en disposición de formular la siguiente definición de unión de hecho: Unión de dos personas que de forma estable conviven afectivamente sin

---

43

<sup>390</sup> Vid., TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: La unión de hecho..., cit., pág. 71 y ss.

<sup>391</sup> No parece, sin embargo, compartir esta opinión TALAVERA FERNÁNDEZ. El autor citado entiende que el matrimonio y la unión de hecho en su dimensión institucional o estática de figuras jurídicas, no son supuestos ni siquiera equiparables por las diferencias esenciales existentes entre ambas, todas ellas de carácter formal. Pero, por otro lado, -cito textualmente- si nos situamos en la perspectiva de la convivencia *more uxorio* puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la materialidad de una convivencia conyugal y la de una convivencia de hecho pueden revestir una clara semejanza; vid., TALAVERA FERNÁNDEZ,

casarse, con independencia de su orientación sexual, entendiendo la estabilidad, no como duración temporal, sino como voluntad recíproca de compartir un proyecto de vida en común; la convivencia en un sentido, sobre todo, físico; y la afectividad como una vinculación especial esencialmente idéntica a la conyugal, que puede traducirse o no en una relación sexual pero que, en todo caso, excederá de aquellas otras convivencias cimentadas sobre otro tipo de relación que no sea marital, como la ayuda mutua, la asistencia o la compañía.

#### **F) Conclusión**

Lo hasta aquí dicho pone de manifiesto el desacierto del legislador a la hora de elegir la forma de designar o llamar a este particular modelo de convivencia, así como a corroborar cada una de las conclusiones ya elaboradas: criticar la fórmula contemplada en el vigente Código penal para designar a este modelo de convivencia afectiva, proponiendo como fórmulas alternativas el término 'uniones o parejas de hecho', o en el caso de que se siga deseando mantener una fórmula descriptiva, la de 'unido de forma

estable por análoga relación de convivencia afectiva'; entender que la misma es un elemento normativo que debe integrarse a partir de la definición que aquí se postula y destacar de dicha definición tanto su extensión a las uniones de hecho de orientación homosexual, por un lado, como el no establecimiento de un plazo de duración temporal concreto para la consideración de las mismas, por otro lado.

### ***1.2.3. La relación paternofilial y sus asimiladas***

El tercer bloque de sujetos que menciona el precepto se refiere a un conjunto más heterogéneo de personas: un primer grupo especificado e integrado por los hijos, propios o del cónyuge o conviviente, y un segundo grupo en el que el legislador se refiere de forma genérica a "pupilos, ascendientes o incapaces".

Ahora bien, no todos los hijos, pupilos, ascendientes o incapaces van a poder ser considerados sujetos pasivos del delito del art. 153 puesto que el legislador ha estimado procedente limitar el reproche penal del precepto a dos supuestos concretos: cuando tales sujetos "convivan con el autor" o bien cuando "se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, guarda, acogimiento o guarda de

hecho de uno u otro". Con este último inciso, no contemplado en el Proyecto de 1994, y sin embargo, incluido en la redacción del Código penal de 1995, el legislador pone un broche de oro, entre comillas, a la imprecisa y confusa redacción del precepto en lo que se refiere a los sujetos del delito de violencia doméstica.

#### **A) Relación paternofilial<sup>392</sup>**

La mayor parte del contenido de esta relación, desde un punto de vista civil, y en cuanto relación jurídica, se encuentra embebida en el régimen jurídico de la patria potestad, con la que, sin embargo, no es posible identificar por completo. La relación paterno-filial existe desde que la filiación queda legalmente determinada, sin que termine con la mayor edad o la emancipación. La patria potestad, en cambio, es un *plus* que se superpone a aquélla en la fase de menor edad de los hijos<sup>393</sup>.

---

<sup>392</sup> En este primer grupo se ha incluido únicamente el maltrato de los padres sobre los hijos. Los ascendientes, sin embargo, caen dentro del segundo grupo porque están redactados de forma genérica y porque su significado excede del ámbito propio de las relaciones entre padres e hijos, de manera que el maltrato sobre ascendientes puede incluirse dentro de esta relación paterno-filial (cuando se trate de hijos que maltratan a sus padres) pero puede referirse también a nietos que maltratan a sus abuelos, en cuyo caso, la relación ya no sería paterno-filial. Obsérvese que el maltrato de abuelos sobre nietos no se haya específicamente contemplado, salvo que se interprete el término pupilos como menores.

<sup>393</sup> En efecto, el art. 110 del Código civil dice que el padre y la

El legislador en este apartado se refiere tanto a una como a otra. Habla, por un lado, de hijos propios o del otro cónyuge o conviviente que convivan con el autor; y alude, por otro lado, a los hijos propios o del cónyuge o conviviente que se hallen sujetos a la 'potestad', tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro. Con ello, el legislador está, a mi juicio, dejando establecida su voluntad de no limitar el ámbito del precepto al supuesto paradigmático de los hijos menores sometidos a la patria potestad: los hijos mayores de edad también integran este ámbito subjetivo siempre que convivan con el autor, así como su intención de extender los límites del precepto más allá de las fronteras que supone el requisito de la convivencia física: el tenor literal del precepto parece admitir la inclusión de los hijos propios o del otro cónyuge o conviviente que se hallen sometidos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro aunque tales hijos no lleguen a convivir con el autor. La existencia de esta última posibilidad, no obstante, entiendo que vendrá siempre condicionada por el tipo de instituto de guarda de que se trate, siendo

---

madre están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos aunque no ejerzan la patria potestad; el art. 155.1º señala a los hijos el especial deber de obedecer a los padres mientras permanezcan en su potestad y el de respetarles siempre (aunque no estén sometidos a su patria potestad, se entiende), desligándose así con claridad los deberes relativos a la patria potestad y los propios de la relación paterno-filial. DIEZ PICAZO, L/GUYÓN, A.: Sistema

bastante difícil que al final llegue a darse en la práctica. En concreto, considero que sólo cabe imaginarla en la curatela y, en su caso, en la tutela y en la patria potestad, pues el resto de supuestos implican necesariamente la convivencia física entre el titular del instituto y la persona sujeta a la institución<sup>394</sup>.

El primero de los enunciados que componen la alternativa no genera problemas de interpretación: todos los hijos, del autor o del cónyuge o conviviente, que convivan con el autor pueden ser sujetos pasivos de la violencia doméstica prevista en el art. 153. El segundo, en cambio, corre una suerte bien distinta al venir acompañado, como ya se ha apuntado, de una gran imprecisión: todos los hijos, del autor o del cónyuge o conviviente, "que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro". Cuatro son los puntos que entiendo merecen ser objeto de aclaración en relación con tan confusa redacción: concretar la naturaleza de los términos empleados (normativa o descriptiva); qué quiere decir el legislador cuando habla del conviviente; saber a

---

de..., cit., pág. 287.

<sup>394</sup> La rehabilitación de la patria potestad no entrará dentro de estos escasos supuestos al exigir el texto de la ley la convivencia con el tutor o curador: "La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuera incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad....." (art. 171 C.c.)

que sujetos se refiere el legislador cuando utiliza los pronombres "uno y otro"; y averiguar, por último, qué significa o cómo debe interpretarse el hecho de que ambos supuestos, el de la convivencia y el de la sujeción a instituciones de tutela o guarda civil, aparezcan separados por la partícula "o".

La naturaleza normativa de los términos viene, a mi juicio, reforzada en este lugar por la utilización de una terminología civil absolutamente acuñada<sup>395</sup>.

El conviviente es la persona que se halla ligada al autor de forma estable por análoga relación de afectividad a la conyugal.

Los pronombres "uno" y "otro" entiendo que deben entenderse referidos al autor (uno) o al cónyuge o conviviente (otro)<sup>396</sup>.

Finalmente, la conjunción disyuntiva "o" puede, según la Gramática de la Lengua Española, estar presentando las oraciones, por ella ligadas, como contenidos que se excluyen simultáneamente, o bien como posibilidades

---

<sup>395</sup> La utilización del término "potestad" no debe inducir a pensar que estamos ante un término descriptivo ya que el mismo legislador civil denomina de esta forma a dicha institución en diversas ocasiones (art. 154 y art. 155 del Código civil).

<sup>396</sup> En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 101 y ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 160. En contra, GRACIA MARTÍN, quien pretende una enrevesada interpretación de los sujetos en virtud de la cual las alternativas que el texto contrapone, en realidad, no son las de convivencia o sujeción a una relación sin necesidad de convivencia, sino las de personas sujetas directamente al autor y personas sujetas directamente a su cónyuge o conviviente, de donde "uno" hace referencia al cónyuge y "otro" al

alternativas equivalentes que designan una idéntica realidad<sup>397</sup>. Para saber qué función se debe atribuir a la mencionada conjunción es importante tener en cuenta las distintas consecuencias que se derivan de una y otra.

Si comenzamos por analizar las implicaciones de la interpretación que a priori nos sugiere el texto: contenidos diferentes que se excluyen, la consecuencia más importante es, sin duda, la ampliación del ámbito del precepto a supuestos en los que los hijos no conviven con el autor y, sin embargo, siguen jurídicamente vinculados a él mediante alguno de los institutos de guarda que regula el ordenamiento civil.

Atendiendo, por el contrario, a la segunda de las interpretaciones: como términos equivalentes que designan una misma realidad, se lograría restringir el ámbito del precepto, reforzándose la idea de que la convivencia es el presupuesto material del art. 153 que objetiva y proporciona seguridad al mismo. No obstante, a esta interpretación, adecuada desde un punto de vista material, y en principio, más acorde con la *ratio legis* del precepto, se oponen los dos siguientes argumentos: por un lado, el argumento lógico de que, si la intención del legislador hubiera sido la de exigir la convivencia en todo caso, el

---

conviviente. Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 433.

<sup>397</sup> ALARCOS LLORACH, E.: Gramática de la lengua española, Madrid, 2000,



orden de los términos de la alternativa habría aparecido invertido: el legislador habría enumerado primero los supuestos más frecuentes de convivencia física entre autor y víctima para añadir a continuación una cláusula residual integradora de cualquier otro supuesto de convivencia afectiva; por otro lado, el argumento semántico de que mantener dicha interpretación supondría vaciar de significado el segundo de los contenidos de la alternativa, que incomprensiblemente se habría introducido en el Código penal de 1995 sin ninguna finalidad.

Se impone, en definitiva, la primera de las interpretaciones: para que los hijos puedan ser sujetos pasivos del delito de violencia doméstica bastará con que concorra alguno de los dos requisitos que conforman la alternativa, esto es, o que convivan con el autor, o que estén sujetos a la potestad, tutela o curatela de uno u de otro<sup>398</sup>.

---

págs 287 y 288.

<sup>398</sup> En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios al..., cit., pág. 801; ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág.167. En contra se pronuncia GRACIA MARTÍN entendiendo que, con la expresión "o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro", no se pretende excluir la necesidad de la convivencia sino incluir en el tipo también a los pupilos, ascendientes o incapaces del cónyuge o conviviente. El autor exige, en consecuencia, los dos requisitos siendo la convivencia también esencial en estos casos, pues sólo cuando ella existe se puede dar el fundamento material de lo injusto típico. Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 433. GARCÍA ÁLVAREZ/ DEL CARPIO DELGADO consideran que el requisito verdaderamente determinante es la existencia de una convivencia estable entre sujetos que se encuentran -respectivamente- en una posición de dominio y de dependencia. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito

**B) Relaciones asimiladas: "pupilos, ascendientes o incapaces que con el convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro".**

En este segundo grupo el legislador incluye, como hemos visto, a un diverso grupo de sujetos pasivos (pupilos, ascendientes o incapaces), cuyo denominador común reside en el hecho de estar vinculados al autor, o bien por convivencia, o bien por sujeción a alguno de los institutos de guarda civil que reconoce nuestro derecho. Fijado de este modo el sentido de la alternativa quedan, no obstante, por resolver otras cuestiones que debido a la confusa redacción del precepto se nos pueden plantear.

En efecto, el texto es en este apartado particularmente impreciso tanto en su referencia a la parte pasiva del delito cuanto a su parte activa.

El término "pupilos" es, con mucho, el más problemático de todos los que menciona el precepto. Un sector importante de la doctrina entiende a partir de él que el precepto extiende su ámbito de aplicación a la relación alumno/profesor en los colegios<sup>399</sup>. No creo, sin

---

de malos tratos..., cit., págs. 56 y 59.

<sup>399</sup> Se han pronunciado a favor de la inclusión gran número de autores. CUELLO CONTRERAS, por ejemplo, aboga por la inclusión de la relación alumno-profesor dentro del término pupilos siempre que ésta se lleve a cabo en internados pero no cuando las relaciones escolares sean externas al implicar aquellas cada vez una menor entrega del niño al profesor por parte de los padres. Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de violencia habitual...", cit., pág. 12. CERVELLO DONDERIS excluye en principio la relación salvo que exista entre alumno y

embargo, que haya sido ésta la intención del legislador como tampoco que la misma pueda deducirse de una interpretación global del precepto. En mi opinión, lo que se pretende con el delito de violencia doméstica es otorgar una protección específica al ámbito familiar por su especial idiosincrasia, extensible, a juicio del legislador, sólo al ámbito tutelar. Sin que, por lo tanto, pueda considerarse como tal al ámbito escolar, que de haber estado en la mente del legislador seguro habría sido incluido en el texto junto a los demás institutos de guarda. Tampoco procede la interpretación amplia de "la guarda de hecho" para poder incluir tales supuestos porque dicho término, recordemos, debe ser interpretado normativamente<sup>400</sup>. Desde otra perspectiva, cabe señalar que

---

profesor una relación de guarda de hecho, lo que sucederá, a mi modo de ver, siempre que se trate de profesores particulares que se quedan encargados de custodiar al menor durante el tiempo de la clase. Vid. CERVELLO DONDERIS, V.: "El delito de malos tratos...", cit., pág. 54. ACALE SÁNCHEZ afirma que el término "pupilos" debe ser entendido en referencia a las relaciones maestro/discípulo porque cuando el C.c. se refiere a la tutela como instituto de guarda civil no habla de pupilos sino de tutelados. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de malos tratos..., cit., pág. 163. GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO son proclives a la inclusión de los maestros con relación a sus discípulos menores de edad, ya sea en el ámbito escolar o en otro tipo de relaciones como campamentos juveniles, granjas escuela o establecimientos educacionales, siempre que exista entre ambos una relación de dependencia y convivencia estable. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 59. No obstante, uno de los primeros autores que más claramente se manifestaron a favor de la inclusión como fue DEL ROSAL BLASCO, Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: "El tipo de violencias...", cit., pág. 374, descartó la anterior interpretación con el Proyecto de 1994 en la mano por entender que la relación escolar no cabía dentro del concepto de pupilos que ofrecía la nueva regulación. El autor aboga, no obstante, por su reintroducción: Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos tratos...", cit., pág. 162.

<sup>400</sup> Vid. pronunciándose en este sentido ORAÁ GONZÁLEZ, quien afirma que

el presupuesto de la convivencia afectiva en que se basan las estrechas relaciones del ámbito familiar o tutelar tan sólo debe poder ser obviado, según el planteamiento que aquí se mantiene, en los casos exceptuados expresamente por ley. Como quiera que el legislador no ha hecho mención de la relación de enseñanza, ni pública, ni privada, para exceptuarla del requisito de la convivencia, habrá que entender entonces necesariamente que, ni los maestros de escuela, ni los profesores particulares pueden, en principio, ser castigados por el delito de violencia doméstica, sin que se quiera decir con ello que su conducta violenta no vaya a ser castigada conforme a lo establecido en otros preceptos del código como, por ejemplo, por el art. 173 especialmente, y sin perjuicio de que alguna de esas personas, además de estar vinculada a la víctima a partir de una relación de enseñanza, ostente también sobre ella la titularidad de alguno de los institutos civiles recogidos en el art. 153. Pero salvo dichos supuestos excepcionales, resultará obligada la exclusión del ámbito del precepto de esta clase de relaciones<sup>401</sup>.

---

el maestro no cabe dentro del concepto "guardador de hecho" porque ha de interpretarse normativamente según lo dispuesto en el Código civil. Vid. ORAÁ GONZÁLEZ, J.: "Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas" en *La Ley*, 1996, Tomo III, pág. 1345.

<sup>401</sup> Materialmente puede ocurrir que supuestos asimilables a la relación paterno-filial queden fuera del ámbito de aplicación del precepto. Este sería del caso de la niñera o el preceptor que habitualmente maltrata al menor que está bajo su guarda. Lo cierto es que si no convive o no ostenta la titularidad de alguno de los institutos

Tampoco resulta apropiado atribuir a dicho término un significado técnico-normativo en el sentido de persona sujeta a la institución jurídicocivil de la tutela porque ello supondría restringir en exceso el ámbito del precepto y ocasionaría problemas de solapamiento con los otros términos enumerados. El término "pupilos" goza de un marcado carácter específico que, dentro de una enumeración genérica como la que contiene el art. 153, tan sólo puede producir efectos distorsionadores. Por ello entiendo que no resulta aventurado afirmar que la utilización del mismo ha podido ser fruto del descuido o, si se quiere, de la falta de rigor del legislador a la hora de describir la conducta típica, bien porque aquél se olvidó de incluir a los menores cuando introdujo en el Proyecto de 1994 a los ascendientes, bien porque quiso referirse a ellos empleando dicho término<sup>402</sup>. Una referencia expresa a "los menores" hubiera, sin embargo, resultado, a mi juicio, más acorde con la propia estructura del precepto y evitado además esos

---

civiles de guarda que menciona el precepto será imposible so pena de infringir el principio de legalidad incluir estos casos dentro de los sujetos del art. 153. Razón por la cual deberemos volver a pensar en reconducir dichos injustos al art. 173 o, en su caso, por qué no, plantearnos una posible futura modificación del texto en este sentido. Pronunciándose a favor de la inclusión mediante su reconducción a la guarda de hecho, *vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de...", *cit.*, pág. 55.

<sup>402</sup> Como ya se ha dicho, en su redacción inicial (art. 425 del C.p. de 1973 desde la Reforma de 1989), el legislador incluyó como sujetos pasivos del delito a "los pupilos, menores o incapaces". El Proyecto de 1992 mantuvo la misma redacción. Fue el Proyecto de 1994 el que al incluir a los ascendientes dejó de mencionar a los menores incomprensiblemente.

problemas de solapamiento que seguro se producirán cuando los ascendientes o los incapaces se hallen sometidos al régimen jurídico de la tutela. Por lo demás, la sustitución del término "pupilos" por el de "menores" devendría igualmente aconsejable desde un punto de vista de coherencia o compatibilidad con la normativa jurídicocivil, al ser ésta la terminología más utilizada por el Código civil en la regulación de tales institutos: baste mencionar el texto de la misma rúbrica del Título X: "de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e *incapacitados*".

En suma, una mejor y más ordenada redacción del precepto debiera pasar, en mi opinión, por el abandono del término "pupilos", por la mención de los ascendientes junto a los hijos, y por la mención de los menores junto a los incapaces.

El término "ascendientes" plantea sobre todo el problema de su falta de concreción ¿ascendientes de quién? ¿sólo del autor o también ascendientes del cónyuge o conviviente? La respuesta nos la debe brindar una interpretación teleológica y global del precepto en virtud de la cual se han de entender comprendidos dentro del ámbito de aplicación subjetiva del precepto tanto los ascendientes del autor como los ascendientes del cónyuge o conviviente de aquél, siempre que los mismos convivan con

el autor o estén sujetos a relaciones de tutela o guarda de uno u otro. En efecto, si pueden ser sujetos pasivos del delito tanto los hijos del autor, los propios, como los hijos del cónyuge o conviviente; y tanto los hijos, pupilos, ascendientes o incapaces sujetos a institutos de guarda civil de titularidad del autor, como los sujetos a institutos de titularidad del cónyuge o conviviente del autor, también deberán poder serlo, aunque no lo diga expresamente el precepto, los ascendientes que, conviviendo con el autor, lo sean de este mismo o del cónyuge o conviviente<sup>403</sup>. Interpretación esta última que respeta por completo el tenor literal del precepto en la medida en que el texto se refiere a los ascendientes en general.

En suma, podrán ser, según esto, sujetos pasivos del delito de violencia doméstica los ascendientes del autor o del cónyuge o conviviente de dicho autor cuando con él convivan o cuando estén sometidos a la tutela o curatela de

---

<sup>403</sup> En el mismo sentido aunque con una argumentación distinta, esto es, extendiendo el campo de referencia alcanzado por los pronombres "uno u otro" vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 164. Sugiriendo como preferente la referencia genérica a ascendientes o descendientes en general sin mayores exigencias, vid. CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios..., cit., pág. 802. GARCIA ALVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, aunque ponen de manifiesto una posible laguna del precepto en relación con los ascendientes del cónyuge o conviviente, se pronuncian a favor de la extensión del ámbito subjetivo del precepto a tales sujetos por entender que lo determinante en estos casos no es tanto la vinculación (sanguínea o legal) directa de ambos sujetos cuanto el requisito de la existencia de una relación fáctica de sujeción y de convivencia estable. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 58.

uno u otro independientemente de que convivan o no con aquél.

La expresión "de uno u otro", como ya se ha dicho, viene referida al autor (el uno), o al cónyuge o conviviente del autor (el otro), y sólo abarca a las relaciones de tutela o guarda.

El término "incapaces" plantea menos problemas. Se ha señalado por ACALE SÁNCHEZ que debiera haberse colocado detrás del mismo una coma para poder referir la alternativa no sólo a los incapaces sino también a los pupilos y ascendientes. La inclusión de dicho signo de puntuación, sin embargo, no creo que sea necesaria en la medida en que tal interpretación es ya gramaticalmente posible con la actual redacción. Por lo demás, en relación con la integración del concepto de "incapaz", coincido con la autora arriba citada en que habrá de estarse a la definición que de dicho término contiene el Código penal en su art. 25, esto es, *"toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por si misma"*<sup>404</sup>.

---

<sup>404</sup> ACALE SÁNCHEZ afirma -de forma acertada según entiendo- que la definición general que ofrece el art. 25 del C.p. sólo podrá ser desatendida cuando el legislador expresamente lo establezca. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 165. GRACIA MARTÍN, por el contrario, dentro de su particular forma de entender los sujetos, tendente a ampliar aquellos mediante su interpretación en clave fáctica, ofrece una definición de la "persona incapaz" a estos efectos



Para terminar, estimo conveniente ofrecer siquiera alguna pincelada de las distintas instituciones de tutela o guarda civil que menciona el precepto, con ánimo de delimitar brevemente el ámbito de aplicación de las mismas. Ámbito, como se verá, estrechamente relacionado con las funciones de custodiar y velar por los menores e incapaces.

La "patria potestad" es el régimen jurídico civil al que vienen sujetos por ley los hijos no emancipados; los hijos incapacitados durante su minoría de edad; y los hijos mayores de edad, solteros, que viven en compañía de sus padres y fueren incapacitados (arts. 154 y 171 del C.c.)

Dentro del grupo de "personas sujetas a tutela", cabe situar a los menores no emancipados que no estén sujetos a la patria potestad; a los incapacitados cuando así lo establezca la sentencia; a los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta salvo que proceda curatela; y a los menores que se hallen en situación de desamparo (art. 222 C.c.).

---

alejada tanto del derecho civil como del Código penal, y en la que el autor da acogida a supuestos de difícil ubicación como el de la violencia habitual ejercida por los tíos abuelos de la víctima. En concreto, GRACIA MARTÍN, a los efectos del art. 153 del C.p., considera incapaz "a toda persona que, en virtud de cualquier patología psíquica, somática o psicosomática, tenga limitada su capacidad de autonomía personal y precise, por ello, de un mínimo recurso asistencial para la conservación, uso y desarrollo de sus bienes vitales, aunque dicha patología y su correspondiente merma no sean suficiente para fundamentar una incapacidad civil". Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 443.

La "curatela" es el instituto de tuición de los menores emancipados y los que hubieren obtenido del juez el beneficio de la mayor edad, cuyos padres fallecieren o quedarán impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley; de los incapacitados con cierto discernimiento cuando así se halla establecido por sentencia judicial; y de los declarados pródigos (arts. 286 y 287 del C.c.).

La "guarda de hecho" es una situación transitoria en la que una persona sin título que lo habilite para ello, asume la protección de la persona y bienes de un menor o presunto incapaz, bajo el posterior control y vigilancia de la autoridad judicial, hasta que sea establecida el régimen legal de tutela o curatela (art. 303 del C.c.).

Finalmente, "el acogimiento familiar" es la institución de guarda administrativa ligada a los menores hallados en situación de desamparo<sup>405</sup>.

---

<sup>405</sup> La L.O. 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor de modificación parcial del C.c. y de la L.E.C. ha modificado el régimen jurídico de esta institución, configurado por Ley 21/1987 de 11 de noviembre, flexibilizando la acogida familiar y adecuando el marco de relaciones entre los acogedores y el menor acogido en función de la estabilidad de la acogida. Atendiendo a la finalidad del mismo se recogen tres tipos de acogimiento. Junto al acogimiento simple, cuando se dan las condiciones de temporalidad en las que es relativamente previsible el retorno del menor a su familia, se introduce la posibilidad de constituirlo con carácter permanente en aquellos casos en los que la edad u otras circunstancias del menor o su familia aconsejan dotarlo de una mayor estabilidad, ampliando, por tanto, las facultades de la familia acogedora en relación con las funciones derivadas del cuidado del menor. Finalmente se recoge expresamente la modalidad de acogimiento preadoptivo (arts. 173 y 173 bis del C.c.).

De todo cuanto se ha visto en el presente apartado cabe concluir el poco acierto del legislador a la hora de redactar el elemento relativo a los sujetos del delito de violencia doméstica.

### **1.3. La convivencia como presupuesto material del delito de violencia doméstica**

Desde que se creara la figura del delito de violencia doméstica en 1989, la doctrina se ha venido preguntando si es o no necesario que exista una relación de convivencia física entre el agresor y la víctima del maltrato habitual para que dicha conducta pueda castigarse con la pena prevista en el vigente art. 153.

Defensor de la tesis afirmativa ha sido GRACIA MARTÍN, quien concibe la convivencia como esencial al delito hasta el punto de entender que sin ella no se da el fundamento material del injusto típico<sup>406</sup>. Esta línea iniciada por GRACIA MARTÍN ha sido acogida por numerosos autores. GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO entienden que la convivencia estable debe darse en todo caso, sin merecer distinto tratamiento ni siquiera los supuestos recientemente incorporados al precepto en virtud de los cuales se ha de considerar también típico el ejercicio de violencia

---

<sup>406</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 431.

habitual entre los cónyuges o sujetos de una relación análoga de afectividad, aun cuando la relación matrimonial o la de análoga afectividad hayan cesado<sup>407</sup>. ACALE SÁNCHEZ sostiene que la convivencia es esencial, no sólo como un requisito exigido por el tipo, sino porque es un rasgo que define al propio bien jurídico protegido por el precepto, que recordemos cifra la autora en "la vertiente colectiva de las relaciones familiares"<sup>408</sup>.

Aunque coincida en buena parte con la tesis arriba expuesta, no llego a sumarme enteramente a ella por las razones que a continuación trato de exponer.

Comparto la definición que de "la convivencia" formula GRACIA MARTÍN resaltando la importancia de "la vinculación existencial de la persona al grupo en el sentido de sujeción y pertenencia al mismo y de exposición y desarrollo de sus bienes vitales", con independencia de que la proximidad física sea más o menos continuada en el tiempo o sufra algún tipo de interrupción. Así será irrelevante a los efectos de considerar la convivencia característica del art. 153, un alejamiento circunstancial transitorio de personas que porque pertenecen existencialmente a un mismo grupo sociológico volverán a

---

<sup>407</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 57.

<sup>408</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 159

reunirse finalmente<sup>409</sup>. En esta misma línea GARCÍA ARÁN considera que existe convivencia, y por tanto, tipicidad, en los casos de convivencia discontinua que se produce, por ejemplo, durante los periodos de ejercicio del derecho de visita, y ello porque también en periodos breves de convivencia pueden darse las características del comportamiento que con el precepto se pretende perseguir<sup>410</sup>. Estimo igualmente acertada la idea de configurarla como presupuesto material del injusto típico.

No puedo participar, sin embargo, del empeño de algunos autores en afirmar que aquélla deba darse en todas las relaciones que menciona el precepto, aun a pesar de que el propio tenor literal del mismo claramente no la está exigiendo en determinados supuestos. Con este hecho: la no exigencia de la convivencia, se podrá estar más o menos de acuerdo pero, una vez excluido expresamente por ley el requisito de la convivencia, ya no es posible defender que aquélla sigue siendo esencial a todas y cada una de las relaciones previstas en el art. 153, por mucho que creamos que el fundamento material del delito de violencia doméstica debe ser la convivencia física entre autor y víctima. Eso explica las interpretaciones rocambolescas a las que llegan algunos autores, intentando conseguir

---

<sup>409</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 434.

<sup>410</sup> GARCÍA ARÁN, M.: "Problemas interpretativos...", cit., pág. 69.

adecuar el texto de la ley a lo que ellos consideran es el fundamento material del delito. GRACIA MARTÍN, por ejemplo, para salvar la alternativa del último inciso del precepto, esto es, la exclusión expresa del requisito de la convivencia en los casos de sujeción a una relación tutelar, afirma que aquella, más que contraponer la convivencia frente a la sujeción a relaciones tutelares sin necesidad de convivencia, contrapone, en realidad, la de personas directamente vinculadas al autor frente a personas sujetas directamente a su cónyuge o conviviente<sup>411</sup>. Por lo demás, ACALE SÁNCHEZ, aunque luego concluya que basta con que se dé uno de los dos requisitos (o bien la convivencia o bien la relación jurídica tutelar), previamente lleva a cabo una extraña interpretación de la alternativa en virtud de la cual entiende que la referencia que debía haber sido obviada en este último caso no debería haber sido la realizada a las relaciones tutelares sino la hecha a la propia convivencia, por ser esta última un requisito general de aquéllas. De igual forma, la citada autora manifiesta que con la misma se puede estar aludiendo a aquellos casos en los que a pesar de que se de efectivamente la convivencia, por un lado, y la relación de parentesco de uno de los cónyuges, por otro, no se ha acabado de formalizar, sin embargo, la relación de guarda

---

<sup>411</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 433.

entre ellos generada<sup>412</sup>. Finalmente, la postura de GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, en el sentido de afirmar la necesidad del requisito de la convivencia incluso en los supuestos en los que la relación matrimonial o de análoga afectividad hayan cesado, entiendo que debe ser igualmente rechazada por la *contradictio in terminis* que supone exigir que autor y víctima continúen viviendo juntos una vez concluida la análoga relación de afectividad, siendo que esta última debe definirse, sobre todo, atendiendo al dato de la convivencia física<sup>413</sup>.

En mi opinión, el elemento de la convivencia debe ser considerado el presupuesto material del delito de violencia doméstica en cuanto que tal consideración permite dotar de objetividad a una conducta que en el ámbito de los sujetos adolece de una gran imprecisión y mayor amplitud. No obstante, es preciso hacer las siguientes matizaciones. La primera referida al propio presupuesto material en el sentido de poner de manifiesto que aquél no viene expresamente recogido por ley, lo cual no empece, sin embargo, para que a partir de una interpretación restrictiva del precepto podamos atribuir esa naturaleza al hecho de la convivencia<sup>414</sup>. La segunda es que dado que

---

<sup>412</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 160

<sup>413</sup> Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 57.

<sup>414</sup> GRACIA MARTÍN llega a esta conclusión desde el análisis de la

parece claro que el legislador ha querido excluir de esta exigencia a determinados supuestos, en unos casos expresamente (hijos, pupilos, ascendientes e incapaces), en otros implícitamente (excónyuges o exconvivientes), no cabe entonces sostener que la convivencia es un requisito imprescindible del delito de violencia doméstica en todo caso.

En suma, entiendo que la convivencia física entre el autor y la víctima es un requisito implícito del delito de violencia doméstica que actúa como límite de la amplitud o imprecisión de la conducta descrita, a menos que el legislador haya introducido una previsión expresa para exceptuarla. Así lo hizo primero en 1995, en relación con los hijos, ascendientes o incapaces para los casos en que estos se hallen sujetos a determinados institutos de guarda civil, y también años más tarde, en la reciente reforma de 1999, con respecto a los excónyuges o exparejas de hecho, esta vez sin especificar ningún supuesto<sup>415</sup>.

---

análoga relación de afectividad. Como quiera que respecto a ésta no cabe ninguna duda de que el legislador está exigiendo el requisito de la convivencia, al decir el Código que tiene que ser estable y al referirse más adelante al conviviente, también deberá estar exigiéndola en relación con la relación conyugal. El resto de supuestos, según dicho autor, no plantean problemas porque la ley expresamente exige, refiriéndose al sujeto activo del delito, "que con el convivan". Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 432.

<sup>415</sup> Afirmando el carácter excluyente de la alternativa, CARBONELL MATEU J.C./GÓNZALEZ CUSSAC J.L.: Derecho penal. Parte especial, 3ª Ed, Valencia, 1999, pág. 141. TAMARIT SUMALLA, pese a reconocer que el adjetivo "estable" supone una exigencia implícita de convivencia, mantiene también que la exigencia de ésta en el tercer bloque de sujetos viene limitada a los hijos, incapaces o ascendientes que no se



De todo ello lo que se desprende es que al intérprete no le va a ser posible negar la exoneración legal del requisito de la convivencia en el delito de violencia doméstica en ninguno de esos dos casos. Lo que sí podrá y deberá hacer el jurista es entrar a valorar en qué medida dicha exoneración resulta o no justificada.

A mi juicio, la excepción relativa a los institutos de guarda, que ya ha sido analizada *supra*, no merece excesivas críticas, primero por su escasa trascendencia práctica, al presuponer casi todos los institutos tuitivos el requisito de la convivencia; segundo, porque es una excepción muy específica limitada a los institutos tutelares: fuera de estos casos la convivencia sigue siendo imprescindible; y tercero, porque se trata de proteger a personas especialmente indefensas respecto a las cuales se encuentra más justificado no exigir la convivencia como presupuesto propiciador de la indefensión, al ser ésta una característica inherente o consustancial a la víctima.

Muchos más reparos entiendo que suscita la reciente ampliación realizada por el legislador para abarcar la violencia habitual ejercida entre excónyuges o ex convivientes de forma general e indiferenciada<sup>416</sup>.

---

hallen sometidos a la potestad, tutela o guarda de hecho del autor o su pareja. Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 107. Finalmente, ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito..., cit., pág. 162.

<sup>416</sup> A favor de la extensión se ha manifestado, en cambio, un importante

La loable intención del legislador se adivina inmediatamente: tratar de castigar los actos violentos cometidos como consecuencia de las rupturas sentimentales no queridas. Pero, ni creo que ésta sea una buena forma de dispensar a dichas situaciones una protección adecuada, ni creo sinceramente que tal previsión fuera necesaria. Rota la relación de convivencia afectiva entre los sujetos, entiendo que desaparece la indefensión que para la víctima representa el hecho de desarrollar sus funciones vitales básicas en el mismo espacio físico que las desarrolla el autor. Si la intención del legislador era la de incluir supuestos en los que la violencia iniciada vigente el vínculo legal o fáctico se continuaba ejerciendo una vez roto aquél, en aras de que tales actos pudieran considerarse relevantes a efectos de integrar la habitualidad del delito, en lugar de incorporar al texto una previsión tan indeterminada como la que se ha

---

sector doctrinal: CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal..., cit., pág. 141; CORTÉS BECHIARELLI señala que existe fundamento para afirmar que la mayor pena del art.153 se encuentra justificada incluso en estos casos de presunción *iuris et de iure* de mantenimiento de la convivencia, aunque también pone de manifiesto el peligro de que se cuelen supuestos en los que la lesión no haya tenido nada que ver con las relaciones personales previas existentes entre el agresor y el lesionado. Vid CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de ..., cit., pág. 102. Destaca, sobre todo, la postura de CEREZO DOMÍNGUEZ, quien aboga por una interpretación amplia del precepto que incluya las relaciones de noviazgo o similares y, en general, todas las parejas que tengan o hayan tenido una relación sentimental o sexual que dé lugar a situaciones violentas que pongan en peligro la vida, integridad o libertad de la víctima, con independencia de que tales parejas convivan o no. Vid. GEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: El homicidio en la pareja..., cit., pág. 543.

introducido, hubiera sido preferible especificar dicho supuesto por la vía de las notas o criterios definidores de la habitualidad. El legislador, sin embargo, parece haber vuelto a caer en esa fácil tendencia a huir hacia el derecho penal desvirtuando, a mi juicio, la esencia del precepto objeto de estudio para extender su ámbito de aplicación hasta una violencia que dista mucho de seguir siendo doméstica, y de la que difícilmente va a poder seguir predicándose ya la indefensión que, hemos dicho, caracteriza a la víctima del delito de violencia doméstica: lo normal será que al autor le sea incluso mas difícil llegar hasta la víctima, que probablemente se encontrara prevenida frente a la actitud violenta del autor. Por último, si el supuesto que se trataba de cubrir era el de castigar los brotes violentos surgidos como consecuencia de las separaciones o rupturas sentimentales no deseadas, cuesta realmente creer que el legislador haya acertado en su decisión de considerar el art. 153 un lugar apropiado para lograr tal cometido. El precepto se creó con la finalidad de proteger un supuesto muy específico de violencia como es el de la violencia doméstica, de donde los episodios de violencia que surjan como consecuencia del cese de la misma difícilmente van a poder encajar dentro de las coordenadas marcadas por el precepto sino es a base de forzar demasiado las paredes del mismo. En efecto, parece

difícil que en este caso el maltrato vaya a darse con la reiteración que caracteriza al delito del art. 153 siendo, en principio, mucho más propio a este otro tipo de situaciones quizá una mayor intensidad en el golpe o grado de violencia ejercido pero, en todo caso, una unidad en la ejecución de aquél. Por ello, entiendo que tales situaciones encuentran mejor cabida en figuras como el homicidio, el asesinato o las lesiones, y sin perjuicio, obviamente, de que estos últimos concurren con un delito del art. 153, de quedar acreditados los distintos elementos del mismo.

En definitiva, la exoneración del requisito de la convivencia entre excónyuges o exparejas de hecho no llega a alcanzar, en mi opinión, suficiente justificación porque no es posible afirmar con seguridad que el hecho de haber mantenido el autor una relación conyugal o de análoga afectividad con la víctima en un momento anterior tenga que suponer, una vez rota aquélla, mayor facilidad en la comisión del hecho por parte del autor o mayor indefensión de la víctima. Podrá suceder que, roto el vínculo legal del matrimonio o el fáctico de la convivencia, persista, no obstante, la relación de confianza, afecto, o incluso proximidad física del autor con la víctima: cuando se ejercite el derecho de visita, cuando se deje entrar al autor en el domicilio porque la ruptura ha sido de común

acuerdo etc, pero ni siquiera en estos casos puede decirse que se mantiene intacta, a mi modo de ver, la que venimos denominando esencia del delito de violencia doméstica, claramente recogida, como es sabido, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89 de 1989 con las siguientes palabras: *"político-criminalmente, el tipo penal ha venido a dar respuesta a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo"*. Dicha esencia, aunque parece haber sido olvidada en las distintas reformas que, con el fin de ampliar el ámbito de aplicación del precepto, se han realizado en estos últimos años de la redacción del mismo, por influencia de la alarma social que han venido despertando en la sociedad, sobre todo, las conductas de violencia conyugal, debiera pronto, a mi juicio, ser retomada para facilitar, por lo menos, una interpretación lo suficientemente restrictiva del precepto como para salvar las posibles incongruencias penológicas que de la imprecisa redacción de aquél vayan a derivarse. Por todo ello es por lo que creo más conveniente aplicar a estos últimos supuestos, en lugar del delito de violencia doméstica, o bien un concurso de delitos, si es que las agresiones cometidas fueron más de una, con la agravante de parentesco en cada caso, o bien la pena del art. 173, siempre que tales actos hayan supuesto en su

conjunto un ataque grave contra la integridad moral de la víctima<sup>417</sup>.

#### **1.4 Los sujetos en el delito de "maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli"**

Una discusión, en cierta forma, similar a la tratada a lo largo de este apartado es la que se ha llevado a cabo en la doctrina italiana en torno al delito de "*maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*".

Dicha discusión obviamente se elabora a partir de la diferente redacción que recordemos ofrece el art. 572 del Código penal italiano a lo que podemos denominar versión italiana de nuestro delito de violencia doméstica, protegiendo a los menores de catorce años y a la familia en general, sin exigir respecto a los menores ningún tipo de vinculación con el autor y sin especificar las concretas relaciones familiares tuteladas por el precepto, así como a todas aquellas personas que se encuentren "sometidas a la autoridad o confiadas al autor por razón de educación,

---

<sup>417</sup> Cfr. CORTÉS BECHIARELLI, quien considera que la violencia doméstica debe ir más allá del estricto significado del adjetivo que la califica por la frecuencia con que se producen este tipo de reacciones violentas. Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 102.

instrucción, cura, vigilancia o custodia o para el ejercicio de una profesión o arte".

La cuestión nuclear que centra el debate doctrinal en aquel país versa sobre el modo en que debe interpretarse el concepto "familia", barajándose sobre todo dos posiciones: aquella partidaria de un concepto estricto de familia, elaborado sobre la idea del matrimonio, y aquella otra que propugna un concepto amplio de "familia de hecho", construido sobre la base de la convivencia o cohabitación.

El concepto amplio es defendido normalmente por quienes consideran que la convivencia es el presupuesto material imprescindible del delito. ANTOLISEI, que es un claro exponente de esta primera posición, considera preferible, frente a interpretaciones estrictas del término familia elaboradas por la doctrina, la noción lata que ha mantenido en muchas de sus sentencias la Cassazione italiana, admitiendo, por ejemplo, que el conviviente *more uxorio* pueda ser sujeto del delito<sup>418</sup>. No obstante, para el citado autor, a diferencia de lo que, del mismo modo ha acostumbrado a entender dicho Tribunal, semejante interpretación de "la familia" sólo puede mantenerse si se

---

<sup>418</sup> ZAGREBELSKY, después de afirmar que se considera a la concubina conviviente *more uxorio* miembro de hecho de la familia, recopila un conjunto de sentencias en las que así se ha pronunciado la Cassazione italiana. Vid. ZAGREBELSKY, V.: Giurisprudenza sistematica ..., cit., pág. 508.

exige respecto a la misma el requisito de la convivencia física entre autor y víctima<sup>419</sup>.

Más severo con esta interpretación amplia se han mostrado autores como COPPI, quien cuestiona la línea seguida por la jurisprudencia no sólo en cuanto a la forma en que se debe interpretar el concepto de familia sino también en cuanto a la desmitificación que cree debe hacerse del elemento de la convivencia. Por un lado, el citado autor defiende un concepto estricto de familia basado sobre el matrimonio como única interpretación posible que cabe extraer del tenor literal del precepto, al contraponerse en aquél la familia frente a toda una serie de relaciones caracterizadas por la supremacía de una de las partes sobre la otra, siendo éste además el bloque adonde, según dicho autor, deberá reconducirse el maltrato entre parejas de hecho. No obstante, la exigencia del requisito de la convivencia no es incompatible con su reacto posicionamiento en torno a la interpretación amplia del concepto de familia. La conducta castigada en el delito de *maltrattamenti*, lejos de proyectarse sobre cualquier conviviente, lo hace, según COPPI, sólo sobre aquél que convive con el autor precisamente porque es su familiar o porque está sujeto a la autoridad o a la confianza del autor, exigiéndose, en consecuencia, tanto la convivencia

---

<sup>419</sup> Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di...*, cit., pág.502.



como la especial relación. En definitiva, el concepto que propone COPPI de la familia queda como sigue: "no sólo el cónyuge y los hijos sino todas aquellas personas que por razones de parentela o afinidad conviven y mantienen relaciones de particular intimidad con el sujeto activo", debiéndose limitar el grado en función de la relación de intimidad creada entre ambos<sup>420</sup>.

Sea como fuere, debe reconocerse que el ámbito de protección del delito de *maltrattamenti* es mucho más amplio que el comprendido por el delito de violencia doméstica en España, al extenderse a parcelas que exceden incluso de la dimensión cuasifamiliar como puede ser la disciplinario, la laboral o la de enseñanza. Ello explica que mi parecer, acerca de exigir la convivencia a las relaciones contempladas por el delito, cobre en el caso italiano mayor sentido. Sólo así entiendo que es posible fijar cierto límite objetivo a la enorme imprecisión de un precepto que en Italia contempla para el delito de *maltrattamenti* una pena considerablemente mayor a la que señala nuestro legislador en el art. 153.

En definitiva, estimo preferible el modelo español al italiano por entenderlo más acorde con las exigencias

---

<sup>420</sup> Vid., de forma global, la postura de este autor en relación con el elemento sujetos del delito en COPPI: "*Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*" in Enciclopedia del diritto, vol.XXV, 1975, págs. 237-246.

derivadas del principio de taxatividad, así como porque, desde una perspectiva del principio de proporcionalidad, permite una mejor graduación de la responsabilidad penal del sujeto activo en función del mayor o menor desvalor que revista la conducta según la clase de relación de que se trate: en las relaciones del ámbito familiar o cuasifamiliar castigándose con la pena de prisión de hasta tres años, señalada en el art. 153; en el resto de supuestos, con la pena de prisión de hasta dos años, siempre que el maltrato reiterado haya producido un menoscabo grave de la integridad moral del sujeto pasivo, tal y como prevé el art. 173.

#### **1.5. Los sujetos en el delito de "Misshandlung von schutzbefohlenen"**

Es éste el delito que más se asemeja en el código penal alemán al contenido en nuestro art. 153. No obstante, pronto es posible encontrar, tal y como se puso de manifiesto al tratar el bien jurídico, notables diferencias entre ambos delitos. Junto al del bien jurídico, otro de los grandes aspectos que los separan tiene que ver precisamente con el distinto ámbito de sujetos o relaciones protegidas que comprende cada uno de ellos. El legislador alemán ha optado por castigar penalmente, como una lesión

cualificada, la acción de quien "atormente o maltrate brutalmente a una persona menor de dieciocho años o a una persona indefensa por debilidad o enfermedad que se encuentre en situación de dependencia para su cuidado o guarda; que pertenezca a su gobierno doméstico; que hayan sido colocados bajo su poder por parte de las personas titulares de los deberes legales de asistencia; o que estén subordinadas a él en el marco de una relación de servicio o trabajo...". Tal protección, dispensada por el parágrafo 225 del *StGB*, aunque a primera vista pudiera parecer que se proyecta, de la misma forma que sucede con el delito de *maltrattamenti*, sobre más supuestos que los que menciona la ley penal española, es, sin embargo, más estricta y rigurosa. De tal manera que el parágrafo 225 exige, no sólo que la víctima se encuentre en alguna de las relaciones de subordinación o dependencia que menciona el precepto, sino, sobre todo, que la víctima sea un menor de edad o una persona indefensa por razón de enfermedad o debilidad<sup>421</sup>. La exigencia es, por tanto, doble. En España, por el contrario, la indefensión, lejos de ser un requisito adicional, esencial del tipo, se presume o da por supuesto en todo el conjunto de relaciones familiares o

---

<sup>421</sup> HORN se pronuncia en este sentido afirmando que el aumento del injusto del parágrafo 225 se fundamenta en que la lesión se dirige contra personas especialmente sensibles a los ataques de esta clase (menores e indefensos) y, además, en que en virtud de una relación de

cuasifamiliares que describe el precepto, por el estrecho marco en que tales relaciones se desarrollan. Es suficiente, en consecuencia, que medie un ejercicio de violencia habitual entre los sujetos de alguna de las relaciones incluidas en el precepto para que el autor pueda ser castigado con la pena prevista en el mismo, sin necesidad de que se demuestre su previa indefensión, como ocurre en Alemania salvo que se trate de menores.

Es cierto que la rigurosidad de la regulación alemana podría verse relajada a partir de una interpretación lata del término debilidad. Sin embargo, lejos de eso, doctrina y jurisprudencia tienden a manejar un concepto muy estricto. En este sentido, MEURER critica el entendimiento doctrinal mayoritario de la debilidad como menoscabo de la salud física que tiene expresión en un impedimento de la libertad de movimientos, para proponer en su lugar una definición más amplia, extensible a otros supuestos como, por ejemplo, determinadas anomalías psíquicas, la ceguera, o la sordera, que no pueden calificarse como enfermedad ni presuponen la limitación de la libertad de movimientos<sup>422</sup>.

Otro de los problemas que cabe atribuir al tratamiento que el legislador alemán ofrece a los sujetos del delito del párrafo 225 es el de un posible solapamiento de las

---

dependencia con el autor son fácilmente atacables y necesitados de protección. Vid. HORN, E.: Systematischer Kommentar..., cit., pág.38.

relaciones que menciona. Aspecto éste que viene siendo denunciado por la doctrina, especialmente cuando se trata del supuesto que más nos interesa: el del llamado gobierno doméstico, mencionado en segundo lugar. MEURER explica en relación con ello que sólo puede ser autor aquél que es para los miembros de la comunidad doméstica el que ostenta la posición principal o sobresaliente. El autor y la víctima no pueden estar al mismo nivel sino que el primero ha de dirigir el hogar, en definitiva, ha de erigirse en el cabeza de familia. El fundamento de la pena agravada reside entonces en el hecho de que el autor abuse de su autoridad, se aproveche de la confianza y de la situación de poder que disfruta en razón de la posición elevada que ocupa respecto al resto de miembros que forman la comunidad doméstica. La consideración de esta última, además, exige de un sentimiento de una cierta pertenencia o unión al grupo, no bastando el simple vivir bajo el mismo techo. Estarían, según lo anterior, incluidas en el parágrafo 225 únicamente aquellas relaciones en las cuales, a partir de la pertenencia al gobierno doméstico, se deriva una cierta dependencia y sumisión a una autoridad que ejerce el cabeza de familia. Finalmente, MEURER, afirma que en cada caso concreto habrá de analizarse, primero, si se está ante un supuesto de comunidad doméstica y, segundo, si en dicha

---

<sup>422</sup> Vid. MEURER, W.: *Probleme des...*, cit., pág. 24.

comunidad corresponde al autor una posición de superioridad sobre la víctima, todo lo cual conduce al autor a la conclusión de que la mención específica del gobierno doméstico es superflua al ser prácticamente imposible que un cabeza de familia no tenga, a la vez, una obligación de deber de cuidado respecto a la víctima<sup>423</sup>.

Mi opinión es que este concreto supuesto de pertenencia de la víctima al gobierno doméstico debe ser objeto de una reflexión crítica, pero no tanto por su solapamiento con otras relaciones como por el hecho de haber quedado desfasadas las ideas de "gobierno doméstico" y "cabeza de familia". Al mismo tiempo, de la redacción del párrafo se desprende que su especial protección se proyecta solamente en sentido vertical y no en sentido horizontal. La protección de un cónyuge frente a la violencia habitual del otro cónyuge no parece, de hecho, encajar en ninguna de las hipótesis previstas legalmente, y aunque cabe pensar -con MEURER- que podrían entrar en la relación de cuidado adquirida fácticamente<sup>424</sup>, no parece, sin embargo, que este fuera uno de los supuestos que

---

<sup>423</sup> Vid. *ibidem*, págs. 37 y 38.

<sup>424</sup> MEURER entiende que el deber jurídico de cuidado puede nacer del contrato, de la ley, o de asunción libre de hecho. Vid. *ibidem*, pag. 38. En contra, HORN, quien parece no admitir esta última vía, por entender que la pretensión jurídica solo puede nacer de la ley, la decisión de la autoridad o el contrato. Vid. HORN, E.: *Systematischer...*, cit., pág. 38.

estaban en la mente del legislador cuando se refirió a las relaciones de cuidado como especial apartado.

En definitiva, dos creo que pueden ser las conclusiones interesantes que cabe extraer de todo lo dicho. Primero, que el ámbito de aplicación del precepto en relación con los sujetos protegidos, pareciendo mayor, es en realidad más estrecho que el dispensando en nuestro Código penal, por cuanto, además de exigir una relación de dependencia concreta, el texto alemán requiere de una previa indefensión de la víctima por minoría de edad, enfermedad o debilidad. Finalmente, se observa que las razones políticocriminales que han motivado la aparición de ambos delitos han sido bien diferentes. Mientras que en Alemania se tiende a ofrecer una especial protección a los menores y a los enfermos, seguramente para solucionar el problema de la violencia vertical, esto es, los malos tratos ejercidos por los padres sobre los hijos, en España, en cambio, el caballo de batalla ha sido siempre hacer frente a la llamada violencia de género, plasmada en su máxima expresión dentro del ámbito familiar y, en concreto, en los casos de maltrato ejercido por los esposos sobre sus respectivas esposas<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup> Es cierto que el precepto protege también a los menores, a los ascendientes y a los mismos esposos, pero no me cabe duda de que lo que se sitúa en la base del fundamento de este precepto no es otra cosa que la protección de las mujeres maltratadas.

## **2. Función fundamentadora del injusto**

El fundamento del injusto de este delito hemos dicho que viene constituido por un doble elemento: el de los sujetos y el de la habitualidad. La concurrencia de ambos cualifica la conducta consistente en el ejercicio de violencia física o psíquica, en principio, solamente contraria al bien jurídico "incolumidad corporal" o alguno de los bienes jurídicos que conforman lo que podría denominarse "incolumidad psíquica", esto es, la libertad, la integridad moral y el honor principalmente, si bien tal valor no ha sido considerado por parte del legislador penal merecedor de que sea elevado a la categoría de bien jurídico protegido en cuanto tal "incolumidad psíquica". De esta forma, es la especial relación que media entre los sujetos del delito, desarrollada normalmente en un marco de estrecha convivencia, así como la frecuencia con que se producen las agresiones del autor sobre la víctima, lo que determina que podamos pasar a hablar de una lesión del bien jurídico "integridad moral".

Algunos autores consideran que el elemento más determinante del injusto de esta conducta se halla en el



abuso por parte del autor de una situación de dependencia o de dominio sobre la víctima<sup>426</sup>. Para otros autores es más importante, sin embargo, la relación afectiva que se da entre los sujetos y que puede generar los comportamientos violentos con independencia de que los sujetos convivan o hayan convivido entre sí<sup>427</sup>.

A mi modo de ver, el fundamento último sobre el que descansa el delito del art. 153 reside en la convivencia afectiva. En unos casos: relaciones conyugales o de análoga afectividad, porque es ésta la que genera la indefensión de la víctima, al proporcionar al autor una mejor ocasión para la comisión del hecho antijurídico. En otros casos :menores o incapaces, porque, siendo ya la víctima en sí misma indefensa, la convivencia viene, sin embargo, a acentuar aquélla. Según esto, bastará con que el autor se prevalga de esa relación de convivencia afectiva que le une a la víctima, abusando de su confianza o aprovechándose de la circunstancia de lugar que supone vivir bajo el mismo domicilio, para que el hecho ya realice el desvalor típico del delito del art. 153, sin que sea necesario, por tanto,

---

<sup>426</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 431 y 433; GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 58.

<sup>427</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: El homicidio..., cit., pág. 543.

que la situación de superioridad o dominio del autor sobre la víctima preexista al maltrato<sup>428</sup>.

Si se pone en relación el delito de violencia doméstica con la circunstancia mixta de parentesco cuando esta actúa de forma agravatoria en delitos contra la vida o la integridad, es fácil comprobar que el fundamento en ambos casos es el mismo. De esta forma, a pesar de que haya podido ser otra la línea seguida por nuestra jurisprudencia a la hora de considerar aplicable la circunstancia mixta de parentesco<sup>429</sup>, entiendo que tal circunstancia sólo debe aplicarse cuando suponga un incremento de la antijuridicidad del hecho, esto es, cuando el autor se prevalga de la relación de confianza que le une a la víctima, aprovechándose de la circunstancia de lugar para cometer el hecho, y siempre que una menor culpabilidad de aquél (por ejemplo por arrebató, obcecación o trastorno mental transitorio), no neutralice esa situación de mayor

---

<sup>428</sup> En el mismo sentido se pronuncia CUELLO CONTRERAS cuando afirma que "con este delito lo que en definitiva se trata de proteger es determinadas relaciones en las que, o bien ya de entrada una de las partes es más débil que la otra, o bien las relaciones afectivas entabladas pueden llevar a una de las partes a soportar los malos tratos de la otra, sin poder atreverse o simplemente querer resistirse a la violencia...". Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de violencia...", *cit.*, pág. 13. El autor se refiere únicamente al supuesto en que la víctima renuncia a resistirse al maltrato por vínculos afectivos. No obstante, aunque es verdad que en muchas ocasiones la víctima soportara el maltrato por razones afectivas, creó que serán también razones culturales y, sobre todo, económicas las que seguro constreñirán a la víctima en su libertad para que siga aguantando la situación de maltrato.

<sup>429</sup> Vid. *supra*, en este mismo Capítulo, apéndice 1.2, apartado 1.2.2., una visión crítica de la aplicación que, según entiendo, la

antijuridicidad. El delito de violencia doméstica bien pudiera considerarse, en este sentido, como uno de los supuestos en los que la circunstancia de parentesco resulta siempre aplicable como agravante, al presuponer el elemento de la habitualidad un prevalimiento del vínculo parental.

Finalmente, el injusto del delito de violencia doméstica debe también ponerse en relación con el delito de tratos degradantes del art. 173 del C.p., respecto del cual, ha sido afirmada con anterioridad su cualificación.

Cabe señalar que el mayor injusto, que hemos dicho representa el delito de violencia doméstica respecto a aquél que parece hacer las funciones de tipo básico del título VII<sup>430</sup>, se refleja tanto en un incremento de su desvalor de acción como en un aumento de su desvalor de resultado. El desvalor de acción viene acrecentado por la forma en que el maltrato se realiza, esto es, por su reiteración. El aumento del desvalor de resultado se produce como consecuencia del especial ámbito en el que tal reiteración se lleva a cabo. En ocasiones se producirá una intensificación del daño a la integridad moral: el caso de muchas mujeres que no quieren defenderse por miedo a las represalias de sus maridos o de "incapaces" que no pueden

---

jurisprudencia ha llevado a cabo de la circunstancia mixta de parentesco.

<sup>430</sup> Parece que hace tales funciones por su ubicación. Sin embargo, supone un serio obstáculo a tal consideración el hecho de que el

defenderse dada su situación de inferioridad respecto al autor, y, en ocasiones, lo que podrá darse también o, sobre todo, es un grave peligro de afectación de otros bienes jurídicos de la persona: esto sucederá especialmente cuando las víctimas sean "menores", en relación con el bien jurídico salud y en relación con el libre desarrollo de su personalidad<sup>431</sup>.

De todo lo expuesto cabe derivar una importante conclusión sistemática. Se trata de poner de manifiesto la relativa semejanza que, si nos fijamos, cabe establecer entre el delito de violencia doméstica del art. 153 y el delito de tortura del art. 174, en cuanto subtipos agravados de los delitos contra la integridad moral<sup>432</sup>. El primero suponiendo una agravación de estos delitos por razón de los sujetos y la habitualidad. Y el segundo, en

---

precepto exija que el menoscabo sea grave y después haya preceptos que castiguen el menoscabo sin necesidad de que sea grave.

<sup>431</sup> En parecido sentido se pronuncia TERRADILLOS BASOCO cuando después de afirmar que tanto el delito de trato degradante como el delito de violencias físicas habituales tienen el mismo bien jurídico protegido, resalta el papel que ejerce el art. 153 en cuanto *lex consumens* y *lex specialis* respecto al art. 173, pues la habitualidad y el medio -la violencia física- intensifican un juicio de desvalor que se refleja en las distinta gravedad de las penas, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Agresiones a las mujer desde...", *cit.*, pág. 119.

<sup>432</sup> En apoyo de esta afirmación algún autor ha recalcado, en relación con el maltrato psíquico, la circunstancia de que un reciente informe de Amnistía Internacional sobre la tortura muestra que muchos métodos utilizados en los casos de situaciones de dominación y abusos de poder de los maridos sobre sus mujeres se asemejan a los utilizados en la guerra de Corea para lavar el cerebro de los prisioneros, *vid.* MAGRO SERVET, V.: "La violencia psíquica...", *cit.*, pág. 5.

cuanto que agravación del trato degradante por razón de los sujetos y la finalidad con la que se comete la acción<sup>433</sup>.

## II. LA CONDUCTA TÍPICA

### *1. Ejercicio de violencia física o psíquica*

La conducta típica del que venimos llamando «delito de violencia doméstica» se construye sobre la base material que representa el "ejercicio de violencia", violencia que podrá ser tanto física como psíquica y que, como hemos visto, deberá proyectarse "reiteradamente" sobre "alguno de los sujetos que describe el art. 153".

Hasta la reciente reforma de 1999, el texto únicamente se refería a la violencia física como núcleo esencial de realización de la conducta típica. Con la incorporación de la violencia psíquica, el legislador cede a las voces que, desde numerosos estamentos sociales, así como también desde una doctrina mayoritaria, clamaban por la necesaria equiparación de la misma con la violencia física, en virtud

---

<sup>433</sup> La definición de la tortura nos la ofrece el propio art. 174 en los siguientes términos: "Comete tortura la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral...".

de los efectos incluso más dañinos y devastadores que podía llegar a suponer aquella<sup>434</sup>.

---

<sup>434</sup> Vid., como claro exponente de ese sentir doctrinal mayoritario, CUENCA SÁNCHEZ, J.M.: "El nuevo art.....", cit., pág. 1186; como partidarios de que fueran incorporadas al precepto las violencias psíquicas cabe destacar, además, a CERVELLO DONDERIS, V.: "El delito de...", cit., pág. 56; RUIZ VADILLO, E.: Código penal..., cit., pág. 1924; DE VEGA RUIZ, J.A.: Las agresiones familiares..., cit., pág.173; DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos...", cit., pág.650; CUENCA I GARCÍA, M.J.: "La violencia habitual...", cit., pág. 650. No obstante, frente a las anteriores, también las siguientes voces discrepantes: apuntando el escaso desvalor de acción y de resultado de las violencias psíquicas, vid. MUÑAGORRI LAGUIA, I.: "Las violencias en...", cit., pág. 634; considerando aconsejable la restricción del tipo a las violencias físicas desde el punto de vista de intervención mínima, vid. GRACIA MARTÍN, L.: "El delito y...", cit., pág. 594; advirtiendo de las lógicas dificultades de valoración y prueba, vid. GONZÁLEZ RUS, pág. 170; considerando suficientes los medios que el CP disponía para afrontar buena parte de las agresiones que podía sufrir la mujer y sugiriendo agotar las posibilidades ofrecidas por tales medios antes de aventurarse con otros, evitando así caer en la fácil huida al derecho penal, cayendo en amplias tipificaciones que sólo sirven para tranquilizar conciencias, vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Agresiones a la mujer desde...", cit., pág. 121. Por último, cabe señalar que tal pretensión fue objeto de la enmienda n° 181, formulada en el Congreso por el Grupo mixto, ERC, solicitando la inclusión de la violencia psíquica. Tras la reciente incorporación se han manifestado a favor de la misma los autores que siguen: porque los malos tratos psíquicos no tienen cabida en el art. 173, vid. MAGRO SERVET, V.: "La violencia psíquica en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas", en *La Ley*, 12 noviembre, 1999, pág. 3; para proteger mejor el aspecto colectivo del bien jurídico "relaciones familiares", vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 93; considerando positiva la incriminación por extender la protección de la salud a su vertiente psíquica o mental, si bien exigiendo un cierto paralelismo de ésta con la violencia física, vid. GARCÍA DELGADO, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 88; proclive a la introducción pero proponiendo la sustitución de la expresión "violencia psíquica" por "lesión psíquica", vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 61. Por contra, mostrándose críticos con ella: debido a los efectos perversos que puede llegar a tener la extensión del tipo por la dificultad que entraña el conocer, perseguir y castigar esta clase de infracciones, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: "La reforma penal en materia de...", cit., pág. 1; igualmente, por el peligro que ello origina en cuanto a una posible producción de situaciones de gran amplitud punitiva, vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: El homicidio en..., cit., pág. 529; por entender que la inclusión de la violencia habitual psicológica en el art. 153 desborda la necesidad real de protección que puede dispensar el Derecho penal, haciendo de éste un medio simbólico y en la práctica inaplicable, vid. CUADRADO RUIZ, M.A./REQUEJO, C.: "El delito de malos tratos en el ámbito familiar: art. 153 del Código penal", en *La Ley*, n°5072, 9 de Junio de 2000, pág. 3.

Para pronunciarnos acerca de si debe considerarse o no acertada la tipificación de la violencia psíquica habitual en el art. 153, y sin perjuicio de sumarme ya a la crítica de quienes han puesto de manifiesto que ésta debería haber venido acompañada de una definición que arrojara luz a una terminología hasta la fecha desconocida en el código penal y no aclarada ni acotada por la jurisprudencia<sup>435</sup>, estimo imprescindible desentrañar y fijar primero la significación de las expresiones empleadas, esto es, averiguar qué quiere decir el legislador, no sólo cuando se refiere a la violencia psíquica, sino también cuando habla de "ejercicio de violencia física".

### **1.1. La violencia física**

No resulta difícil encontrar una pronta respuesta a la pregunta de qué es "violencia física" en el art. 153: violencia física es el golpe o maltrato de obra del art. 617.2 del vigente Código penal. Esta afirmación, si bien

---

<sup>435</sup> En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, quien denuncia la ausencia de determinación del contenido de la "violencia psíquica" así como la incapacidad de la jurisprudencia, aunque haya utilizado a menudo dicha fórmula, para mantener un criterio uniforme respecto a lo que ésta significa, equiparándola, en ocasiones, a la intimidación, a la amenaza, a la conminación, etc. Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 49. A mi juicio, dicha crítica podría haberse hecho extensible al término "violencia física", ya que constituye también ésta la única vez en que el legislador ha hecho uso de la citada terminología. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia sí que han sido unánimes en este sentido a la hora de identificar aquélla con el contenido de la falta prevista en el art. 617.2, circunscrita, como

compartida por la inmensa mayoría de la doctrina<sup>436</sup>, se ha visto reforzada por la nueva redacción que presenta el citado precepto tras la Reforma de 1999, al poderse leer en su segundo párrafo lo siguiente: "Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses...". A partir de esta diferente redacción, otorgada a la falta agravada de malos tratos por razón del ámbito familiar en el que la misma se ejerce, el legislador consigue armonizar la lista de sujetos protegidos en la falta de maltrato corporal con el elenco de personas mencionadas en el delito de violencia doméstica, además de que ayuda a precisar también aquello que debe entenderse por "violencia física" del art. 153, en

---

ahora veremos, al maltrato de naturaleza corporal.

<sup>436</sup> Configurando el delito del art. 153 como una figura agravada de la falta del art. 617.2: CUENCA I GARCÍA, M.J.: "La violencia...", cit., págs. 638 y 640; CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de...", cit., pág. 50; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, 10 ed°, Valencia, 1995 pág. 126 (en la 12 ed° el autor señala que es una cualificación del 617.2.2 a la que se añade el elemento de la habitualidad, cit., pág. 121); MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: "Las violencias...", cit., pág. 633. Limitando claramente el concepto de violencia física al maltrato de obra del antiguo art. 582.2, sin entrar en la consideración de si es agravación o no: BOIX REIG, J.: La reforma penal..., cit., pág. 123; CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: "El nuevo art.425...", cit., pág. 1187; BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho penal..., cit., pág.65; CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal..., cit., pág. 141. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de lesiones...", cit., pág. 938. Concibiéndola como una figura agravada tanto del párrafo primero como del párrafo segundo del art. 582: DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos tratos...", cit., pág. 159; COBOS GOMEZ DE LINARES, M.A.: Manual de..., cit., pág. 177; ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: Delito de..., cit., pág. 143. Relacionando el delito del art. 425 con la falta de lesiones y con la falta de malos tratos sin pronunciarse acerca de si el delito es o no una agravación de las mismas: TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma de..., cit., pág. 178; GONZÁLEZ. RUS, J.J.: Manual de derecho..., cit., pág. 228.



su mínima expresión.

### **1.1.1. Bien jurídico protegido en el art. 617.2**

Menos sencillo resulta ponerse a delimitar el contenido de la llamada falta de malos tratos, pieza determinante en el esclarecimiento de los actos que van a poder integrar el delito de violencia doméstica<sup>437</sup>. Como ya se anunció, desde la posición que aquí se mantiene, la falta del art. 617.2 debe entenderse como una infracción de mera actividad en la que, en definitiva, resulta tipificado el simple "medio comisivo violento", sin necesidad de que tal vía de hecho tenga que traducirse en un resultado lesivo de otro bien jurídico distinto o de mayor entidad al que, de suyo, se lesiona con el mero golpe o maltrato, esto es, considerando que la "incolumidad corporal" es un bien jurídico digno de protección penal autónoma que encuentra amparo a través de la falta del art. 617.2.

---

<sup>437</sup> Muestra de esta dificultad es la disparidad de posturas que se han barajado a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido en la falta de malos tratos del art. 617.2. Dejando de lado aquéllas que le atribuyen el mismo bien jurídico que el de las lesiones, cabe encontrar autores que, otorgando autonomía al maltrato, se decantan por configurarla como una falta de naturaleza pluriofensiva: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, para quien el tipo de los malos tratos protege los valores bienestar y honor, frente al de lesiones que protege la salud (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit, pág. 93) y QUINTANO RIPOLLES, quien considera que los valores que se desconocen en la agresión no lesiva son la libertad y el honor, y no el valor meramente físico (QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado..., cit., pág. 855).

### 1.1.2. Definición del maltrato de obra

Restringido el bien jurídico tutelado en el art. 617.2, ya estamos en perfecta disposición de dar el siguiente paso dentro de este difícil camino hacia la concreción del injusto específico de la figura contenida en dicho precepto. Habrá de procederse para ello a la previa fijación del significado de un término tan amplio y elástico como el de "maltrato de obra". Fijación que, en mi opinión, bien pudiera quedar resuelta reservando dicho término para la sola y exclusiva designación de las conductas de malos tratos de obra de carácter corporal, esto es, limitando su extensión a los supuestos de fuerza física ejercida sobre el cuerpo de otra persona<sup>438</sup>.

Varias son las razones en que, entiendo, cabe apoyar esta configuración del "maltrato de obra" como maltrato de obra corporal o, lo que es lo mismo, maltrato acotado por el objeto material de protección que sería el cuerpo de la víctima.

---

<sup>438</sup> Apoyando tal consideración, la reflexión hecha por QUINTERO OLIVARES cuando, comentando la regulación tradicional de las lesiones y, en concreto, la determinación tasada de los medios capaces de causar lesiones típicas en los verbos "herir, golpear o maltratar de obra", afirma que no es posible pensar en una lesión que no consista esencialmente en un acontecimiento o actuación física sobre la persona, así como que el trauma psíquico sólo se contempla como lesión cuando es secuela o consecuencia de un previo ataque físico, vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de lesiones...", cit., pág. 917.

De un lado, el que en la redacción del precepto se haga mención del "golpe" en primer lugar invita a pensar que éste, y no el "maltrato de obra", debe convertirse en núcleo esencial de la conducta descrita en el tipo. Recordemos además que antes de 1989 el legislador distinguía entre maltrato de obra y maltrato de palabra sin hacer alusión alguna al golpe o a la acción de golpear. La introducción de esta última en la falta de malos tratos, así como el abandono por parte de la misma de una referencia expresa al maltrato de palabra demuestran, a mi modo de ver, que en el ánimo del legislador estaba el castigar en esta sede sólo determinados maltratos de obra, entre los que, ya de entrada, seguro no podían estar los maltratos verbales. El "maltrato de obra" del art. 617.2 experimentaba así su primera acotación: cualquier maltrato de obra, excepción hecha del maltrato verbal. Pues bien, por qué no pensar entonces que el motivo de la incorporación del golpe no fue otro distinto que el de intentar concretar o acotar más y mejor la clase de maltrato que el legislador quería castigar en este precepto. Dicha interpretación vendría además avalada por las normas de la Real Academia Española, en virtud de las cuales la conjunción disyuntiva "o" puede presentar las oraciones por ella ligadas, no como contenidos que se

excluyen, sino como posibles alternativas que designan una misma realidad<sup>439</sup>.

Por todo ello es por lo que entiendo que el término "maltrato de obra" debe interpretarse restrictivamente, como sinónimo de golpe, y consecuencia de lo anterior, que el art. 617.2 comprende el castigo tanto del golpe (que se proyecta directa -en forma de puñetazos o patadas- o indirectamente sobre el cuerpo de la víctima -cuando se golpea con algún instrumento el cuerpo de aquella tales como palos, bastones, cinturones etc., o cuando se le empuja contra una pared, suelo u objeto similar-), como de cualquier otro comportamiento que se pueda asemejar a aquél, por suponer, además de un contacto corporal entre autor y víctima, un resultado equivalente en el cuerpo de esta última -se me ocurren empujones, zarandeos, agarrones, así como arañazos, pellizcos y mordiscos, siempre que ninguno de tales actos se traduzca en un menoscabo apreciable de la integridad física, que recordemos es parte integrante del bien jurídico de las lesiones-. No abarcando, por tanto, cualquier otra forma imaginable de maltrato de obra (insultos, sustos, burlas, escupitajos, llamadas telefónicas insistentes, etc.).

GRACIA MARTÍN, en cambio, considera que la mención del golpe es superflua desde el momento en que los actos

---

<sup>439</sup> ALARCOS LLORACH, E.: Gramática de la..., cit., pág. 399.

abarcados por el verbo golpear son perfectamente subsumibles en el maltrato de obra, siendo éste el concepto que en definitiva trazará los límites del comportamiento típico. No obstante, seguidamente, y consciente de que dicho término es excesivamente amplio, el autor propone restringirlo a partir del bien jurídico protegido. "Maltrato de obra" sería, según esto, "cualquier acción positiva que origine a la víctima, a través del sustrato de su cuerpo y psique, una afección de su integridad y salud personales, siempre que no requiera objetivamente ni siquiera de una primera asistencia facultativa"<sup>440</sup>.

Sin embargo, la regla de acudir al bien jurídico para determinar qué actos son susceptibles de incluirse en el precepto no debe, en mi opinión, considerarse adecuada, en la medida en que tal criterio no llega a proporcionar suficiente seguridad jurídica al aplicador del derecho, quien se sigue encontrando ante una amplísima gama de conductas susceptibles de encajar todavía dentro de esta forma de entender el maltrato de obra, sobre todo, en lo que se refiere al perjuicio psíquico. Más garantista ha de resultar, sin duda, construir el núcleo de la conducta sobre la acción de golpear para castigar a partir de aquella cualquier otra acción que formalmente se le pueda asemejar, siempre y cuando, por supuesto, ésta sea, además,

---

<sup>440</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 864 y 868. 399

y desde un punto de vista material, potencialmente lesiva del bien jurídico protegido, que, recordemos, no es la salud sino la incolumidad corporal.

Particularmente reveladora de la postura que se viene manteniendo fue la reforma de 1989, por la ya comentada desaparición del maltrato de palabra, hasta entonces castigado junto con el maltrato de obra. Tal desaparición vino a suponer, a mi juicio, el empujón definitivo hacia la obtención de un más claro deslinde entre el maltrato corporal del art. 582.2 ("maltrato de obra") y el maltrato verbal ("maltrato de palabra"), desde ese momento sólo reconducible a la falta de coacciones, injurias, calumnias o vejaciones de carácter leve del art. 585. Claridad que, a su vez, venía a dar respuesta al diferente interés jurídico que, entendemos, se protege con cada una de estas figuras: la incolumidad corporal en el maltrato de obra y, el honor en el antiguo maltrato de palabra; y que además, permitía expresar mejor el mayor desvalor que, frente al maltrato verbal, le merece al legislador el maltrato físico o corporal a decir por la pena que asigna a una y a otra, así como por la circunstancia de que el maltrato corporal se castigue sin exigírsele ningún ulterior resultado, y en cambio al maltrato verbal le sea exigible la producción de una injuria, calumnia o vejación injusta de carácter leve.

En suma, el "maltrato de obra" no debe entenderse

atendiendo al lenguaje común, de la misma forma que tampoco es aceptable la construcción que del concepto han elaborado algunos autores interpretándolo a partir del bien jurídico, utilizado a modo de correctivo. El maltrato de obra del art. 617.2 debe concebirse única y exclusivamente como maltrato de obra "físico o corporal", entendiendo por tal "la proyección de golpes sobre el cuerpo del sujeto pasivo así como cualquier otra forma de agresión o acometimiento ejercida sobre la víctima siempre que esta implique alguna forma de contacto corporal".

### **1.1.3. Distinción entre la falta de malos tratos y la falta de lesiones**

Pues bien, frente al planteamiento tradicional que, hemos dicho, entiende la falta de malos tratos como "agresión sin lesión"<sup>441</sup>, va ganando adeptos en la doctrina la tesis de quienes para aplicar el 617.2 exigen que medie

---

<sup>441</sup> Son muchos los autores partidarios de esta concepción: BOIX REIG en BOIX REIG, J/ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T.S.: La reforma de ..., cit. págs. 97 y 126; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I/ GARCÍA ARÁN, M.: La reforma penal de 1989, Madrid, 1989, pág. 80; TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 728; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de..., cit., pág. 27; DEL ROSAL BLASCO, B.: "El tipo básico...", cit., pág. 249; LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M.: El Código penal de 1995..., cit., pág. 95; BERNAL DEL CASTILLO, D.: "Criterios para la distinción entre el delito y la falta de lesiones" en CPC, n° 65, 1998, pág. 250; ROMEO CASABONA, C.M.: "Los delitos contra la integridad corporal y la salud" en El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Hje. al prof. Dr. D. ANGEL TORÍO LÓPEZ, Granada, 1999, pág. 929; QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos...", cit., pág. 943; SEGRELLES DE ARENAZA, I.: "Faltas contra las personas" en Curso de Derecho Penal español. Parte especial (I), dir.por MANUEL COBO DEL ROSAL, Madrid, 1996, pág. 999; GÓMEZ RIVERO,

un efectivo resultado lesivo contra la salud, configurando la falta contenida en dicho precepto como una especie de falta de lesiones atenuada. Segunda falta de lesiones que se diferenciaría de la falta de lesiones clásica o común, comprendida en el art. 617.1, por el hecho de no requerir su curación ni siquiera de una primera asistencia facultativa. Según esto, el esquema de las figuras de lesiones en nuestro código quedaría como sigue: delito de lesiones del art. 147, cuando el menoscabo de la salud requiera objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico; falta común de lesiones del art. 617.1, cuando exija de una primera asistencia facultativa; y falta leve de lesiones del art. 617.2, cuando ni siquiera necesite de ésta, siendo posible su autocuración o curación espontánea. Panorama que debe completarse con la reconducción obligada de los empujones, patadas, bofetadas y el resto de agresiones -sin consecuencias lesivas para la integridad o la salud personal- a la falta de coacciones, injurias, calumnias o vejaciones de carácter leve del art. 620.2<sup>442</sup>.

No es ésta, sin embargo, la explicación que, entiendo, merecen las figuras de malos tratos y lesiones reguladas en el libro III de nuestro Código penal. Una solución más

---

C.: "Algunos aspectos del ...", *cit.*, pág. 72.

<sup>442</sup>Como pioneros de esta posición destacan GRACIA MARTÍN Y DIEZ RIPOLLÉS: *vid.* DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., *cit.*, págs 337-340 y 857-861. A ellos han seguido, entre otros: ACALE



satisfactoria pasa por acogernos a la posición del sentir doctrinal mayoritario, caracterizado, como es sabido, por establecer una clara separación entre la falta de malos tratos del art. 617.2 y la falta de lesiones del art. 617.1, según que la conducta en cuestión exija o no de la producción de un resultado lesivo contra el bien jurídico salud: lesión si la exige; maltrato si no la exige<sup>443</sup>, y ello aunque tanto el tenor literal del art. 617.2 como la evolución del contenido del art. 617.1 puedan constituir argumentos esgrimibles en defensa de cualquiera de las dos interpretaciones expuestas.

En efecto, si nos fijamos en el tenor literal del art. 617.2, aunque el "sin causar lesión" parece estar indicando claramente que nos encontramos ante dos realidades diferentes<sup>444</sup>, no cabe dejar de reconocer que el texto

---

SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., págs 73 y 74.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.: El homicidio..., cit., pág. 157.

<sup>443</sup> De la gran lista de autores partidarios de esta concepción destaca por su claridad ROMEO CASABONA, quien textualmente llega a la siguiente conclusión: "la lesión que requiera un tratamiento médico o quirúrgico -además de una primera asistencia facultativa- dará lugar al tipo del art. 147; una lesión que no la requiera, siendo precisa una primera asistencia facultativa, al del art. 617.1, como también cuando no sea preciso tal asistencia pero la lesión sea perceptible o apreciable; y de no ser perceptible o apreciable, el tipo cometido es el del art. 617.2". ROMEO CASABONA, C.M.: "Los delitos contra ...", cit., pág. 929. También QUINTERO OLIVARES es claro en este sentido cuando señala que al segundo párrafo sólo pueden ir a parar acciones que no produzcan alteraciones, marca o señal de especie alguna pues todo aquello que suponga menoscabo o alteración de la integridad física, por mínimo que ésta sea (incluyendo el polémico supuesto de los hematomas), deben castigarse a través del primer párrafo, vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de....", cit., pág. 943. Finalmente, TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 728.

<sup>444</sup> QUINTERO OLIVARES propone analizar la falta del art. 582.1 y la del 582.2 por separado al abordar cada una de ellas problemas diferentes,

también admite una segunda interpretación, pretendida por los autores citados, en virtud de la cual, la expresión "no causar lesión" podría entenderse referida a no causar lesión-delito del art. 147 o bien no causar lesión-falta del art. 617.1, sin que ello suponga obstáculo alguno para considerar que lo que se castiga a través del art. 617.2 constituye igualmente una figura -aunque distinta- de lesiones. El legislador estaría distinguiendo distintos tipos de lesiones en función de la gravedad o del grado del menoscabo causado: delito cuando necesite tratamiento médico o quirúrgico; falta del 617.1 cuando necesite primera asistencia y falta del art. 617.2 cuando ni siquiera necesite de ésta, estableciendo con ello dos grandes grupos de lesiones: la lesión normativa de los arts 147 y 617.1, que requeriría para su curación de una mayor o menor intervención médica, y la lesión medica del 617.2, que no la exigiría. Configurándose, por lo demás, ésta última, al igual que la primera, como una falta de resultado material -en contra de lo que entiende la doctrina mayoritaria que la concibe como una de mera

---

haciendo alusión a que sus antecesores estaban en artículos diferentes, vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de...", cit., pág. 942. Asimismo, TAMARIT SUMALLA, quien se refiere al tratamiento tradicional de los malos tratos y las lesiones, dejando constancia de que la reforma del 89 fue fiel a esa tradición al considerar a los malos tratos de obra como algo distinto de las lesiones, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma de..., cit., págs. 51 y 52.

actividad<sup>445</sup>- si bien con un resultado más leve. Por último, el maltrato como tal desaparecería como figura autónoma, pudiendo ser castigado solamente como vejación injusta del art. 620.2<sup>446</sup>.

Por lo que respecta a la evolución del art. 617.1 GRACIA MARTÍN, se remonta a la reforma de 1989 para fijarse en el tenor literal de la antigua falta del art. 582 que textualmente castigaba al que causare una lesión "que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa". Al legislador le hubiere bastado, según GRACIA MARTÍN, con incluir la expresión negativa "no precisar tratamiento médico o quirúrgico" si en su intención hubiera estado la idea de castigar por esta vía al resto de lesiones. El segundo pilar en el que apoya su posición el autor, corroborando lo dicho por DÍEZ RIPOLLÉS, se centra en la redacción del art. 147 del Código penal, que en la definición de la lesión exige que ésta requiera siempre para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico "además de" una primera asistencia

---

<sup>445</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 856 y 857, citando la larga lista de autores que entienden que es de mera actividad frente a los poquísimos que la conciben como de resultado material.

<sup>446</sup> GRACIA MARTÍN señala que las faltas tales como patadas o empujones sin mayor resultado lesivo contra la salud deben castigarse, o bien como vejaciones, o bien por la vía civil como responsabilidad extracontractual del art. 1902 del vigente Código civil, vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 859 y 861. Mas restrictiva todavía resultaba la propuesta de TAMARIT SUMALLA antes de 1995, al solicitar incluso su relegación a la vía administrativa, por más que paralelamente reclamara al mismo tiempo la creación de un delito de

facultativa. En consonancia con lo anterior, se ha de entender, según los anteriores autores, que la característica específica que define a una lesión como resultado típico de lesiones es la exigencia de una asistencia facultativa. De lo contrario, la referencia a la primera asistencia en el art. 147 resultaría superflua<sup>447</sup>. Estos dos aspectos junto con la circunstancia de que la falta de maltrato aparezca regulada en el precepto de la falta de lesiones como una prolongación de las mismas<sup>448</sup>, son los argumentos en los que GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS fundamentan su planteamiento.

Pues bien, si se quiere, dicho bloque puede ser contestado en cada uno de los argumentos que lo forman. Para empezar, el argumento histórico es rebatible desde él mismo. Basta con acudir, dentro de esa evolución, al proyecto del 94, posterior a la reforma del 89, y por esa misma razón, documento más valioso de cara a la interpretación del Código vigente. El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 26 de septiembre de 1994 resulta clave en la medida en que deja entrever con neta claridad la intención del legislador en el sentido de diferenciar la falta de lesiones de la falta de malos tratos. En este proyecto se distinguía, dentro de la falta

---

malos tratos, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág.92.

<sup>447</sup> GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 860-861.

de lesiones del art. 608, entre la lesión que exigía para su sanidad sólo de una primera asistencia facultativa, castigada con una pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses y la lesión que no la precisare, sancionada con una pena de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de quince a treinta días. No obstante, a continuación se mantenía el castigo del mero golpe o maltrato de obra sin causar lesión, si bien con una pena sensiblemente inferior, esto es, con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Esta progresiva graduación y, sobre todo, el mantenimiento del castigo del simple "maltrato de obra" en el segundo párrafo del precepto, pese a la inclusión en el primero de dos clases distintas de lesiones según su curación exija o no de una primera asistencia facultativa, deben conducirnos a la conclusión de que el legislador pretendía castigar los malos tratos de forma autónoma, como una conducta anterior, pero sobre todo distinta, a la de las lesiones. Asimismo, mientras que "la necesidad objetiva de tratamiento médico o quirúrgico" debe ser el criterio básico para distinguir el delito de la falta de lesiones, tal y como establece el vigente art. 147.1, "la necesidad de una primera asistencia facultativa" solo se ha de barajar, en cambio, como un posible criterio para graduar

---

<sup>448</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, I: Comentarios..., cit., pág.854.

la gravedad de las dos clases de lesiones comprendidas en la falta del art. 617.1, y nunca para distinguir aquéllas de la falta de malos tratos del art. 617.2.

Si acudimos a la discusión parlamentaria, en los diarios de sesiones, puede observarse cómo la redacción del art. 671.1 del Proyecto encontró siempre la oposición del grupo parlamentario popular, que incomprensiblemente quería volver al texto de la reforma del 89, para evitar lo que a su juicio suponía un casuismo desaconsejable, y porque su propuesta la consideraban más descriptiva y menos confusa. Lo cierto es que cuando uno tiene la oportunidad de atender a esa redacción, irremediablemente cae en la cuenta de que, lejos de aclarar, aquélla sólo hubiera venido a complicar el ya de por sí intrincado panorama de las faltas contra la integridad física de las personas que conoce nuestro ordenamiento<sup>449</sup>. El hecho de que no se aprobara el texto del

---

<sup>449</sup> En esa dirección se formuló la acertada respuesta del diputado del grupo socialista GALÁN PEREZ. El grupo popular formuló primero la enmienda número 563 al Congreso, y con el mismo contenido, la enmienda número 752 al Senado, proponiendo la siguiente redacción del actual art. 617.1: "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro lesión que no requiera para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de quince a treinta días", y aportando la siguiente justificación: la de evitar problemas interpretativos y no existir una diferencia en orden a la gravedad que justifique la distinción del texto del proyecto. De la larga pero parca discusión que acompañó durante todo el trámite parlamentario al actual contenido del art. 617.1 cabe destacar lo siguiente: la insistencia del grupo popular por volver a la redacción de la reforma de 1989 con los inconvenientes que ello suponía de dejar huecos de protección las lesiones que ni siquiera exigieran de una primera asistencia facultativa (B.O.C.G., Debate en la Comisión de Justicia, Sesión del día 11 de Octubre de 1995, Núm.227, pág.2223); la intervención de la señora DEL CAMPO CASASUS acogiendo como buena la

94 en su integridad no significa que al final se terminaran aceptando los postulados de la que entonces era oposición, ya que de haber sido así se habría incluido íntegra su propuesta. Antes bien, parece que la redacción definitiva del precepto obedeció al objetivo primordial de lograr una más sencilla tipificación de las faltas y de los delitos de lesiones. Lo cual explica que se mantuviera la residual definición de la falta por estricta exclusión de la señalada al delito y que, sin embargo, no se incluyera la distinción de las lesiones en función de que su curación necesitara o no de una primera asistencia facultativa, dada la dificultad de llevar a la práctica dicho criterio. De manera que lejos de reconducir el castigo de los menoscabos de la salud que no requiriesen asistencia facultativa al segundo párrafo lo que, a mi juicio, pretendió el legislador fue unificar todas las lesiones (todos los supuestos de alteración de la salud) en el primer párrafo, para castigar por el segundo los simples malos tratos de obra o golpes no constitutivos de lesión, al no haberse traducido en un daño contra la salud en su faceta más

---

idea de unificar por parte del grupo popular el castigo de las faltas de lesiones cuando, en realidad, aquélla lo que perseguía era más bien seleccionar, castigando únicamente las que eran más graves (B.O.C.G, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, V Legislatura, Núm. 519, Sesión núm. 68, 8 de Junio de 1995, pag. 1103); y finalmente la acertada respuesta a FERNÁNDEZ AGUILAR de PÉREZ GALÁN dejando claro que su propuesta sólo añadía confusión (B.O.C.G., Debate en la Comisión de Justicia, Sesión del día 11 de Octubre de 1995, Núm.227, pág.2224).

elemental, esto es, en un menoscabo apreciable de su integridad física.

Debe unirse a los anteriores el argumento que en su día señaló QUINTERO OLIVARES acerca de las consecuencias más represivas que trajo consigo la reforma de 1989. En efecto, según el autor, la reforma vino a significar en materia de lesiones un aumento represivo que se tradujo en el castigo como delitos de muchas lesiones que hasta la fecha habían sido consideradas faltas, y ello porque el legislador prefirió, de acuerdo con una política represora de la violencia, abrir el concepto de lesión, pero no sólo del delito sino también de la falta que pasó desde ese momento a absorber lo que hasta entonces no hubiera podido pasar de maltrato o violencia física<sup>450</sup>.

Pero, sobre todo, lo que nos debe hacer decantar por el planteamiento tradicional es el argumento gramatical acompañado, si se quiere, de un argumento sistemático. Argumento gramatical consistente en poner de manifiesto que tal interpretación es mas respetuosa con el tenor literal del 617.2, que habla de golpear o maltratar sin causar lesión (sin causar resultado lesivo contra la salud), frente al causar lesión (causar resultado lesivo contra la

---

<sup>450</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: "La reforma...", cit., págs. 921 y 943. No obstante, cfr. TAMARIT SUMALLA que alude a la línea iniciada por la reforma de 1989 en el sentido de discriminalización de las faltas, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma..., cit., pág. 92.



salud) del art. 617.1. El argumento sistemático, por su parte, iría dirigido a resaltar la incoherencia que resulta de castigar los golpes o maltratos de obra junto a las vejaciones injustas de carácter leve, siendo que parece claro que cuando el legislador redactó las dos faltas estaba pensando en proteger dos parcelas distintas de la personalidad humana: en el art. 617.2 su faceta física y en el 620.2 su sustrato psíquico.

Por último, desde un punto de vista de técnica legal, parece más apropiado que exista una falta y un delito de lesiones, que no, dos faltas de lesiones. El art. 617.1, abandonando redacciones anteriores, se limita a describir el contenido de la falta por estricta exclusión de la citada definición fijada para el delito, convirtiéndose así en un tipo residual de las lesiones que por su gravedad no encajen dentro de las coordenadas del delito. De esta forma, encuentran castigo supuestos que de seguir el otro planteamiento no tendrían cabida dentro del marco jurídico-penal y que, sin embargo, constituyen un interés digno de aquella protección. Me estoy refiriendo a lesiones psíquicas que no necesitando de una primera asistencia facultativa tampoco traigan causa de una previa agresión corporal<sup>451</sup>.

---

<sup>451</sup> Aunque en este último caso probablemente se entendería el maltrato de obra en sentido amplio dudo mucho de que esa amplitud fuera de tal

En suma, el castigo señalado en el art. 617.2 a los golpes, patadas, zarandeos, empujones etc., sin resultado de lesión, podrá ser objeto de mayores o menores críticas, bien porque se entienda excesivo desde el punto de vista del principio de intervención mínima o principio de proporcionalidad, o bien porque, yendo más allá de incurrir en una vulneración de esos principios, se considere tan insignificante el contenido de injusto que aquél sanciona, que se abogue incluso por la despenalización de la conducta descrita. Pero de ahí a mantener una interpretación forzada del tenor literal del precepto que no está lo suficientemente fundamentada media una gran distancia. La falta de fundamento se desprende, a mi juicio, de la ya comentada laguna punitiva que se genera respecto a las lesiones psíquicas de carácter leve que no hayan sido producidas mediante un golpe o un maltrato de obra así como, sobre todo, de la existencia de una conducta, la descrita en el art. 617.2, portadora de un injusto específico lo suficientemente grave como para requerir la

---

envergadura que abarcara incluso los maltratos de palabra, desde siempre contrapuestos a los maltrato de obra, que serían precisamente los que quedarían fuera, huelgos de cualquier protección penal. Es cierto que podemos estar hablando de alteraciones mentales muy difíciles de apreciar pero no por eso debemos aceptar que éstas queden protegidas cuando se hayan causado mediante un golpe o un maltrato de obra pero sin protección cuando el medio comisivo es distinto. La solución sería castigarlas por el 620.2 pero no alcanzo a adivinar a cuál de las cuatro conductas que regula dicho precepto podrían reconducirse las lesiones psíquicas de carácter leve, cercionadoras, como se ha dicho, del bien jurídico salud.

intervención del *ius puniendi*, injusto consistente en el quebrantamiento del derecho de toda persona a no ser molestado en su propio cuerpo, en el sentido de no experimentar ninguna sensación de dolor físico, y en último extremo, injusto cifrado en el peligro que, en general, representa tal medio comisivo respecto de otros bienes jurídicos personales de la víctima que podrían resultar posteriormente lesionados (piénsese en todas aquellos delitos o faltas susceptibles de ser cometidos a partir de un maltrato de obra corporal: lesiones, coacciones, detenciones ilegales, agresiones sexuales etc.). El legislador habría decidido adelantar la barrera de punición antes de que tales resultados se produjeran, proceder que lejos de significar una extralimitación de sus funciones, estaría respaldado por la especial relevancia de los intereses jurídicos puestos en juego.<sup>452</sup>

Como corolario de todo lo anterior se impone pues una configuración del contenido de la falta de malos tratos del art. 617.2 acorde con la posición que aquí se mantiene, esto es, concibiéndola como una agresión periférica de la lesión y no como una falta más de lesiones.

---

<sup>452</sup> QUINTERO OLIVARES señala al respecto que son razones de prevención general las que justifican que el legislador se haya preocupado de castigar la conducta agresiva «en si misma» considerada como algo más importante incluso que su resultado, vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de...", cit., pág. 921. Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B.: "El tipo básico...", cit., pág. 236.

Finalmente, antes de pasar a analizar los problemas que plantea la violencia psíquica conviene, con vistas a posibles propuestas de *lege ferenda* -y atendiendo a uno de los argumentos esgrimidos por GRACIA MARTÍN a favor de su construcción- cerrar este apartado criticando la circunstancia de que el Código penal vigente regule conjuntamente en un mismo precepto, aunque en párrafos diferentes, la falta de lesión y la falta de malos tratos, siendo que un tratamiento en números distintos seguro ayudaría a establecer una frontera más clara entre ambas figuras.

### **1.2. La violencia psíquica**

Muchos más problemas suscita la determinación de aquello que debe entenderse por "ejercicio de violencia psíquica", término indudablemente más impreciso y elástico que el de "violencia física". CORTÉS BECHIARELLI, por ejemplo, ha dicho de él que se trata de un término resbaladizo hasta el hartazgo<sup>453</sup>, mientras que la enmienda núm.2, formulada ante el Congreso por el Grupo Parlamentario Vasco, con ocasión de la tramitación de la Ley Orgánica 14/99 de 9 de Junio, pretendía la sustitución de dicha expresión por entender "que ésta era sumamente ambigua e impropia de la precisión que exige la descripción

de una conducta en un tipo penal"<sup>454</sup>.

No obstante, una pista determinante acerca de la significación de dicha fórmula nos la ha brindado el legislador con la reforma del 99 al haber incorporado a la falta del art.620 un inciso prácticamente idéntico al contenido en el art. 617.2: "cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que refiere el art. 153, la pena será la de arresto de dos o cuatro fines de semana o de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar...". Con todo, mayor seguridad jurídica hubiera reportado, como ya se ha indicado *supra*, la inclusión en el precepto, junto a esta novedosa expresión, de una definición concreta y tasada de la misma, o mejor, la utilización de otra terminología más asentada en nuestro derecho para identificar a la denominada violencia psíquica.

### **1.2.1. Definiciones doctrinales de la "violencia psíquica"**

Esfuerzos por parte de la dogmática penal a la hora de

---

<sup>453</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E: El delito de..., cit., pág.53.

<sup>454</sup> Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm.150-6, 23 de Febrero de 1999, pág. 18.

reclamar una definición legal o de aportar posibles definiciones doctrinales de la "violencia psíquica" no se han echado en falta. Respecto a lo primero, CORTÉS BECHIARELLI viene afirmando que sin esa definición está seriamente comprometida la seguridad jurídica, mucho más cuando se trata de un concepto nuevo, por lo que la incorporación de dicho término debiera haber venido precedida de un debate técnico riguroso sin perjuicio del mayor tiempo que para ello se hubiera requerido<sup>455</sup>. En cuanto a lo segundo, el mismo autor afirma que "la violencia podrá ser calificada como psíquica cuando produzca menoscabo de la salud mental del sujeto pasivo; es decir, cuando se utilicen medios, actuaciones u omisiones idóneas para provocar dicha merma en el equilibrio mental del agredido"<sup>456</sup> Por el contrario, GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO definen el maltrato psíquico como "actos de acometimiento (conductas verbales y de obra) que, sin incidir en el cuerpo del afectado, inciden en su psiquis poniendo en peligro directamente su salud mental"<sup>457</sup>. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, a su vez, identifica la violencia psíquica con la *vis compulsiva*, frente a la violencia

---

<sup>455</sup> Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 53. También llegando a la misma conclusión de la necesidad de que se defina el término por la dificultad de darle un contenido vid. CUADRADO RUIZ, M.A./REQUEJO, C.: "El delito de...", cit., pág. 4.

<sup>456</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., págs. 56 y 61.

<sup>457</sup> Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P/DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 33.

física que se identificaría con la *vis absoluta*, y dejando fuera de ese concepto, por esa misma razón, los atentados contra el honor<sup>458</sup>. Finalmente, BENÍTEZ ORTÚZAR, partiendo igualmente de la identificación de la violencia psíquica con la intimidación termina afirmando, sin embargo, que aquélla comprende un campo más amplio de conductas, esto es, todas las tipologías de conductas violentas no abarcables por la violencia física que puedan ser susceptibles de originar un peligro para la salud psíquica o mental de la víctima maltratada<sup>459</sup>.

### **1.2.2. Crítica y toma de postura**

Las definiciones arriba expuestas resumen las distintas posibilidades con las que cuenta el intérprete a la hora de enfrentarse al término violencia psíquica: cabe definirla, por un lado, desde la perspectiva del resultado causado; cabe también atender en su definición al medio comisivo; y cabe, finalmente, situarse o recoger ambos planos.

Pues bien, de estas tres soluciones, la que más acertada resulta, desde mi punto de vista, es aquella que

---

<sup>458</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit., pág. 210.

<sup>459</sup> BENITEZ ORTÚZAR I.: "La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código penal en materia de violencia doméstica", en Estudios

intenta comprender el concepto de violencia psíquica desde la perspectiva del medio, esto es, entendiendo la misma como un medio comisivo. Dicha perspectiva, aunque es tomada en consideración por la mayoría de las definiciones expuestas, excepción hecha de formulada por CORTÉS BECHIARELLI, no acaba, sin embargo, de conducir a los distintos autores que la mantienen, a la que considero debe ser la forma más adecuada de entender la violencia psíquica, en atención al hoy convaliente principio de intervención mínima así como al principio de certeza, y sin resolver la tensión que en ocasiones surge entre estos dos principios, como consecuencia de la ambigüedades de la ley, en favor de ninguno de ellos con carácter exclusivo.

La definición de violencia psíquica de CORTÉS BECHIARELLI, entiendo, debe ser de inmediato descartada porque, precisamente por atender al plano del resultado, el autor confunde lo que es violencia psíquica con lo que es lesión psíquica. En efecto, me atrevo a pensar que dicho autor se equivoca cuando señala que "lo que es psíquica no es la violencia sino el resultado lesivo que afecta a la salud mental del sujeto pasivo"<sup>460</sup>. La identificación de "violencia psíquica" con lesión psíquica<sup>461</sup>, no responde a

---

penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002, págs. 189 y ss.

<sup>460</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 54.

<sup>461</sup> De hecho llega a proponer la sustitución terminológica en el sentido indicado, *ibidem*. Pág. 61.



la finalidad que, a mi juicio, se perseguía con la incorporación de dicha expresión al precepto. Dos son las razones que me inducen a pensar así: por un lado, que la salud mental, a través de la figura de lesiones psíquicas, gozara ya de una protección suficiente en el Código penal a través de los arts. 147 y 617.1, sin que existiera en ese sentido una laguna punitiva al respecto; y por otro lado, que la naturaleza de las lesiones no llegue a encajar con la del delito de violencia doméstica, siendo lo normal que las lesiones psíquicas, caso de que lleguen a producirse, acontezcan más con carácter global, como consecuencia de ese maltrato habitual, que no de forma dosificada o reiterada. El legislador tenía, por tanto, que estar pensando en otra clase de conductas, semejantes a las del maltrato físico en cuanto que portadoras, individualmente consideradas, de un injusto insignificante en comparación con el que resultaría, sin embargo, si las mismas llegaran a producirse reiteradamente. Conductas, en definitiva, recogidas en el art. 620.2. Lo dicho viene refrendado por el hecho de que la reforma del 99 no haya incluido junto a las lesiones un inciso similar al que sí ha incorporado tanto en el artículo 617.2 como en el 620.2, al objeto de conectar aquellas con el art. 153.

La definición propuesta por GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, si bien supone el acierto de dar entrada en la

misma a una acotación de los medios comisivos susceptibles de causar esa clase de violencia, al entenderla como un acto de acometimiento que incide en la psiquis de la víctima, yerra, a mi juicio, desde el momento en que se decide completar aquélla con una referencia al resultado o bien jurídico protegido, por entender que tales medios: la intimidación y el maltrato de obra, deben poner en peligro la salud mental del sujeto. En efecto, como ya me referí, al tratar del maltrato de obra, se ha de rechazar toda definición que pretenda definir el medio comisivo de un delito en función de su susceptibilidad o capacidad para dañar el bien jurídico protegido por dicho delito, en la medida en que ello no puede nunca proporcionar seguridad jurídica ni acotar con claridad los perfiles del medio, sino todo lo contrario. Decir que la violencia psíquica puede consistir en todo maltrato verbal y de obra que, incidiendo sobre la psique, ponga en peligro la salud mental del sujeto no es decir mucho ni tampoco decir acertadamente. No es decir mucho porque lo manifestado no ayuda a acotar el significado exacto del medio comisivo de la violencia psíquica: habrá que ver en cada caso si el juez entiende que un determinado maltrato verbal o de obra pone en peligro o no la salud mental del sujeto, pudiendo variar tal consideración según cuales sean las circunstancias concretas de cada caso, pero es que además

no es decir acertadamente porque la salud mental no es el bien jurídico protegido por el precepto y mucho menos su mera puesta en peligro.

Por lo que respecta a la acotación de medios que realizan las autoras citadas, considero, asimismo, que aquélla deviene demasiado amplia al incluir dentro de la misma los acometimientos de la psique consistentes en maltratos de obra tales como la rotura de objetos o el golpeo de puertas.

Por lo que toca a la definición propuesta por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, no puedo más que compartir su forma de ver la violencia psíquica como un medio comisivo, esto es, como *vis compulsiva* o intimidación. Sin embargo, a su visión cabe objetar ser demasiado estricta, por un lado, y, a la vez, demasiado flexible, por otro. La autora es demasiado estricta porque excluye de la violencia psíquica los atentados al honor<sup>462</sup> y demasiado flexible, sin embargo, porque considera aconsejable incluir los supuestos de *vis in rebus*, aceptando que tenga que ser el Tribunal Supremo el que delimite el alcance del ejercicio de la violencia psíquica en cada caso.

---

<sup>462</sup> Repárese en cómo esta referencia a las injurias supone situarse en la perspectiva del resultado y abandonar el del medio comisivo. Vid. en el mismo sentido que la autora, OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., pág. 88: "los meros insultos o injurias, cuya persecución sigue siendo privada no pueden por muy reiteradas que sean integrar por sí mismas la conducta típica so pena de ampliar desmesuradamente el ya de por sí impreciso concepto de violencia psíquica".

Finalmente, la definición de BENÍTEZ ORTÚZAR acaba incurriendo en el mismo error que la de DEL CARPIO DELGADO/GARCÍA ÁLVAREZ, al utilizar como correctivo de la amplitud de conductas que caben en dicho concepto el que dichas conductas puedan o no suponer un peligro contra la salud mental de la víctima. En concreto, el autor es partidario de un amplio concepto de violencia psíquica en el que, por dar cabida a tantas modalidades comisivas: coacción moral, amenaza, intimidación, presión psicológica que atemoriza y perturba la tranquilidad y seguridad de la víctima, humillaciones, vejaciones, insultos y menosprecios..., no es posible dar una definición concreta de la misma, siendo únicamente posible excluir del concepto aquellas que no presentan ni el más remoto peligro a la salud mental del sujeto pasivo, como, por ejemplo, las que sean simplemente reflejo del deterioro de la convivencia conyugal o las que originen en el otro, tan sólo, un desfase emocional<sup>463</sup>.

La definición de este último autor debe, en consecuencia, también quedar descartada por su excesiva amplitud así como por su incapacidad de ofrecer una interpretación, aunque amplia, estricta o rigurosa desde un punto de vista jurídico pues, al igual que alguna de las anteriores, termina dejando al juez que sea él quien fije

---

<sup>463</sup> Cfr: BENITEZ ORTUZAR, I.: "La violencia psíquica...", cit., pág.193 y ss.

los perfiles de la violencia psíquica en cada caso, atendiendo además a un criterio erróneo cual es el de la puesta en peligro de la salud mental del sujeto que dicha conducta debe representar.

***Excursus acerca de las dos utilizaciones del término violencia por el Código penal***

Según entiendo, el legislador ha tratado esa misma violencia que en el art. 153 adjetiva de "física o psíquica", desde dos planos o perspectivas distintas. En la redacción del art. 617.2 la conducta está descrita y configurada desde el sujeto activo, contemplándose la violencia como un medio comisivo dinámico o, si se quiere, en cuanto que "desvalor de conducta". En el art. 620.2 el plano en el que se mueve el intérprete está mucho más cerca del "desvalor de resultado" en la medida en que no se atiende a la violencia psíquica como medio comisivo sino en cuanto objeto dañado, esfera o sustrato concreto del sujeto pasivo que resulta menoscabado con la acción violenta.

Estos dos artículos constituyen el más claro exponente de las dos acepciones que del término "violencia" - entiendo- utiliza el legislador a lo largo del Código penal. Por un lado, *violencia en sentido estricto*, como medio comisivo para lesionar otro bien jurídico, aunque ya digno de protección en si mismo considerado a través del art. 617.2 Cp y a la que el legislador normalmente se

refiere sin adjetivarla: es la violencia de las coacciones, de la agresión sexual, del robo violento, de la mayoría de las lesiones etc. Caracterizada en todo caso por su dinámico carácter físico o corporal. Por otro lado, *violencia en sentido genérico*, como resultado lesivo estático que englobaría dentro de sí no sólo a la violencia física como medio comisivo sino también a la intimidación, a la fuerza en las cosas, al maltrato verbal, narcosis, hipnosis, técnicas sofrológicas y, en general, a cualesquiera otros medios comisivos, siempre y cuando aquéllos sean capaces de producir un menoscabo en las personas (art. 510 del Código penal) o un daño en las personas o en las cosas (art. 514.3 del Código penal)<sup>464</sup>.

Dicho esquema coincide bastante con el formulado recientemente por SÁNCHEZ TOMÁS en su prolija monografía dedicada al estudio de "La violencia en el Derecho penal". El citado autor realiza en dicha obra un análisis comparado de todos los delitos violentos (hasta un número de 39) que contempla actualmente nuestro vigente Código penal, para ver si es posible extraer del mismo un concepto unívoco del elemento violencia que valga para todos ellos. La conclusión a la que llega el autor es que existen dos

---

<sup>464</sup> Para saber cuándo la violencia está siendo empleada por el legislador en sentido estricto y cuándo en sentido amplio habrá que atender al caso concreto, esto es, al contexto de la proposición normativa de que se trate.

grandes grupos de delitos violentos: aquéllos en los que la violencia es medio comisivo, que se caracterizan por lesionar además del libre ejercicio de la voluntad, otro bien jurídico personal, pues aquí incluye no sólo la fuerza física sobre las personas sino también el uso de medios químicos, esto es, la narcosis, y el uso de medios psíquicos como la hipnosis y las técnicas sofrológicas (son las coacciones cualificadas y con fin trascendente), y aquellos otros en los que se entiende la violencia como fin en si mismo, cuyo fundamento común es la lesión de la indemnidad del sujeto pasivo, y en el que incluye el art. 153. De donde la única definición posible de un concepto unívoco de violencia que se puede formular compatible con esos dos grupos es, según el citado autor, la de "conducta constitutiva autónomamente de un delito de lesión de un bien jurídico eminentemente personal"<sup>465</sup>. La coincidencia entre este planteamiento y el que aquí se propone obviamente sólo puede afirmarse parcial. Para empezar en la intención de este trabajo no se halla la pretensión de formular un concepto unívoco de violencia aunque sí la de determinar las dos acepciones que puede revestir la violencia según ésta se contemple como medio comisivo o como resultado causado. Por otro lado, en virtud del

---

<sup>465</sup> Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: La violencia en el Derecho Penal, Barcelona, 1999, págs. 507-510 en las que el autor resume sus

planteamiento aquí sostenido, el único supuesto de "violencia como fin en si misma" estaría constituido por el maltrato corporal del art. 617.2, y no por los cinco casos que enumera el autor, entre los que incluye el art. 153<sup>466</sup>. Finalmente, la fuerza física sí debe, a mi juicio, ser considerada como una propiedad intensional del concepto violencia, que en consecuencia no dará cabida al uso de medios químicos o psíquicos. La solución a una posible impunidad de estos supuestos sólo puede estar, a mi modo de ver, en una tipificación expresa de tales medios cuando sea necesario o, en el peor de los casos, en una utilización del término desde la perspectiva del resultado, siempre más imprecisa que la del medio comisivo<sup>467</sup>.

---

conclusiones.

<sup>466</sup>Junto al delito de violencia habitual sobre parientes del art. 153, el autor cataloga dentro de los delitos violentos en los que la violencia no aparece referida a su entidad como medio comisivo o instrumental que permita o facilite la lesión de algún bien jurídico, sino al mero ejercicio de esa violencia sin finalidad ulterior, los siguientes: provocación a la violencia discriminatoria del art. 510, asociaciones ilícitas por promoción de la violencia del art. 515.5, realización de actos de violencia en manifestaciones del art. 514.3, atentado (arts 550 y 554) y el ejercicio de violencia sobre personal sanitario o de socorro en caso de conflicto armado contemplado en el art. 612.2. Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: La violencia en..., cit., pág. 123.

<sup>467</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 469. En nuestro esquema la violencia con fin en si misma puede no pasar de ahí (art. 617.2) o puede convertirse en medio comisivo de la lesión de otro bien jurídico, pero, en todo caso, estaremos hablando de una lesión de la incolumidad corporal. Lesión que en su caso quedará absorbida por la que se produzca a partir de aquélla, salvo que la ley diga otra cosa. Así que lo habitual es que el desvalor del medio esté ya contemplado en la infracción final. Baste poner como ejemplo el del delito de robo con violencia, cuya cláusula concursal obliga a castigar por separado todo lo que exceda de ese maltrato corporal, esto es, cualquier resultado de lesiones, sea falta o delito. La única excepción a lo dicho viene representada precisamente por el precepto que ocupa esta investigación, y desde que la reforma de 1999 decidió cambiar la redacción de su cláusula



Sentado todo lo anterior, es posible extraer las siguientes conclusiones: que la violencia psíquica debe ser definida desde el punto de vista del medio comisivo; que una pista de lo que puede significar nos la brinda la cláusula final del art. 620.2; que las definiciones que hacen referencia al resultado para acotar los medios comisivos suelen recurrir a la susceptibilidad de dichos medios para causar un peligro contra el bien jurídico protegido por el delito, lo cual es un error; que no puede entenderse como violencia en sentido genérico al venir contrapuesta a la violencia física; y que a diferencia de lo que sucede con la violencia física no existe una falta que castigue el mero acometimiento psíquico a no ser que este cause, como mínimo, una injuria, coacción, amenaza o vejación injusta de carácter leve.

A partir de estas premisas, y sobre todo de la idea de que la violencia psíquica debe concebirse de forma pareja a como se viene concibiendo la violencia física y no al revés, esto es, entendiendo que el legislador no ha querido cambiar el enfoque con el que deben tratarse tanto una como otra, para atender ahora, en lugar de al plano del medio comisivo, al del resultado causado, es de donde deduzco que

---

concurral. Lo dicho nos conduce -en la medida en que entendemos que la violencia como medio coincide con el maltrato corporal del art. 617.2- a la conclusión de que la fuerza física sí debe ser una característica propia del concepto violencia.

el siguiente paso, dentro de este proceso de averiguación del significado y sentido de la violencia psíquica, no puede ser otro que el de situarse en el ámbito del art. 620.2 del Código penal. Es este precepto el que nos va a decir qué hay que entender por violencia psíquica. Sin embargo, tal información no va a ser fácil de extraer, o al menos, tan fácil como nos ha resultado obtener la misma respecto al concepto de violencia física al ponerlo en relación con el art. 617.2 Cp. Y ello porque, como ya se ha dicho, el art. 620.2, no está como aquél, redactado desde un punto de vista dinámico, del sujeto activo o del medio comisivo, sino que viene formulado atendiendo a la perspectiva del resultado causado. Lo dicho, sin embargo, no impide a que podamos intentar mirar dicho precepto desde el lado de los medios comisivos que admite la redacción del mismo. Pues bien, en ausencia de una declaración expresa que haga referencia a cuáles pueden ser los medios comisivos permitidos por el art. 620.2, habría que concluir que el precepto acoge todos los medios posibles: violencia, intimidación, insulto, menosprecio, hipnosis, etc.

Esta interpretación no nos serviría todavía para integrar el concepto de violencia psíquica, por cuanto no sería diferente a la violencia física como medio comisivo. ¿Qué medios entonces, de los que caben en el art. 620.2, deben ser los escogidos para perfilar el concepto que nos

ocupa? A mi juicio, sólo aquellos que más comúnmente sirven para cometer las distintas infracciones que contiene el precepto, esto es: la intimidación respecto a las amenazas, el insulto respecto a las injurias y el menosprecio respecto a las vejaciones. Sobre esta restricción aun creo que se debe hacer otra mayor, en respuesta a los principios de ofensividad e intervención mínima: aquélla en virtud de la cual sólo deben ser escogidos los medios comisivos mencionados que hayan sido realizados a través de la palabra, o como mucho, el gesto, siempre que este último sea capaz de transmitir mensajes con la misma eficacia que aquélla.

En resumen, la violencia psíquica debe concebirse fundamentalmente como maltrato verbal o de palabra<sup>468</sup>. Tal restricción no es, por otra parte, arbitraria en el sentido de inventada si echamos un vistazo hacia nuestra historia codificadora<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> En esta dirección se encaminaron las dos enmiendas que durante la tramitación de la ley 14/99 de 9 de junio se formularon en el congreso con ánimo de eliminar la expresión "violencia psíquica". La número 2, del grupo parlamentario vasco, proponía la sustitución de la fórmula "violencia física o psíquica" por la ya clásica en nuestro derecho de "violencia o intimidación". La número 40 del grupo parlamentario socialista, se inclinaba por el empleo de la cláusula "trato vejatorio o degradante" para poder concretar que debe entenderse por maltrato psíquico. En mi opinión, como bien advierte BECHIARELLI, ninguna de estas propuestas es satisfactoria. Ambas se quedan cortas al centrarse en una sola de las conductas que se supone quieren protegerse con la inclusión del nuevo término: o bien las amenazas, o bien las vejaciones, además de que la fórmula "trato degradante" es igual de rechazable por vaga e imprecisa. Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., págs. 50 y 53.

<sup>469</sup> Vid. evolución histórica del delito en el Capítulo I, apéndice III, 429

Es cierto, que el núcleo importante de este maltrato verbal va a estar compuesto por la intimidación. Sin embargo, el legislador ha tenido que querer decir algo más que intimidación, porque de lo contrario, no habría tenido más problema que utilizar dicha terminología en el art. 153 del Código penal. En definitiva, el legislador ha querido decir algo más que intimidación, pero no ha querido decir tanto, a mi juicio, como cualquier conducta susceptible de causar un daño o un peligro en la psique del sujeto, ni, por supuesto tan poco como aquella violencia causada exclusivamente a través de medios comisivos psíquicos como la hipnosis y las técnicas sofrológicas. Se trata, en suma, de tipificar como medios comisivos del delito de violencia doméstica, junto a la violencia física, a la intimidación, el insulto, la descalificación y el menosprecio, causados a la víctima verbal y, a veces, gestualmente, y siempre que aquéllos representen una falta contra la libertad en cuanto libre formación de la voluntad (en las amenazas), contra el honor (en las injurias) o contra la integridad moral (en las vejaciones) del sujeto pasivo, dignas de ser castigadas por sí mismas o individualmente consideradas<sup>470</sup>.

Como se observa, esta forma de entender la violencia

---

titulado Proyectos y Reformas.

<sup>470</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, quien entiende que la identificación debe hacerse sólo con la vejación porque si no un concepto de por sí etéreo, por amplio, va a perder toda autonomía, al considerarse un

psíquica resulta doblemente restrictiva en cuanto que, además de entenderla como medio comisivo susceptible de causar alguna de las conductas que menciona el art. 620.2, opera una especial restricción al exigir que, en virtud del principio de intervención mínima, se trate de una conducta realizada a través del gesto y la palabra, quedando fuera tanto los supuestos de *vis in rebus* como el maltrato de obra, por razones de insignificancia y vaguedad<sup>471</sup>.

Por lo que respecta a la discutida inclusión de las injurias no veo inconveniente en su consideración de acto de violencia psíquica integrante de la habitualidad del delito de violencia doméstica, si bien es cierto que con éstas y, en general, con todo maltrato verbal, el juez tendrá que ser mucho más riguroso<sup>472</sup>, por ser precisamente el ámbito familiar el lugar donde la realización de injurias o menosprecios debe quedar hasta cierto punto justificado: cuando ambas sean vertidas en una y otra dirección como consecuencia de discusiones o bien cuando, por ejemplo, sean fruto de un nivel cultural bajo. Dejarán de tolerarse y entrarán en el campo de las violencias

---

mero cajón de sastre, vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 82.

<sup>471</sup> Los supuestos de *vis in rebus* tales como roturas de objetos para causar dolor en el otro, así como las llamadas telefónicas persistentes sin pronunciar palabra, quedarán según la definición propuesta fuera del ámbito de aplicación del delito del art. 153 fundamentalmente por su insignificancia, a salvo, claro está, de que se pueda reconducir su castigo a algún otro precepto del Cp.

<sup>472</sup> En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de violencia

psíquicas cuando, excediendo de lo que puede considerarse normal, en un ámbito familiar común, las descalificaciones o menosprecios se viertan, además de reiterada o constantemente, siempre en la misma dirección.

La rigurosidad de la que venimos hablando debería, a mi juicio, plasmarse especialmente dentro del ámbito de la discrecionalidad que posee el juez a la hora de aplicar o no el delito del art. 153, una vez ha comprobado que como mínimo existen tres actos de violencia, y que por tanto, la conducta es habitual, pues a partir de ahí ya dijimos que el juez podía exigir más o menos actos de violencia en función, sobre todo, de la entidad de los mismos así como su capacidad para suponer una lesión de la integridad moral del sujeto pasivo.

### **1.2.3. Definición que se propone en el presente trabajo**

Sentado todo lo anterior, cabe establecer la siguiente definición de "violencia psíquica": "intimidación, insulto, descalificación o menosprecio, realizados verbal o gestualmente que causen en la víctima una injuria, coacción, amenaza o vejación injusta de carácter leve"<sup>473</sup>.

---

habitual...", cit., pág. 326.

<sup>473</sup> La razón por la que se incluye el gesto es porque entiendo ambas equiparables desde el punto de vista del desvalor de acción, por cuanto lo mismo se puede decir a través de la palabra que de un gesto,

La exclusión en esta fórmula de las coacciones o de las vejaciones causadas mediante maltrato corporal, abarcadas ambas por el ámbito de aplicación del art. 620.2, no nos debe extrañar en la medida en que se trata de interpretar los términos violencia física y violencia psíquica desde la perspectiva del medio comisivo y no del resultado causado, por lo que ambas conductas vienen castigadas en el art. 153 a través del término violencia física y no a través del término violencia psíquica.

### **1.3. Breve propuesta de lege ferenda**

En mi opinión, los enconados esfuerzos que se han de realizar para defender una interpretación coherente y restrictiva, además de plenamente respetuosa con el principio de legalidad, del art. 153 en cuanto al elemento relativo al ejercicio de violencia se refiere, y tras la inclusión en el mismo de la violencia psíquica, aconsejan una pronta modificación de la redacción de dicho precepto con vistas a limitar la conducta típica desde la perspectiva del medio comisivo en la forma vista. Dicha pretensión entiendo que se vería enteramente satisfecha

---

y sin que dicha equiparación se considere trasladable al mero silencio por cuanto, por más que éste sea también capaz de transmitir un mensaje al otro, queda siempre en el arcano de lo más íntimo del ser humano siendo de suyo tan inescrutable como interpretable.

mediante la utilización de los términos maltrato corporal y maltrato verbal, que son los que se proponen. Y aunque es cierto que constituye ésta una terminología ya abandonada dentro del Código penal, también lo es que, de acompañarse dichas expresiones con los preceptos que las regulan, seguro iban a quedar mucho más claramente delimitadas<sup>474</sup>.

Sólo con la interpretación que aquí se propone, independientemente de que el legislador decida o no llevarla en la forma propuesta al Código, entiendo acertada la inclusión del castigo de las violencias psíquicas habituales<sup>475</sup>.

#### **1.4. Problemas que suscita el anterior planteamiento en el ámbito de las coacciones y de las vejaciones de carácter leve llevadas a cabo mediante un maltrato corporal**

Uno de los problemas con los que seguro se va a enfrentar el jurista que se adhiera al planteamiento recientemente expuesto es el de la incoherencia penológica que resulta de aplicar aquél a la falta del art. 620.2 en

---

<sup>474</sup> En este mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, cuando propuso la sustitución del término "violencia física" por el de "maltrato corporal" con el fin de evitar una extensión indeseable del tipo e incluso una cierta confusión con la descripción del delito de coacciones, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma de..., cit., pág. 182. CUENCA I GARCÍA propone incluso la sustitución por la expresión "malos tratos familiares", vid. CUENCA Y GARCÍA, M.J.: "La violencia habitual...", cit., pág. 651.

<sup>475</sup> Vid., como muestra de las reservas por mi mantenidas tras la incorporación al precepto del castigo de la violencia psíquica, CAMPOS CRISTÓBAL R.: "Problemas que plantea...", cit., pág. 23-25, poniendo de manifiesto los problemas de seguridad jurídica, de proporcionalidad de pena y de vulneración del principio de intervención mínima que la inclusión de forma tan genérica podía generar.



lo relativo a las coacciones y las vejaciones de carácter leve realizadas mediante un maltrato corporal. En efecto, sucede que la pena asignada a la violencia física sin más (art. 617.2) es mayor que la asignada al mismo tipo de violencia cuando ésta es medio comisivo de una coacción o una vejación de carácter leve (art. 620.2), siendo que en la primera sólo se lesiona el bien jurídico "incolumidad corporal" mientras que en la segunda la lesión de la incolumidad no deja de ser simplemente medial de la lesión de la "libertad de actuación en su faceta de ejecución" o de la "integridad moral", que es la que en realidad se pretende. Sin duda, el problema se produce porque esa dualidad de planos, en la que el legislador se mueve al ocuparse de la violencia, encuentra en esta concreta figura una evidente incompatibilidad, fruto del cruce de aquéllos: la pena atribuible a las coacciones o vejaciones de carácter leve, consideradas violencia psíquica en cuanto que resultado causado u objeto atacado (art. 620.2) -por más que debería ser mayor- es menor que la asignada a esas mismas coacciones o vejaciones contempladas desde la perspectiva del medio comisivo (art. 617.2).

Así las cosas, una lectura coherente de estos dos preceptos sólo podría provenir, o bien de entender que en la falta de malos tratos concurre un elemento subjetivo o ánimo específico que va mas allá del dolo consistente en el

ánimo de maltratar, o bien de reconducir al art. 620.2 tanto las coacciones o vejaciones causadas mediante medios distintos de la violencia física como, en su caso, las causadas a través de violencia física de escasa entidad, castigándose el resto por los arts. 172 o 173 respectivamente, y suponiendo que se admita un concepto relajado de violencia.

Ninguna de las dos interpretaciones supera un examen crítico. La posibilidad de señalar a la conducta de malos tratos corporales un elemento subjetivo ha de quedar descartada al no venir éste expresamente contemplado por el tenor literal del art. 617.2. Respecto a la idea de distinguir el delito de la falta de coacciones o el delito contra la integridad moral del art. 173 de la falta de vejaciones en función del medio comisivo empleado, nos encontraríamos con que, de aceptar tal premisa, la interpretación aun dejaría subsistente un margen de incoherencia en los supuestos de coacciones o vejaciones leves causadas mediante violencia física, que de ser cubiertos mediante la aplicación del correspondiente concurso ideal de delitos entre la falta del art. 617.2 y la falta del 620.2, nos llevaría a otra extraña consecuencia en la medida en que el menoscabo de la incolumidad corporal derivado del maltrato físico no resultaría absorbido por el injusto finalmente cometido.

Pero, y sobre todo, no creo, como espero haya quedado demostrado, que la coacción pueda producirse por medios distintos de la violencia física. La violencia del art. 172 debe interpretarse restrictivamente. Tampoco parece viable pensar en la existencia de supuestos de violencia física de menor entidad que los descritos en el art. 617.2, los cuales, de por sí, ya son objeto de crítica debido a su escaso contenido de injusto.

Mucho me temo entonces que la solución a dicho problema va a depender de que finalmente se lleve a cabo la esperada reforma en materia de malos tratos, y por supuesto, de que en dicha reforma se atienda a esta cuestión. En concreto la reforma debería preocuparse, a mi juicio, primero por incluir un tratamiento autónomo de la falta de malos tratos respecto a la falta de lesiones, y segundo por acercar la pena de tales malos tratos a la pena de la falta de lesiones cuando dicho maltrato corporal se traduzca en una coacción o en una vejación de carácter leve. De esta forma, quedaría claramente realizada la distinción entre la falta de malos tratos corporales y la falta de malos tratos verbales, sobre todo por lo que toca al medio comisivo.

Por lo demás, el presente planteamiento es posible que vaya a generar también problemas en el ámbito de las coacciones cuando éstas son delito. Ello fundamentalmente

porque, según éste, la violencia, único medio comisivo contemplado por el art. 172, no debería poder admitir dentro de su ámbito de significación ningún supuesto de *vis in rebus*. Ni siquiera aquellos casos más extremos de *vis in rebus* propia que la doctrina por regla general suele exceptuar a fuerza de integrarlos en un concepto flexible de violencia. Me refiero a aquéllos que menoscaban directamente la libertad de ejecución de las personas, como puede ser el caso de dañar un vehículo para impedir la movilidad de quien quiere utilizarlo, ejemplo éste frecuentemente citado por los autores<sup>476</sup>.

En efecto, la gran mayoría de autores que ha estudiado a fondo el delito de coacciones aunque, en principio, rechazan la espiritualización del término "violencia", terminan, sin embargo, aceptando que determinados supuestos de violencia en las cosas, por la efectiva lesión del bien jurídico, deben y pueden ser reconducidos al mismo, no obstante carezcan de una incidencia personal directa o inmediata sobre la víctima<sup>477</sup>.

Frente a esta postura mayoritaria, cabe destacar la posición de SÁNCHEZ TOMÁS, en virtud de la cual nunca un

---

<sup>476</sup> Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: El delito de coacciones en el Código penal de 1995, Valencia, 1999, pág. 43.

<sup>477</sup> Vid., como ejemplo de este sentir mayoritario: MIRA BENAVENT, J.: "El concepto de violencia en el delito de coacciones" en Cuadernos de política criminal, 1984, pág. 162; HIGUERA GUIMERÁ, J.F.: El delito de coacciones, Barcelona, 1983, pág. 110; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GOMEZ, A.: Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, 1995, pág.

supuesto de fuerza en las cosas puede entrar a integrar el concepto de violencia del art. 172, ni siquiera en casos extremos como el de quien quema un coche para impedir que su propietario no acuda a una reunión, y ello porque la violencia y la fuerza en las cosas son medios comisivos autónomos que se diferencian precisamente porque el primero recae sobre las personas y el segundo sobre las cosas<sup>478</sup>. Según dicho autor, el concepto de violencia se ha de mover en el plano del desvalor de la conducta y no en el de desvalor de resultado (en el que se valora la lesión del bien jurídico), sin que se deban derivar propiedades del desvalor de la conducta del plano del desvalor de resultado: "El hecho de que alguno de estos supuestos de fuerza en las cosas supongan una efectiva lesión del libre ejercicio de la voluntad no debe conducir a lo que sería una hipertrofia de este requisito que es compartido por otros medios comisivos, y que además también concurre,

---

288; PRATS CANUT, M: Comentarios ..., cit., pág. 843, entre otros.

<sup>478</sup> Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: La violencia en..., cit., pág. 420. El argumento literal-sistemático en que se apoya el autor para fundamentar el exclusivo carácter personal de la violencia se basa en la premisa de que en la inmensa mayoría de las ocasiones que el Código penal usa el concepto violencia lo hace, o bien sin incluir ninguna mención al objeto sobre el que recaen, o bien incluyendo la circunstancia de que recaiga sobre las personas. Y al revés, en la mayoría de las ocasiones que el código usa el concepto fuerza lo hace, o bien sin incluir ninguna mención al objeto sobre el que recae dicha fuerza, o bien incluyendo la circunstancia de que recaiga sobre las cosas. De manera que esta será la regla general a aplicar salvo que la ley diga otra cosa, como así hace en el art. 514.3 que menciona violencia en las cosas, y en el art. 550 que incluye expresamente el concepto de fuerza con la circunstancia de que recaiga sobre las personas, únicas dos excepciones que hoy por hoy conoce nuestro código

aunque no quiera dársele ese valor sustancial de lo violento, en el resto de supuestos de fuerza propia sobre las cosas"<sup>479</sup> .En definitiva, señala el citado autor "para que un supuesto concreto pueda subsumirse en el concepto "violencia" de un delito violento debe contar con la propiedad del carácter personal de su conducta como elemento diferencial del resto de los medios comisivos contra la libertad"<sup>480</sup>.

Por lo que a mi respecta, en la medida que estoy de acuerdo con SÁNCHEZ TOMAS en que el concepto de violencia debe restringirse a la de carácter personal, no puedo participar, en principio, de la idea de incluir dentro del mismo supuestos de *vis in rebus*. Sin embargo, consciente de la laguna punitiva que puede generarse en aquellos supuestos en los que el medio comisivo empleado, sin llegar a incidir sobre el cuerpo de la persona, produce, no obstante, una lesión del bien jurídico protegido de idéntica intensidad a la que origina el medio comisivo "violencia física", entiendo que cabría como única excepción ensanchar el concepto de violencia a unos supuestos muy determinados de *vis in rebus*. En concreto, cabrá considerar "violencia personal" aquellos supuestos de

---

penal en relación con lo que, según hemos visto, es la regla general, *vid. ibidem*, pág. 407.

<sup>479</sup> *Ibidem*, págs 404 y 418

<sup>480</sup> *Ibidem*, pág. 412

"violencia sobre las cosas" en los que la incidencia de la acción sobre la cosa no se pueda separar espaciotemporalmente de la incidencia de la misma sobre la persona. Es el caso de quien pincha las ruedas de un coche para impedir que su propietario que está dentro acuda a una reunión o el de quien rompe las gafas de un sujeto casi ciego para que éste no pueda firmar un documento cuando las lleva puestas o esta apunto de ponérselas<sup>481</sup>. Únicamente esta clase de supuestos permitirán la correspondiente ampliación del concepto violencia, incurriendo en un serio peligro de analogía contra reo cualquier otra alternativa que pretenda extender más allá de los mismos el significado de dicho término<sup>482</sup>.

---

<sup>481</sup> No entraría aquí, sin embargo, el tradicional supuesto enunciado por la doctrina de quien, en lugar de pinchar las ruedas, quema el coche, cuando el no está, para que el sujeto no acuda a determinado lugar, dado que entonces no habría posibilidad de considerar esa fuerza sobre las cosas como un ataque personal, siendo perfectamente escindibles una y otra. Tampoco entraría por la misma razón el supuesto de rotura de las gafas cuando el dueño de las mismas no está ni siquiera presente.

<sup>482</sup> Es claro que desde la perspectiva del lenguaje común la violencia no queda circunscrita a la de carácter personal, sin embargo, estoy de acuerdo con SÁNCHEZ TOMÁS cuando afirma que en el lenguaje jurídico penal el uso metonímico tanto del concepto violencia (entendiéndola no como obrar con ímpetu y fuerza sobre cualquier realidad sino como obrar con ímpetu y fuerza sobre las personas) como del concepto fuerza (conciéndola como fuerza sobre las cosas y no como fuerza sobre cualquier realidad) permite establecer una relación de perfecta coordinación y mutua autolimitación entre ambos significados, sin que pueda apreciarse que aportar el carácter personal a la violencia resulte una conclusión contradictoria con la regulación que se hace de los supuestos de fuerza o de fuerza en las cosas. Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: La violencia en..., cit., pág. 409.

### 1.5. Derecho comparado

No parece ser ésta, sin embargo, la línea que siguen las regulaciones de los países de nuestro entorno sociocultural más cercano. En Italia, por ejemplo, la acción típica viene descrita por el verbo maltratar. En cuanto a Alemania, la conducta admite tres modalidades distintas: el tormento, el maltrato brutal y el abandono malicioso del deber de cuidado.

En Italia llama la atención la elasticidad de un término como el de "maltrattamenti" que amplía considerablemente el ámbito objetivo de la conducta típica hasta el extremo de que la doctrina ha llegado a poner en duda su constitucionalidad. No obstante, a favor de la misma se han manifestado autores como COPPI por entender que la elasticidad del término no se traduce en una absoluta indeterminación al tratarse de una expresión acuñada por el uso y al contribuir los demás elementos del tipo a su acotación, obstaculizando una posible expansión de la misma<sup>483</sup>. En contra de aquélla destaca la opinión de RAMAJOLI, quien encuentra inaceptable la motivación de la ordenanza de la *Corte di Assise di Milano* declarando infundada la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta en relación con el art. 572 del Código penal italiano y una posible vulneración del art 25 de la Constitución de aquel



país, al entender que su configuración es lo suficientemente precisa. Según el autor, cuando la elasticidad de un precepto permite al intérprete determinar discrecionalmente el contenido de la conducta incriminada, tal discrecionalidad se convierte en arbitrariedad, y eso es lo que ocurre con el uso de la fórmula "*maltrattamenti*" en el art. 572 que permite un baile de interpretaciones discordes<sup>484</sup>.

Con todo, respecto al elemento material del delito, puede decirse que existe cierto acuerdo doctrinal en los siguientes puntos. Primero: la conducta de *maltrattamenti* puede consistir en acciones, en omisiones, o en actos de una y otra categoría<sup>485</sup>. Segundo: ha de tratarse de una conducta habitual<sup>486</sup>. Y tercero: cada uno de los actos que integran esa habitualidad no tiene porqué ser delictiva o gozar de relevancia penal autónoma<sup>487</sup>.

En Alemania, el legislador ha optado por concretar más la conducta típica al distinguir tres posibles modalidades.

---

<sup>483</sup> Vid. COPPI: "*Maltrattamenti...*", cit., pág. 249.

<sup>484</sup> Vid. RAMAJOLI: "*Incostituzionalita del ...*", cit., págs. 217 y 218.

<sup>485</sup> Vid. CRESPI, A./STELLA, F./ZUCALLÁ, G.: Comentario breve al codice penale, Padova, 1999, pág. 1496; COPPI: "*Maltrattamenti...*", cit., pág. 248; MANZINI, V.: Tratato..., cit., pág. 933

<sup>486</sup> CRESPI, A./STELLA, F./ZUCALLÁ, G.: Comentario..., cit., pág. 1496; COPPI: "*Maltrattamenti...*", cit., pág. 248; MANZINI, V.: Tratato..., cit., pág. 932; ANTOLISEI, F.: Manuale..., cit., pág. 486; BRICOLA, F./ZAGREBELSKY, V.: Giurisprudenza..., cit., pág. 517.

<sup>487</sup> COPPI: "*Maltrattamenti...*", cit., pág. 248; CRESPI, A./STELLA, F./ZUCALLÁ, G.: Comentario..., cit., pág. 1496; BRICOLA, F./ZAGREBELSKY, V.: Giurisprudenza..., cit., pág. 512; MANZINI, V.: Tratato..., cit., pág. 934; RAMAJOLI: "*Maltrattamenti...*", cit., pág. 218 y ANTOLISEI, F.: Manuale..., cit., pág. 502.

No obstante, debe recordarse que la estructura del art. 225 del Código penal alemán es bien diferente a la del delito de violencia doméstica en España. Así, mientras que en nuestro país ésta viene configurada en torno a una multiplicidad de conductas que pueden ser de escasa entidad, en Alemania los hechos que dan lugar al parágrafo 225 tienen que ser de considerable gravedad, puesto que no es exigible la habitualidad. HORN y MEURER inciden en que lo que tiene que ser reiterado o persistente es el efecto, el dolor o sufrimiento producido y no la acción en si misma considerada<sup>488</sup>. Autores como MAURACH, en cambio, sí exigen de esa reiteración en alguna de las modalidades, concretamente en la del tormento<sup>489</sup>.

Resulta unánime la opinión de que el tormento se puede causar tanto activa como omisivamente<sup>490</sup>. En este sentido se pronuncia MEURER cuando afirma que dicha conducta no precisa de una acción de maltrato o lesión previa, al valer cualquier causación adecuada que produzca dolores o sufrimientos persistentes o reiterados<sup>491</sup>.

HORN destaca de esta modalidad el hecho de que, al realizarse también el tormento cuando sólo se producen sufrimientos psíquicos, el supuesto se acerca a las

---

<sup>488</sup> Vid. HORN, E.: Systematischer..., cit., pág.39; MEURER, W: Probleme..., cit., pág. 43

<sup>489</sup> MAURACH, R.: Strafrecht..., cit., pág. 123.

<sup>490</sup> MEURER W: Probleme..., cit., pág. 44; HORN E.: Systematischer...,

torturas psíquicas<sup>492</sup>. Por su parte, MAURACH considera el art. 225 como algo sustancialmente distinto del art. 223 precisamente por esta inclusión ya que "el tormento es aquella clase de acción que se dirige contra el alma de la víctima sin atender a su incidencia corporal sobre la víctima"<sup>493</sup>.

Es compartida la opinión de que no es necesario que el maltrato psíquico traiga como consecuencia un perjuicio a la salud<sup>494</sup>.

Mucho más dividida se encuentra la doctrina a la hora de establecer si el tormento exige o no de la presencia de un elemento subjetivo específico. Para un sector doctrinal sólo se puede hablar de tormento cuando la causación del sufrimiento procede de un ánimo despiadado e insensible<sup>495</sup>. Por el contrario, autores como MEURER y STREE consideran que el tormento no precisa de la concurrencia de ningún ánimo especial porque no lo exige la ley, siendo suficiente el dolo<sup>496</sup>.

---

cit., pág. 39, STREE W.: Strafgesetzbuch..., cit., pag 1633.

<sup>491</sup> MEURER W: Probleme..., cit., pág. 44

<sup>492</sup> HORN E.: Systematischer..., cit., pág.40.

<sup>493</sup> MAURACH, R.: Strafrecht..., cit., pág. 122

<sup>494</sup> STREE W.: Strafgesetzbuch..., cit., pag 1833

<sup>495</sup> Para HORN solo de esta manera se iguala el contenido de injusto de las tres modalidades de conducta, HORN E.: Systematischer..., cit., pág. 40. En el mismo sentido, MAURACH, R.: Strafrecht..., cit., pág. 123.

<sup>496</sup> STREE W.: Strafgesetzbuch..., cit., pag 1833; MEURER W: Probleme..., cit., pág.60 y ss. Este último autor afirma que es un error de la ley la exigencia de dicho elemento en el maltrato pero no en el tormento.

Ahora bien, donde sí se requiere seguro de éste elemento subjetivo, según doctrina mayoritaria, es en la segunda de las modalidades que incluye el § 225: "El maltrato es brutal cuando surge de una actitud insensible e indiferente hacia los sufrimientos de la víctima"<sup>497</sup>, actitud que deberá reflejarse objetivamente en el hecho mediante la concurrencia de un maltrato considerable o de cierta entidad pero sin que la gravedad de aquél deba medirse por el sentimiento de dolor generado en la víctima. Se exige pues, tanto un elemento subjetivo consistente en el ánimo despiadado como una concreción de dicho ánimo en el hecho que deberá ser objetivamente grave. Lo que no se requiere es una específica intensidad en el dolor o sufrimiento causado<sup>498</sup>.

La tercera modalidad que recoge el legislador contiene la variante omisiva del maltrato brutal. Por esta vía se castiga la no evitación de un amenazante perjuicio a la salud a través de una maliciosa desatención del deber de cuidado. De ella cabe destacar dos aspectos. El primero es

---

<sup>497</sup> STREE W.: Strafgesetzbuch..., cit., pag 1833; MEURER W: Probleme..., cit., pág.60.

<sup>498</sup> No hace falta afectar considerablemente el bienestar de la víctima. Lo decisivo es la gravedad de la injerencia corporal en la cual se refleja el ánimo cruel pero el sufrimiento de la víctima no se puede utilizar como criterio porque si no habría un agravio con las personas cuyo sensibilidad para el dolor es menor, vid. MEURER W: Probleme..., cit., págs. 67 y ss. En el mismo sentido se pronuncia STREE aunque reconociendo que normalmente esa actitud se reflejará en la causación de dolores o sufrimientos importantes. STREE W.: Strafgesetzbuch..., cit., pag 1833.

que no basta con el incumplimiento del deber de cuidado: el delito sólo se consuma cuando efectivamente se ha producido un perjuicio para la salud. El segundo es que dicha inactividad debe además estar motivada por una razón especialmente despreciable como odio, sadismo, avaricia o placer en el sufrimiento ajeno. Las ganas de divertirse o la indiferencia van en otra dirección no comprendida en el concepto de malicia<sup>499</sup>.

## 2. La habitualidad

Analizado quién puede ser sujeto activo o pasivo del delito de violencia doméstica así como en qué actos se ha de concretar aquélla, resta por examinar el tercer elemento objetivo a tener en cuenta dentro de la descripción típica de dicho delito: la habitualidad. Que el ejercicio de violencia tenga que realizarse habitualmente es, sin duda, un requisito tan importante como problemático de todos los que conforman el delito que nos ocupa<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> HORN E.: *Systematischer...*, cit., págs. 41 y 42, En el mismo sentido MAURACH, R.: *Strafrecht...*, cit., pág. 124. En contra STREE, quien entiende que puede haber malicia cuando la madre descuida a los hijos porque le apetece o para ocuparse de sus cosas, STREE W.: *Strafgesetzbuch...*, cit., pag 1833.

<sup>500</sup> Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de...*, cit., pág.64, donde el autor se refiere a la coincidencia prácticamente absoluta por parte de la doctrina acerca de la consideración de la habitualidad como eje central o auténtica médula del delito de violencia doméstica, para posteriormente manifestar su férrea oposición a tal configuración.

Desde que el término 'habitualidad' se introdujo en el art. 425 del Código penal, con la reforma de 1989, la doctrina ha venido discutiendo acerca de cuál debía ser el contenido atribuible a tan resbaladizo concepto<sup>501</sup>. Pero, lo cierto es que ha habido que esperar hasta la reciente Reforma de 1999 para poder contar, sino con una definición exacta de la misma, sí, al menos, con unas pautas o criterios orientativos de apreciación de este elemento. No parece, sin embargo, que a fecha de hoy el tema de los problemas interpretativos que genera la habitualidad como elemento del delito de violencia doméstica haya quedado resuelto como consecuencia de tal incorporación, sobre todo, si se tiene en cuenta que dichos criterios, en lugar de facilitar la tarea del juez, en algunos casos la pueden llegar a complicar todavía más, bien por razones de vaguedad o indeterminación, bien por no coherencia correctamente con el bien jurídico protegido por el delito, o bien por, incluso, problemas de vulneración de principios constitucionales tan fundamentales como el principio *non bis in idem*<sup>502</sup>.

---

<sup>501</sup> Como muestra de esta complejidad es posible recoger algunos de los calificativos que se le han atribuido por parte de la doctrina: resbaladizo hasta el hartazgo, viscoso, elástico, evanescente..., asimismo, RUIZ VADILLO hablaba del fantasma de la habitualidad, *vid.* RUIZ VADILLO, E.: "Las violencias físicas en el hogar", en Actualidad Jurídica Aranzadi, Año VII, n° 326, pág 2.

<sup>502</sup> Abundando en esta problemática relativa a una posible vulneración del principio *non bis in idem*, *vid.* CORTÉS BECHIARELLI, E: El delito de..., *cit.*, págs. 83 y ss., así como DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito

Pero antes de intentar fijar el alcance de cada una de estas notas conviene indagar en el origen y evolución legal de dicho término, en las distintas utilizaciones que del mismo ha hecho el legislador a lo largo de los diversos Códigos penales, así como en las interpretaciones y clasificaciones doctrinales que del mismo se han formulado para, finalmente, averiguar como encaja la habitualidad del art. 153 en cada una de las anteriores. En definitiva, se trata de determinar la naturaleza de la habitualidad en este delito para que aquélla arroje luz sobre la difícil tarea de desentrañar un concepto, como ya se ha dicho, tan complejo.

## **2.1 Naturaleza de este elemento en el delito de violencia doméstica**

### **2.1.1. ¿Habitualidad objetiva o subjetiva? Aclaraciones terminológicas**

#### **A) Orígenes de la discusión**

Es lugar común en la doctrina penal la discusión acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la habitualidad criminal, en general. Esta objetividad o subjetividad ha sido interpretada desde diversos puntos de

---

de...", cit., págs. 329 y ss.; OLMEDO CARDENETE, M.: La violencia..., cit., págs. 111 y ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit, págs 40 y 46. Aludiendo finalmente a ella: DOLZ

vista. Por un lado, el carácter objetivo o subjetivo de este elemento se ha hecho derivar del propio contenido de la habitualidad. Se decía: si la habitualidad es objetiva basta con la mera reiteración de actos criminales para considerar su existencia, mientras que si es subjetiva además deberá exigirse que esa reiteración sea reflejo de un determinado carácter o ánimo por parte del sujeto en cuanto que tendencia o propensión a cometer ese mismo o actos de idéntico contenido en un futuro, esto es, la incorporación del hábito al sujeto.

Por otro lado, y desde la perspectiva formal de la redacción terminológica, la habitualidad puede ser contemplada en cuanto que característica predicable del hecho, en cuyo caso, estaríamos hablando de una habitualidad objetiva, y también en cuanto que propiedad perteneciente o dimanante del sujeto, configurando una habitualidad, en este sentido, subjetiva.

Por lo que toca al tratamiento que nuestros legisladores han otorgado a esta figura a lo largo de los diferentes Códigos penales, cabe señalar que, pese a contener éstos no pocas alusiones a la misma en bastantes de sus preceptos, no encontramos, sin embargo, en sus textos, ninguna definición de la misma que haya sido



establecida con carácter general<sup>503</sup>. Excepcionalmente, encontramos algunas definiciones puntuales referentes sólo al precepto en que se ubicaban. El Código penal de 1848 en su art. 428 definió cuándo un sujeto podía considerarse reo de hurto habitual: "... es reo de hurto habitual el que comete tres o mas con un intervalo a lo menos de veinticuatro horas entre cada uno de ellos" . El de 1850, a través de su art. 9.6, estableció la atenuante de embriaguez con la exigencia de que ésta no fuere habitual o fuera posterior al hecho cometido, añadiendo prácticamente idéntica definición: "reputando habitual un hecho cuando se ejecuta tres veces o más con intervalo a lo menos de veinticuatro horas entre uno y otro acto". Con mayor excepcionalidad, el art. 70 del Código penal de 1928, bajo

---

<sup>503</sup> El art. 453 del C. P de 1848, por ejemplo, castigaba con la multa de 20 a 200 duros al "que sin licencia de la Autoridad se dedicare habitualmente a prestar sobre prendas u otras seguridades". Pero es, sobre todo, el Código de 1944 aquél en el que más referencias a la habitualidad encontramos: "Incurrirán en las penas de prisión menor, inhabilitación absoluta para el que fuera autoridad pública o agente de ésta, y multa de 1000 a 5000 ptas: 1° el que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona mayor de 23 años" art. 438; "Será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5000 a 50000 pesetas el que habitualmente se dedicare a préstamos usurarios" art. 542; "El culpable habitual del delito de exacciones ilegales incurrirá además en la pena de inhabilitación especial" art. 402; "El facultativo que con abuso de su arte, causara el aborto o cooperare a él, incurrirá en el grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores y multa de 5000 a 50000 ptas. La misma agravación y multa de 1000 a 15000 pesetas se impondrá a los que sin hallarse en posesión de título sanitario se dedicaren habitualmente a esta actividad" art. 415; finalmente el art. 502 señalaba lo siguiente: "Se presume haber estado presente a los atentados cometidos por una cuadrilla el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo la prueba en contrario". Por su parte, el art. 546 bis c) del Código penal de 1973 castiga al "que con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechare o auxiliare a los culpables

la rúbrica "delincuencia habitual y predisposición para delinquir" aportó la siguiente definición general de habitualidad, centrada en los requisitos o criterios determinantes de una posible declaración judicial del delincuente habitual a efectos de dictar las medidas de seguridad procedentes: "Cuando el culpable hubiere sido condenado anteriormente dos o más veces por delitos graves, o cinco o más por delitos menos graves en el mismo Título, el Tribunal podrá apreciar la circunstancia extraordinaria de multirreincidencia. En estos casos, el autor será declarado delincuente habitual, si la naturaleza y modalidad de los delitos cometidos, o los motivos determinantes, o las condiciones personales o el género de vida llevado anteriormente demuestran en él una tendencia persistente al delito a juicio del Tribunal". Hasta aquí las definiciones de habitualidad que ha intentado nuestro Código penal. Junto a ellas han de mencionarse la contenida en el Código de justicia militar en su art. 190: "Son circunstancias que pueden agravar la responsabilidad de modo especial: ... 2º Ser delincuente habitual. Será considerado como tal el que de modo continuo y reiterado hay cometido actos delictivos y hubiera sido condenado por ello"<sup>504</sup> , y la habitualidad criminal contemplada en el art.

---

para que se aprovechen de los efectos de la misma".

<sup>504</sup> El Código de justicia militar de 1945 fue derogado y sustituido por

4 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970 como presupuesto central de las medidas de seguridad asignadas al tal precepto: "También podrán ser sometidos a los preceptos de esta ley los condenados por tres o más delitos en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social".

De tales definiciones lo que se desprende es una clara predilección del legislador penal por la concepción objetiva de la habitualidad criminal, con la única excepción del Código penal de 1928 que, hemos visto, formula la habitualidad desde un punto de vista subjetivo tanto formal como materialmente al exigir la incorporación del hábito al sujeto<sup>505</sup>.

¿Por qué, entonces, la doctrina se mostró, en un principio, mayoritariamente partidaria de la interpretación subjetiva de la habitualidad?<sup>506</sup>

---

el Código penal militar de 1985. En este último ha desaparecido la agravante genérica de habitualidad.

<sup>505</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que, como pone de manifiesto MIR PUIG, el art. 70 venía configurado en función de una posible aplicación de medidas de seguridad, pues de no acreditarse esa tendencia en el sujeto, debía de aplicarse la pena agravada, *vid.* MIR PUIG, S.: "La habitualidad criminal del art. 4 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social" en, Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, abril-junio, 1974, pág. 139.

<sup>506</sup> MIR PUIG cita dentro de la doctrina mayoritaria partidaria de la concepción subjetiva de la habitualidad a ANTÓN ONECA, que requiere la incorporación del hábito como exigencia autónoma para no castigar al delincuente pluriocasional, CUELLO CALÓN, RODRÍGUEZ MOURULLO y DEL ROSAL. Frente a ellos, CONDE PUMPIDO, entiende suficiente para que se de la habitualidad la repetición objetiva de actos, siendo que ésta es ya reflejo de la personalidad del autor o demuestra en cualquier caso

La razón más aducida por dicha doctrina en defensa de la concepción subjetiva fue la de apelar a las posibles injusticias que de carácter material se podían cometer si se hacía depender la calificación de 'habitual' de la constatación de un número concreto de actos, al no descartarse que 'el habitual' pudiera tratarse de un delincuente pluriocasional<sup>507</sup>. De manera que, aun inclinándose claramente el Código penal por un concepto

---

la incorporación subjetiva del hábito, vid. MIR PUIG, S.: "La habitualidad criminal...", cit., pág. 119. Por lo que respecta a su parecer, MIR PUIG parece mostrarse crítico con la concepción objetiva cuando concluye que es la naturaleza represiva de la pena lo que determina la necesidad de interpretar de forma objetiva un concepto que desde un punto de vista psicológico estaría mejor entendido en sentido subjetivo, vid. MIR PUIG, S.: "La habitualidad criminal...", cit., pág. 143. A favor de la concepción subjetiva en algunos preceptos, según el citado autor, RODRÍGUEZ DEVESA. En concreto, se refiere a la consideración subjetiva de la habitualidad en la interpretación de la embriaguez habitual y del art. 546 bis a) referido a la receptación, vid. MIR PUIG, S.: "La habitualidad en...", cit., págs. 124 y 131 respectivamente.

Vid. ADELA ASÚA, quien, respecto a la habitualidad del hurto y de la estafa prevista en el Código penal de 1848, parece mostrarse contraria a la concepción objetiva porque la calificación de 'habitual' a partir del tercer acto no descarta que se trate de un delincuente pruriocasional, y porque es valdío el intento de establecer límites objetivos y seguros cuando lo que se pretende tipificar es una realidad subjetiva, aunque ésta tenga también una componente de manifestación objetiva, ASUA BATARRITA, A.: La reincidencia, Bilbao, 1982, pág. 179. No obstante, la citada autora tampoco se pronuncia a favor de una concepción subjetiva, en la medida en que después realiza la siguiente afirmación: "dentro de los principios asumidos por el código penal, y en concreto, dentro del principio del hecho que castiga el acto y no al autor, es lógico que no interese indagar si realmente el hábito constituye una característica de la personalidad del reo, vid. ASUA BATARRITA, A.: La reincidencia..., cit., pág. 179.

<sup>507</sup> Según ANTÓN ONECA, para declarar la habitualidad no es bastante la repetición de las infracciones pues es preciso que esa insistencia constituya costumbre y se incorpore al carácter del sujeto, ya que está en lo posible caer más de una vez en el delito sin que éste deje de ser ocasional, por la repetición de las circunstancias externas productoras del estímulo, vid. ANTÓN ONECA, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: Derecho penal..., cit., pág. 390.

objetivo, tales autores consideraban más garantista, sin embargo, exigir también la componente subjetiva.

No obstante, aun es posible, a mi juicio, hallar alguna otra explicación que aclare la anterior posición. Para poder entenderla hay que partir de una distinción en la que ya reparó el Tribunal Supremo en una memoria de la Fiscalía de 1899 según la cual había de diferenciarse los casos en los que la ley penal se refería al "culpable habitual" de los casos en los que se recogía el adverbio "habitualmente". La memoria distinguía ambos en función de la necesidad o no de que el sujeto hubiere sido condenado o no por hechos anteriores<sup>508</sup>.

Pues bien, dicho criterio de distinción no nos ha de servir para diferenciar la habitualidad objetiva de la subjetiva, en la medida en que ambas dos constituyen supuestos de habitualidad objetiva. Los casos en los que aparece el adverbio 'habitualmente' el legislador exige la reiteración de actos para considerar 'habitual' una conducta, mientras que cuando la ley habla del 'culpable habitual', aunque habitual sea un adjetivo que complementa al nombre culpable, además de la reiteración objetiva de hechos, está requiriendo la condena anterior de los mismos.

---

<sup>508</sup> VIADA Y LÓPEZ-PUIGCERVER, C.: Doctrina Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo, Madrid, 1961, págs. 188 y 189. Cit. por ASUA BATARRITA, A.: La reincidencia..., pág. 186; cit. también por MIR PUIG, S: "La habitualidad en...", pág.109.

Por dicho motivo, el criterio de distinción que verdaderamente nos ha de interesar no es tanto éste cuanto aquél en virtud del cuál es posible diferenciar la habitualidad criminal (o habitualidad del hecho en la que basta con la reiteración de la conducta, con o sin condena anterior) del llamado delincuente habitual (o habitualidad del sujeto, en la que se exige además de reiteración objetiva, incorporación subjetiva del ánimo al sujeto)<sup>509</sup>. Este esquema habría de completarse además, dentro de la habitualidad criminal, primero, con una habitualidad

---

<sup>509</sup> LANDROVE DÍAZ, en este sentido, y refiriéndose al delito de usura habitual, impone realizar una matización en cuanto que diferenciar el delito habitual de la "habitualidad en el delito", es ésta una calificación jurídico-subjetiva del agente, en cuanto índice de su peligrosidad criminal, y es el delito habitual una concreta figura delictiva construida sobre la estructura de su elemento material, vid. LANDROVE DÍAZ, G: El delito de usura, Barcelona, 1968, pág. 151. Según MIR PUIG, dentro del Código penal existen dos conceptos de habitualidad en atención a que éste venga o no vinculada a una pena. Así la única habitualidad subjetiva sería la recogida en el delito de encubrimiento, mientras que todas las demás gozarían de un carácter objetivo. También sería subjetiva, por esta razón, la del art. 4 de La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, al ser presupuesto de una medida de seguridad y no de una pena. Vid. MIR PUIG, S: "La habitualidad criminal...", cit., pág. 135 y 136. SANZ MORÁN, por su parte, distingue igualmente entre delito habitual y habitualidad en el delito, incluyendo en este segundo bloque tanto los supuestos en los que la habitualidad sirve para agravar la pena de un tipo básico que no la requiere, como los supuestos en los que la habitualidad es presupuesto de una medida de seguridad, considerando a esta última un tipo criminológico de autor, esto es, el llamado delincuente habitual. El citado autor incluye además, dentro de la habitualidad criminal, y contrapuesta al delito habitual, los supuestos de profesionalidad y comercialidad, si bien ambas son figuras que no conoce nuestro Derecho, vid. SANZ MORÁN, A.J.: El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Universidad de Valladolid, 1986, pág. 129. Vid, finalmente, AYALA GARCÍA, J.M: "Delito permanente, delito habitual y delito complejo" en Cuadernos de Derecho Judicial, Unidad y pluralidad de delitos, Madrid, 1995, pág. 316. Este último autor realiza aquella misma distinción refiriéndose a la habitualidad en su vertiente criminológica (para la que exige incorporación del hábito al sujeto) y a la habitualidad en su vertiente de derecho positivo (para la que basta la reiteración objetiva de actos).

objetiva contemplada como elemento constitutivo fundamentador del injusto (por ejemplo, antiguo delito de usura); segundo, con una habitualidad objetiva como elemento de agravación (por ejemplo, antigua agravación de las exacciones ilegales) y tercero, con una habitualidad objetiva en supuestos en los que la consideración del reo o culpable habitual se ha realizado a efectos de aumentar su responsabilidad penal por haber sido condenado más de dos veces por el mismo o similar hecho, y en cuanto que especie de agravación semejante a la reincidencia (Art. 190 del Código de Justicia Militar).

Por lo que respecta a la habitualidad subjetiva del aquí llamado delincuente habitual<sup>510</sup>, el legislador siempre se ha referido al sujeto habitual a efectos de estimar su predisposición a delinquir en un futuro, esto es, su peligrosidad, para, en su caso, someterlo a alguna medida de seguridad con el fin de evitar la posible comisión de futuros delitos (art. 4 de la Ley de Peligrosidad y rehabilitación social; art. 70 del Código penal de 1928).

---

<sup>510</sup> SANZ MORÁN utiliza dicho término precisamente para designar los supuestos en los que la habitualidad es presupuesto de una medida de seguridad, considerándola un tipo criminológico de autor, si bien el esquema por él establecido difiere del aquí expuesto en cuanto que contrapone el delito habitual, calificación reservada a los supuestos de habitualidad objetiva fundamentadora del injusto, de la habitualidad criminal, donde tienen cabida, no sólo la habitualidad subjetiva presupuesto de una medida de seguridad, sino también la habitualidad objetiva como agravante y la llamada comercialidad o profesionalidad, categorías no conocidas por nuestro Derecho penal. Vid. SANZ MORÁN, A.J.: El concurso de delitos..., cit., pág. 128.

Pues bien, si la doctrina tendió a decantarse en un principio, en mayor medida, por la concepción subjetiva de la habitualidad, entiendo que fue como consecuencia de no establecer, en definitiva, una clara distinción entre estos dos planos. De ahí que se pretendiera en ocasiones aplicar a la habitualidad criminal los requisitos del culpable habitual, exigiendo, además de la reiteración objetiva de actos, la incorporación del hábito a la personalidad del sujeto en lugar de la condena anterior de aquéllos<sup>511</sup>.

Por el contrario, estimo con MIR PUIG que la incorporación del hábito sólo es legítimo exigirla en los casos de delincuencia habitual, entendida en el sentido de peligrosidad y para la cuál es necesario arbitrar una serie de medidas de seguridad. Los casos en los que la habitualidad sea el presupuesto de una pena, aquélla deberá necesariamente, y como consecuencia de los límites que impone el carácter represivo de dicha pena, interpretarse como objetiva<sup>512</sup>. Límites, en mi opinión, constituidos por el principio del hecho y el principio de culpabilidad, postulados básicos de nuestro sistema constitucional penal<sup>513</sup>. Interesarse en estos casos por la personalidad del sujeto, en definitiva, sería tanto como reinstaurar

---

<sup>511</sup> *vid.* ANTÓN ONECA, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho penal...*, *cit.*, pág. 390.

<sup>512</sup> *Vid.* MIR PUIG, S.: "La habitualidad...", *cit.*, págs. 136 y 143

<sup>513</sup> Refiriéndose a este extremo, *vid.* ASUA BATARRITA, A: *La*



vestigios superados del pasado en los que por encima del Derecho penal del hecho ha prevalecido el Derecho penal de autor<sup>514</sup>.

### **B) La habitualidad criminal en el Código penal de 1995**

La situación vigente del Código penal arroja el siguiente panorama: contamos con cuatro preceptos en los que aparece recogida la habitualidad. En dos de ellos la habitualidad es elemento constitutivo fundamentador del injusto y presupuesto de la pena asignada al delito. Se trata del delito que nos ocupa y del delito de receptación de faltas del art. 299 en el que se castiga "al que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechare o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas". Junto a los anteriores, en el art. 286 se agrava la conducta del *insider trading* o abuso de información privilegiada del art. 285 cuando el sujeto se dedique "de forma habitual" a

---

reincidencia..., cit., pág. 179.

<sup>514</sup> El principio del hecho y el principio de culpabilidad obligan a tener en cuenta únicamente las exteriorizaciones de la voluntad humana que siendo delictivas le son imputables subjetivamente al autor sin que sea posible entrar a averiguar el carácter o la personalidad de este último, salvo que se encuentre inmerso en alguna de las circunstancias de inimputabilidad o semiimputabilidad tasadas en los arts. 20 y 21 del Código penal, y halla cometido un hecho previsto como delito (art. 99 del C.P), a efectos de aplicarle alguna medida de

tales prácticas abusivas. Finalmente, el art. 94 recoge los requisitos imprescindibles para poder considerar la habitualidad del reo a los efectos de evitar que en dichos supuestos el reo pueda beneficiarse de la sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad de corta duración: "A los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello"<sup>515</sup>.

Si nos fijamos sólo en el aspecto formal de redacción de las mismas, diríamos que las tres primeras parecen ser eminentemente objetivas y, en cambio, la última gozar de naturaleza subjetiva. Sin embargo, una lectura detenida del art. 94 nos lleva inmediatamente a la conclusión de que esta clase de habitualidad, independientemente de que venga redactada desde el punto de vista del sujeto, ha de ser entendida también como objetiva al requerir, por un lado, que se hayan cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, que se hayan cometido en un plazo no superior a cinco años y que el sujeto haya sido condenado por ellos, exigencias todas ellas evidentemente

---

seguridad.

<sup>515</sup> AYALA GARCÍA incluye un quinto supuesto, en el que la habitualidad estaría totalmente objetivada, esto es, el delito de impago de prestaciones fijadas en convenio judicialmente aprobado o resolución

objetivables, y al no recoger, en cambio, la exigencia expresa de la incorporación del hábito al sujeto<sup>516</sup>.

No se muestra partidaria de distinguir estos planos de la habitualidad criminal, en el sentido que arriba se propone, MARÍN DE ESPINOSA. Para dicha autora sólo existe una modalidad de habitualidad criminal, que sería la contemplada en el art. 94, cuyo fundamento reside en la especialización del sujeto y cuya naturaleza es eminentemente subjetiva. El art. 153 representa, en este sentido, una excepción a la regla general en la que el sujeto es considerado un habitual aunque realice actos de distinta naturaleza. Lo que interesa destacar es que la citada autora no reconoce la distinción entre la habitualidad criminal objetiva que aparece contemplada como elemento fundamentador o como agravante de pena de los arts. 153, 286.1 y 299 del C.p, y la también habitualidad

---

judicial del art 487 bis (art. 227 del Cp vigente), *vid.* AYALA GARCÍA, J.M.: "Delito permanente...", *cit.*, pág. 317.

<sup>516</sup> Dicha problemática es similar a la que ya ha sido comentada respecto a la habitualidad del antiguo art. 190 del Código penal militar, que hemos encuadrado dentro del apartado de la habitualidad objetiva en la que, exigiendo condenas por los hechos anteriores, se establece una agravante genérica similar a la reincidencia. La diferencia entre una y otra es que la habitualidad del art. 94 debe estar integrada por delitos de la misma naturaleza. Lo cierto es que en ambos supuestos el criterio material de los requisitos prevalece, a mi juicio, sobre el criterio formal de la redacción, que es el dato que se quiere destacar. Por lo demás, no creo que de la exigencia de tres condenas en un periodo de cinco años pueda deducirse la incorporación de un determinado ánimo al sujeto que determine que en un futuro ese sujeto vaya a cometer delitos de la misma clase. Considero que a esta conclusión sólo puede llevar un estudio pericial detallado del infractor, y que, en todo caso, en el supuesto de concluir tal personalidad, la misma únicamente debiera servir para que se le imponga al sujeto una medida de seguridad, y nunca para que se

objetiva prevista como una "especie de agravación"<sup>517</sup> semejante al instituto de la reincidencia en el art. 94 del C.p.<sup>518</sup>. No creo, sin embargo, que la habitualidad del art. 153 haya de considerarse como una excepción a la regla general del art. 94. Estamos, más bien ante modalidades distintas de habitualidad. Habitualidad que, en todo caso, posee, además, una naturaleza objetiva al no exigirse en ninguno de los preceptos que la regulan la incorporación subjetiva del ánimo<sup>519</sup>. Habitualidad finalmente, cuyo

---

le agrave la pena.

<sup>517</sup> VALLE MUÑIZ hace hincapié en que la habitualidad del art. 94 no supone una agravación sino la exclusión de determinados beneficios - suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad- por lo que las críticas que hasta hoy se habían formulado a la habitualidad deben carecen totalmente de sentido. Vid. VALLE MUÑIZ, J.: Comentarios ..., cit., pág. 506. Cuando hago alusión a que tal privación puede considerarse una especie de agravación, lo hago en el sentido de que esa exclusión de los beneficios de sustitución y suspensión viene a ser como un castigo que el Derecho establece para el delincuente habitual. De esta forma reconozco que quizá sea mejor hablar de exclusión de beneficios y no de especie de agravación.

<sup>518</sup> Cf. MARÍN DE ESPINOSA, E.: La violencia doméstica..., cit., págs. 125 y 126. Aun el supuesto de que se pueda considerar la habitualidad del art. 94 como el exponente de la habitualidad subjetiva, cuyo fundamento reside en la especialización, tal y como opina la citada autora, seguiría no participando de su forma de entender la habitualidad, al no distinguir la habitualidad del art. 94 de la habitualidad criminal de determinados delitos, ya sea como elemento constitutivo o como elemento de agravación.

<sup>519</sup> En todos los casos en que el legislador ha querido regular la habitualidad subjetiva, ha exigido dos cosas: una declaración expresa por parte del tribunal en el sentido de presumir la tendencia a delinquir del sujeto (art. 70 del Cp de 1928; art 4 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social; art. 150 del Proyecto de Código penal de 1980; anteproyecto de nuevo Código penal de 1983), y que esa peligrosidad declarada del sujeto sirviera como presupuesto de la aplicación de una medida de seguridad. Es con el art. 70 del Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990 cuando el legislador transforma la naturaleza de esta institución al suprimir la exigencia de declaración judicial de la tendencia a persistir con el delito y al dejar de aparejar la habitualidad a la imposición de una medida de seguridad. En mi opinión, sin embargo, no cabe desde entonces pensar en una habitualidad subjetiva o en un delincuente por tendencia, pues la presunción de que el sujeto posee tal personalidad debe cuanto menos ir rodeada de una serie de garantías entre las que destaca la de

fundamento no reside en la especialización del sujeto en cometer una determinada clase de delitos que haga presuponer que va a cometer más delitos de esa clase en un futuro, sino en la repetición objetiva de actos dotada de sentido unitario<sup>520</sup> (art. 153 del Cp) o bien en la reiteración de condenas por la realización de delitos de la misma naturaleza en un determinado periodo de tiempo (art. 94 del Cp) que impiden al sujeto acceder a una serie de beneficios que concede la ley.

En suma, la habitualidad que conoce nuestro derecho en estos momentos, a mi juicio, debe ser toda ella interpretada desde un punto de vista objetivo<sup>521</sup>.

---

su declaración por parte del tribunal. Deducir la misma de la existencia de la condena de tres actos en un periodo de cinco años me parece excesivo y arriesgado. CERESO MIR crítica que esta institución se halla incluido en el apartado de los sustitutivos penales, al no tener en principio ninguna relación con los beneficios penales y sólo servir de fundamento para aplicar medidas de seguridad. Insisto en la idea de que la habitualidad del art. 94 rompe con la tradición histórica de la habitualidad subjetiva, que experimenta así con una nueva configuración de esta institución prevista exclusivamente para un supuesto específico como es el de los sustitutivos penales. La lectura que realizo de la habitualidad del art. 94 es completamente contraria a la interpretación que hace de ella MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, desde el momento en que dicha autora establece la habitualidad del art. 94 como la regla general y la habitualidad del art. 153 como una excepción de aquélla. A mi modo de ver, la habitualidad del art. 94 es precisamente una modalidad de habitualidad hasta ahora desconocida por nuestro Derecho. Cf. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales, Granada, 1999, pags. 336-343.

<sup>520</sup> Vid. MIR PUIG, S.: "La habitualidad...", cit., págs 132 y 133; en el mismo sentido: AYALA GARCÍA, J.M.: "Delito permanente...", cit., pág. 317.

<sup>521</sup> La posible extrapolación de planos arriba comentada y la circunstancia de que en ocasiones la habitualidad materialmente objetiva haya sido redactada desde la perspectiva subjetiva (art. 190 del Código de justicia militar y art. 94 del C.p) son, a mi juicio, factores determinantes de la postura de la doctrina mayoritaria en el pasado. Otra circunstancia que pudo condicionar esta toma de postura

Ello no quiere decir, sin embargo, que las cuatro habitualidades previstas en el actual C.p. cumplan la misma función, pues mientras una desarrolla una tarea de agravación específica (art. 286.1), otra posee un cometido de exclusión genérica de beneficios en relación con los sustitutivos de la ejecución de las penas privativas de libertad. Ni siquiera las otras dos previsiones puede decirse, aunque sean ambas elemento constitutivo de lo injusto, que sean idénticas, ya que mientras en el art. 299 los actos integrantes de la habitualidad son en sí mismo impunes, en el delito de violencia doméstica los actos de violencia física o psíquica ejercidos por el maltratador/a han de constituir por lo menos un falta de malos tratos castigada bien en el art. 617.2, bien en el art. 620.2.

### C) La naturaleza objetiva de la habitualidad en el art. 153

En el delito de maltrato habitual, la naturaleza objetiva de la habitualidad viene reforzada por la redacción del precepto al utilizar el adverbio "habitualmente" como claro complemento del verbo ejercer<sup>522</sup>.

---

fue el hecho de que las regulaciones jurídico positivas alemana e italiana condujeran ambas a la necesidad de la concurrencia de la incorporación subjetiva del hábito en la habitualidad, vid. MIR PUIG, S./CÓRDOBA RODA, J.: La reincidencia en el Código penal: análisis de los artículos 10.14°, 10.15°, 61.6° y 516.3°, Barcelona, 1974, pág. 142.

<sup>522</sup> En el art. 286, se agrava la conducta del *insider trading* del art.

Bastará entonces con que el sujeto realice los presupuestos de la habitualidad criminal del art. 153, esto es, repetición de un cierto número de actos conectados y llevados a cabo en un determinado contexto espacio-temporal, para poder apreciarla, sin necesidad de entrar a considerar si esa repetición supone o deja de suponer un carácter o personalidad específica del maltratador/a<sup>523</sup> .

La consideración objetiva de la habitualidad del art. 153 es hoy una consideración compartida por la inmensa mayoría de la doctrina, que está presente además en muchas de las sentencias de las Audiencias y del Tribunal Supremo<sup>524</sup> .

En general, puede decirse que todos los autores que no se pronuncian a favor de una interpretación subjetiva de la

---

285, cuando el sujeto se dedique "de forma habitual" a tales prácticas abusivas, y en el art. 299 se castiga al que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, "habitualmente" se aprovechare o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas. En ambos, la descripción típica de la habitualidad se vuelve a hacer desde la perspectiva del hecho, pues habitualmente y de forma habitual no son sino adverbios que complementan al verbo. Por el contrario, el art. 94, se refiere al reo habitual, donde 'habitual' es un adjetivo que complementa al nombre, esto es, al sujeto, por lo que la redacción en este último caso no acompaña a la interpretación acertada de la naturaleza de la habitualidad que, insisto, sigue siendo objetiva.

<sup>523</sup> La Circular De la FGE de 1998 dice claramente que la habitualidad ya no se predica del sujeto para agravar la responsabilidad criminal de quien resulta ser reo habitual, sino que la habitualidad a la que recurre el legislador en el art. 153, lejos de calificar al sujeto, califica a la acción, integrándose como uno más de los elementos del tipo objetivo.

<sup>524</sup> SERRANO GÓMEZ señala que el Derecho penal y la jurisprudencia dan un fundamento objetivo a la habitualidad y que la criminología se lo da subjetivo, mientras que la doctrina se inclina por una u otra de esas direcciones, vid. SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal, Parte Especial, 6ª Edº, Madrid, 2001, pág. 118.

habitualidad, se están decantando por la objetiva aunque no lo hagan de manera expresa. La naturaleza objetiva de la habitualidad se da, en este sentido, por supuesta. Dentro de este bloque de autores cabe, en consecuencia, incluir a todos aquéllos partidarios de entender la habitualidad en un sentido cuantitativo<sup>525</sup>, pero también a todos los que intentan relativizar la importancia del elemento cuantificador, destacando entre ellos aquéllos que optan por la tesis de la globalidad<sup>526</sup>, pues en esta última, aunque no se exige un número mínimo de tres actos violentos, se exige que ese estado de agresión permanente en el que vive la víctima se pruebe a partir de otros medios objetivos. Lo que sí es cierto es que esta última interpretación está más abierta o corre el peligro de una posible subjetivización<sup>527</sup>.

---

<sup>525</sup> Vid. lista de autores en el apéndice 2.2.2 de este capítulo, apartados A y B.

<sup>526</sup> Vid. apartado C del apéndice acabado de citar. OLMEDO CARDENETE, sin embargo, sitúa la jurisprudencia, que en este trabajo incluiríamos dentro de la tesis de la globalidad, en el bloque partidario de la concepción subjetiva, vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de violencia habitual..., cit., pág. 97.

<sup>527</sup> También apuntando esta idea OLMEDO CARDENETE, al comentar la STS 7-7-2000 como ejemplo de la nueva doctrina jurisprudencial que se desvincula de la necesidad de acreditar un mínimo de tres conductas violentas, afirmando que la misma es acertada en cuanto que evidencia que la habitualidad no consiste simplemente en probar tres hechos aislados, sino que los mismos tienen que manifestar la continuidad del comportamiento violento del sujeto activo del delito. Sin embargo, sigue diciendo el autor, "ello abre una puerta peligrosa hacia una concepción puramente subjetiva de la habitualidad desconectada de la actividad probatoria que verse sobre los hechos cometidos por el acusado", vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de violencia..., cit., pág. 103.



Pues bien, con la jurisprudencia sucede otro tanto: mantenimiento implícito de la concepción objetiva salvo que el juez se decante claramente por un entendimiento subjetivo. Así, concibiendo la habitualidad subjetiva: SAP Sta Cruz de Tenerife 23-04-99 (nº 464/1999, ED 17442) y SAP Córdoba 26-10-2000 (nºm 80/2000, ED 49032). Esta última es la que más claramente se decanta por la habitualidad entendida desde un punto de vista subjetivo, tal y como se deduce del hecho del hecho de afirmar que "no hace falta acreditar los actos integrantes de la habitualidad porque lo que se ha de hacer es ir al caso concreto para ver si en el sujeto existe esa inclinación a cometer el delito". La SAP de Sta Cruz de Tenerife, por el contrario, parece estar exigiendo la acreditación de la tendencia o inclinación del sujeto a maltratar como exigencia adicional y complementaria de la de los tres actos violentos, aunque no cierra la puerta a que se baje este límite mínimo al decir que "el número de los actos realizados no resulta determinante ni decisivo".

Entre los autores que inciden en la consideración subjetiva de la habitualidad cabe destacar a GRACIA MARTÍN, para quien la habitualidad exigida por el art. 153 debe ser entendida como un elemento subjetivo del injusto de tendencia. Ahora bien, es muy importante destacar que dicho autor no es partidario de una interpretación completamente

subjetiva, sino de una concepción mixta objetivo-subjetiva de la habitualidad de acuerdo con la cual el elemento de la habitualidad se constituye esencialmente como un elemento objetivo de peligro<sup>528</sup>. También parece considerarla como habitualidad subjetiva CEREZO MIR, pues si no, no se entiende que se refiera a los art. 153 y 299 del Código penal como preceptos que se inspiran en la concepción de la culpabilidad por conducta de vida o en un Derecho penal de autor más que en un Derecho penal del hecho, ya que en ambos se castiga no tanto una acción o un conjunto de acciones cuanto un tipo de autor<sup>529</sup>.

Recientemente, en contra de la concepción subjetiva de la habitualidad destaca la posición mantenida por OLMEDO CARDENETE. El citado autor sostiene que la perspectiva

---

<sup>528</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L: Comentarios al..., cit., pág.459. MUÑOZ CONDE contesta a GRACIA MARTÍN afirmando que tras la regulación del 99 es difícilmente mantenible la tesis de que la habitualidad es un elemento subjetivo del injusto portador casi de una especie de tipo de autor, inclinado a la realización de unos actos, pues el delito se construye a partir de la realización de actos objetivables en las condiciones citadas en el precepto, revelen o no esa clase de personalidad, vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal..., cit., pags 122 y 123.

<sup>529</sup> Según CEREZO MIR, estas figuras deberían, por ello, desaparecer del Código, porque no son coherentes con la concepción del hombre como persona, vid. CEREZO MIR, J: Derecho Penal, Parte General-Lecciones, 2ª Edº, pág. 42. Mostrándose partidarios de la desaparición de unos supuestos concretos de habitualidad, en concreto, los que sean como el art. 286, en los que la agravación se funda en una presunción de habitualidad cuya constancia formal no es necesaria, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. : La reincidencia..., cit., pág 308. La citada autora sigue en este punto a LUZÓN DOMINGO, M: Derecho penal del Tribunal Supremo II, Barcelona, 1964, págs 128 y 129, quien distingue entre una habitualidad real, en la que se han de ejecutar conductas de la misma especie y una habitualidad presunta en la que basta que el culpable se haya colocado en disposición de verificar una multiplicidad de conductas.

subjetiva de la habitualidad que se va imponiendo en doctrina y jurisprudencia, en virtud de la cuál ya no es necesario el requisito de la acreditación de un mínimo de tres actos violentos para probar la habitualidad, no resulta ni dogmática ni políticamente aceptable. Los inconvenientes que apunta en este sentido pueden resumirse en los siguientes: instaurar a través del art. 153 un supuesto del llamado Derecho penal de autor en el que el contenido de injusto consiste en una simple propensión del sujeto activo a la práctica de conductas violentas; privilegiar al autor cuando éste dirija sus agresiones contra distintas víctimas que pertenecen a su entorno, impidiendo la aplicación del concurso real, esto de, tantos delitos como sujetos sean destinatarios directos de sus actos de violencia; privilegiarlo también en el sentido de no poder volver a castigarlo por el 153 cuando realizare de nuevo hechos sistemáticos de violencia sobre la misma persona y ya existiera un condena en la que se hubiere castigado la inclinación o tendencia del autor a golpear a aquella; y finalmente, infracción abierta de la actual redacción del art. 153 en la medida en que el legislador supedita expresamente la estimación de la habitualidad al número de actos de violencia que resulten acreditados<sup>530</sup>.

---

<sup>530</sup> Vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de violencia..., cit., págs. 101 y 102.

### 2.1.2. ¿Habitualidad propia e impropia?

Hecha la distinción entre habitualidad criminal objetiva y habitualidad subjetiva, queda por analizar qué se entiende por habitualidad propia y qué por habitualidad impropia.

La respuesta no es pacífica en la doctrina. Cabe señalar fundamentalmente dos criterios de distinción. Según el primero, más restrictivo, la habitualidad propia constaría sólo de aquellos supuestos en los que los actos que la integran, individualmente considerados, son impunes, entrando en el ámbito del ilícito penal precisamente por esa repetición en que consiste la habitualidad. Por exclusión, el resto de supuestos entraría dentro de la categoría "habitualidad impropia"<sup>531</sup>.

Ahora bien, pocos son los autores que, optando por este primer criterio, se refieren a estas dos categorías con dicha nomenclatura. La mayoría se refiere a este segundo grupo no con el calificativo de habitualidad impropia sino destacando que no estamos ante un delito de hábito cuando los actos, que repitiéndose integran la

---

<sup>531</sup> Vid. FIANDACA/MUSCO, quienes distinguen entre delito habitual propio en aquellos casos en que las singulares conductas, individualmente consideradas, son penalmente irrelevantes y delito habitual impropio cuando cada singular acto integra por si misma otra figura de delito, FIANDACA/MUSCO, E: Diritto penale. Parte generale, 3°ed°, Bolonia, 1995, pág. 171. Si en el delito habitual propio sólo caben los casos en los que los actos son penalmente irrelevantes, cuando sean falta tendrán que caber en la categoría de los delitos habituales impropios, por más que los autores se refieran a otra

habitualidad, individualmente considerados son penalmente relevantes.

De manera que tendríamos según este primer criterio de distinción dos clasificaciones: o bien habitualidad propia cuando los actos son penalmente irrelevantes y habitualidad impropia cuando son falta, o bien delito de hábito únicamente cuando los actos integrantes son penalmente irrelevantes y delito continuado cuando los actos integradores constituyen faltas u otros delitos<sup>532</sup>.

Más acertada resulta, a mi juicio, la posición de un segundo sector doctrinal, que incluye dentro de la habitualidad propia también los casos en que los actos integrantes de la habitualidad no siendo, aisladamente considerados, impunes sí se traducen tan sólo en faltas, convirtiéndose en delito a partir de la repetición. Como claro exponente de esta segunda posición encontramos a AYALA GARCÍA<sup>533</sup>. El citado autor identifica la habitualidad propia con los supuestos en los que la habitualidad opera como fundamentadora del injusto, y la habitualidad impropia

---

figura de delito de forma genérica.

<sup>532</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de...", cit., pág. 938.

<sup>533</sup> En la doctrina italiana, cabe destacar a ANTOLISEI. Para este autor, cuando los actos individualmente considerados no son relevantes o "pueden no serlo", estamos en presencia de un delito habitual propio, mientras que cuando los actos, aisladamente considerados constituyen otro delito, entonces nos encontramos con un delito habitual impropio, vid. ANTOLISEI, F.: Manuale di Diritto penale. Parte generale, 14 E°, a cargo de CONTI, L., Milano, 1997, pág. 265.

con los casos en los que aparece como fundamentadora de la agravación<sup>534</sup>.

También COBO/VIVES distinguen, dentro de los delitos plurisubsistentes, el delito habitual propio en el que las conductas aisladamente consideradas no constituyen delito, esto es, tanto si son impunes (receptación de faltas) como si son sólo falta (delito de violencia doméstica), del delito habitual impropio: cuando cada una de las conductas aisladamente constituye delito, sin que la realización de varias de ellas implique más de un sólo delito<sup>535</sup>. Esta clasificación, que a mi modo de ver se asemeja a la de AYALA, ha sido, sin embargo, criticada por SANZ MORÁN por considerarla demasiado amplia al identificar prácticamente el delito habitual impropio con el delito de conducta plural<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> AYALA GARCÍA, J.M.: "Delito permanente...", cit., pág. 314. Si bien es cierto que posteriormente matiza la diferencia entre el delito de usura y el de receptación de faltas frente al del maltrato habitual del art. 153, en virtud de que este último carece de una figura criminológica base que lo sustente y de que los distintos actos homogéneos, cuya comisión habitual constituye el tipo, no son impunes, concluyendo que no obstante el delito presenta en su configuración una estructura próxima a los delitos habituales propios, que serían los delitos de usura y de receptación de faltas, AYALA GARCÍA, J.M.: "Delito permanente...", cit., pág. 328.

<sup>535</sup> En esta última reflexión ha de sobreentenderse, a mi modo de ver, que ese único delito resulta agravado, vid. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal..., cit., pág. 442. Aún cabe encontrar otra forma de entender la habitualidad propia, en el sentido de diferenciar la habitualidad real de la habitualidad presunta, aunque esta última con el Código penal vigente puede entenderse superada, vid. MIR PUIG, S.: "La habitualidad...", cit., pág. 114 y LUZÓN DOMINGO, M.: Derecho penal del..., cit., pág. 129.

<sup>536</sup> SANZ MORÁN pone como ejemplo de delito de conducta plural, que pasa según COBO/VIVES a integrar la habitualidad impropia, la sucesión de injurias del antiguo art. 457 del Código penal o la de actos

Por lo que respecta a la habitualidad del art. 153, la gran mayoría de autores, acogiéndose a la primera de las clasificaciones, afirma que el art. 153 constituye un delito habitual impropio<sup>537</sup> o bien no constituye un verdadero delito habitual. QUINTERO OLIVARES critica los delitos de hábito entendiendo por tales aquéllos en los que los actos aislados son penalmente irrelevantes porque a través de ellos se castiga una forma de vivir o una costumbre reprochable socialmente. Por ello, el autor sigue diciendo que el art. 425 no puede ser objeto de esa crítica, ya que no estamos ante un delito construido sobre la acumulación de actos atípicos, que es precisamente lo que se critica a propósito de los delitos de hábito, sino de una infracción nutrida por la concurrencia sucesiva de actos de violencia física que aisladamente constituirían faltas. Por todo ello, QUINTERO OLIVARES considera que la

---

constitutivos de quiebra fraudulenta del art. 520. Sin embargo, no es posible, a mi juicio, extraer tal conclusión de las palabras de COBO/VIVES, o por lo menos no es la única interpretación posible. Entiendo, por el contrario, mucho más cercana la ciertamente escueta definición de tales autores a la de AYALA GARCÍA, siempre que se matice en el sentido indicado en la nota a pie anterior, vid. SANZ MORÁN, A.J.: El concurso de delitos..., cit., pág. 129. Vid., también, COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. Parte general, ed. completa adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983, Valencia, 1984, pág. 373.

<sup>537</sup> CHOCLAN MONTALVO señala que es un delito habitual impropio porque los actos de violencia aisladamente considerados han de ser típicos, pudiendo haber sido las acciones ya enjuiciadas separadamente e incluso haber sido castigado el autor por ello. La habitualidad propia se reserva a los supuestos en los que las acciones sólo adquieren relevancia típica cuando se suman a otras. Vid. CHOCLÁN MONTALVO J. A.: "Estudio de los aspectos criminológicos y jurídicos, así como de las tendencias legislativas frente al fenómeno de la violencia intrafamiliar y la configuración típica de la conducta en la actual

figura contenida en el art. 425 se encuentra más cerca de un delito continuado que de un delito de hábito<sup>538</sup>.

No obstante todo lo anterior, me sumo en este trabajo a la posición de AYALA GARCÍA, pues considero que el delito de violencia habitual del art. 153 constituye un supuesto de delito habitual propio, en el que la habitualidad es elemento constitutivo o fundamentador de lo injusto del delito del art. 153<sup>539</sup>. Y ello fundamentalmente porque tanto en los casos en que los actos integradores de la habitualidad son impunes como en los que han de ser como mínimo una falta si falla la habitualidad no se puede apreciar el delito en cuestión. El delito debe, en consecuencia, considerarse un delito de hábito propio porque la habitualidad desempeña en el mismo un papel nuclear y no simplemente de agravación. De hecho, la

---

regulación", en *La Ley*, 21 de septiembre de 2001, pág. 5

<sup>538</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de...", cit., pág. 938. En el mismo sentido se pronuncian BUSTOS RAMÍREZ, J: Manual de derecho..., cit., pág. 65 y CUENCA I GARCÍA, M.J.: "La violencia habitual...", cit., pág. 31, ambos entendiendo que el art. 425 constituye en el fondo una excepción al art. 74 regulador del delito continuado, inaplicable cuando se trata de bienes eminentemente personales. Recientemente, adhiriéndose a los postulados de QUINTERO OLIVARES, vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: "La violencia habitual...", cit., pág. 1523, nota a pie n° 38. También lo considera una especie de delito continuado de malos tratos a parientes COBOS GOMEZ DE LINARES, M.A.: Manual de derecho..., cit., pág. 176.

<sup>539</sup> Parecen mostrarse partidarios de esta opinión CERVELLO DONDERIS y GRACIA MARTÍN, desde el momento en que ambos autores definen la habitualidad propia en función de que los actos de violencia constitutivos del delito de violencia doméstica no sean por sí mismos delictivos, pero sin especificar si han de ser impunes o pueden ser faltas. Vid. CERVELLO DONDERIS, V.: "El delito de malos...", cit., pág. 57, así como, GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 457. No cabe duda de que ambos consideran el delito de violencia doméstica como un delito habitual propio o en sentido estricto, aunque no está



circunstancia de que todas las críticas que se lanzan contra la habitualidad -integrada por la reiteración de actos no ilícitos penalmente- carezcan de razón de ser en delitos como el del art. 153, lejos de significar que nos encontramos ante un delito de hábito impropio, debe invitarnos a pensar que el llamado delito de hábito es una categoría que no está, a diferencia de lo que entiende la mayoría de la doctrina, condenada a su desaparición por los peligros que aquélla entraña en relación con el principio de culpabilidad por el hecho.

### **2.1.3. ¿Habitualidad genérica o específica?**

Pocos autores se han referido a esta tercera disyuntiva planteada en torno a cuál puede ser la naturaleza de la habitualidad. MIR PUIG alude a ella a la hora de analizar si los actos que integran la habitualidad del art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social deben contar o no con el requisito de la homogeneidad, concluyendo que tal homogeneidad debe considerarse presupuesto normal de la habitualidad, en cuanto que la esencia de la habitualidad se halla integrada por la incorporación subjetiva del hábito y esta

modificación subjetiva puede depender de la relación entre los actos, pero sin que ello empezca la posibilidad de concurrencia de la habitualidad fundada en actos de naturaleza heterogénea, en la medida en que la concreta relación existente entre los mismos para el sujeto puede, pese a tal heterogeneidad, bastar como vínculo apto para originar el hábito. En definitiva, MIR PUIG, admite que la habitualidad pueda ser tanto específica como genérica, caracterizándose esta última por ser ingenera el objeto del hábito. En último extremo, el citado autor entiende que "las diferencias entre hechos de naturaleza criminal no pueden evitar que todos ellos posean, como mínimo un denominador común, esto es, su naturaleza delictiva, por lo que cabe pensar que su repetición en ciertas condiciones, pueda suponer en determinados sujetos la disminución de la capacidad de inhibición, frente a hechos que, como los repetidos, posean carácter penal"<sup>540</sup>.

Esta reflexión, no obstante, la realiza MIR PUIG, acerca de la habitualidad subjetiva del art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social. Respecto a la habitualidad objetiva del C.p, la tendencia ha sido reconocer solamente la posibilidad de la habitualidad específica<sup>541</sup>. En este sentido, ha de traerse de nuevo a

---

<sup>540</sup> MIR PUIG, S.: "La habitualidad...", cit., pág 146.

<sup>541</sup> De hecho, el mismo MIR PUIG, en relación con la habitualidad del

colación la posición de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS<sup>542</sup>. Según la mencionada autora, la naturaleza de la habitualidad tiene que ser específica por la propia razón de ser de esta institución que no es sino la especialización del sujeto en la comisión de delitos de la misma naturaleza, entendiendo que poseen la misma naturaleza aquellos delitos que pertenecen al mismo capítulo en virtud de lo dispuesto en el art. 94 del Código penal. En palabras de dicha autora, "la reiteración de la conducta en la actualidad afecta a la cantidad de pena cuando se observa un inicio a la especialización de delitos de la misma naturaleza (reincidencia) o cuando el sujeto ya está especializado (habitualidad). La punición de la antigua reiteración, sin embargo, ha desaparecido porque de la repetición de hechos de distinta naturaleza no puede deducirse la llamada especialización o profesionalidad en el delito".

En consecuencia con lo anterior, no es de extrañar que respecto al vigente art. 153, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS manifieste su consideración de la habitualidad contemplada en el mismo como una excepción a la regla general en la que el sujeto es considerado un habitual aunque realice actos de distinta naturaleza. Para la autora

---

Código penal, afirma rotundamente que aquél no conoce la fórmula de la habitualidad genérica, acudiendo sólo a la habitualidad para supuestos de repetición de un mismo tipo de conducta. Vid. MIR PUIG, S.: "La habitualidad...", cit., pág. 145.

el maltratador no es jurídicamente un habitual, sin perjuicio de que pueda llegar a serlo si los actos de violencia que realiza son de la misma naturaleza, por ejemplo, si sólo amenaza o sólo lesiona de manera reiterada. En definitiva, el legislador crea en el art. 153 un concepto de habitualidad al margen de su propio fundamento.

Personalmente, y como ya ha sido manifestado a la hora de tratar la naturaleza objetiva o subjetiva de la habitualidad, no participo de esta forma de entender la habitualidad. Ni creo que el fundamento de la habitualidad criminal sea la especialización en la comisión de hechos de la misma naturaleza, ni tampoco que la habitualidad se conciba para delincuentes por tendencia y especializados en la comisión de determinados hechos delictivos. Una cosa es la habitualidad criminal objetiva, como elemento fundamentador o agravador de lo injusto, y otra, el delincuente habitual, que hemos dicho corresponde con la habitualidad subjetiva. La primera, como vertiente de derecho positivo, encuentra su fundamento en la pluralidad de actos que se repiten con un objetivo sentido unitario. En palabras de AYALA GARCÍA el elemento que da sentido a la formulación típica del delito habitual, es el hábito,

---

<sup>542</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: La violencia doméstica..., cit., págs. 222-226.

entendido no ya como habitualidad del sujeto, ni como costumbre a él incorporada, sino como repetición de actos dotada de sentido unitario. El segundo, o habitualidad en su vertiente criminológica, sí que podría entenderse fundamentado en la especialización o tendencia a cometer nuevos y semejantes delitos, ya que el ligamen o vínculo que une a los hechos que componen la habitualidad sí es relevante al basarse esa habitualidad en la incorporación subjetiva de la costumbre o la inclinación o tendencia al delito, pero lo cierto es que esta modalidad de la habitualidad no aparece contemplada en el vigente código penal, ni siquiera -recordemos- en el art. 94<sup>543</sup>. Este último introduce una nueva modalidad de habitualidad objetiva para el supuesto concreto de la exclusión de los beneficios de los sustitutivos penales de la pena privativa de libertad, novedad también del C.p. de 1995.

Partiendo, por tanto, del fundamento que hemos señalado a la habitualidad criminal, y rechazando, no obstante, la habitualidad excesivamente genérica de la que hablaba MIR PUIG, en la que bastaba para justificar la especificidad la naturaleza delictiva de los actos integradores de la habitualidad, entiendo que nada se opone, en mi opinión, a la consideración de que la

---

<sup>543</sup> Vid. MIR PUIG, S.: "La habitualidad...", *cit.*, pág. 133, así como, AYALA GARCÍA, J.M.: "Delito permanente...", *cit.*, pág. 317.

habitualidad pueda poseer una naturaleza intermedia entre estos extremos que constituyen lo específico y lo genérico<sup>544</sup>. Dicha circunstancia, es precisamente la que caracteriza a la habitualidad que aquí nos ocupa, pues no pudiendo admitir la especificidad absoluta de los hechos que componen la habitualidad del art. 153, sí que es posible, sin embargo, reconocer que entre dichos actos existe un vínculo más fuerte que el de simplemente poseer un carácter delictivo. Tal ligamen, se encontraría en el ejercicio de violencia que todos los actos que integran la habitualidad deben suponer, y ello por muy diferentes que puedan ser los bienes jurídicos afectados a partir de cada uno de ellos<sup>545</sup>.

La modalidad de habitualidad del art. 153 es la única que permite que los actos que la integren sean de distinta naturaleza. En este sentido, sí que cabría señalar que supone una excepción a lo que ha sido y sigue siendo la regla general en materia de habitualidad criminal.

## **2.2. Concepto de 'Habitualidad' en el art. 153: interpretación doctrinal y jurisprudencial**

---

<sup>544</sup> De hecho, la afirmación de MIR PUIG, respecto al rechazo mostrado por el C.p en cuanto a la habitualidad genérica, no implica que el autor se esté declarando férreo partidario de la habitualidad específica. A mi juicio, el autor deja la puerta abierta a esta posibilidad. MIR PUIG, S: "La habitualidad...", *cít.*, pág. 145. En la pág. 133 señala que el problema se plantearía en supuestos de habitualidad genérica.

<sup>545</sup> La especificidad era mayor antes de la reforma del 99, al admitir el precepto únicamente actos de violencia física.

En un primer momento, ante la ausencia de una definición legal de la habitualidad, el concepto de dicho elemento se fue perfilando a partir de las aportaciones que en este sentido iban realizando la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país. Ahora bien, la tarea de elaborar un concepto de la habitualidad que respondiera adecuadamente a la *ratio legis* del art. 153, esto es, que sirviera eficazmente a las expectativas de ofrecer a la víctima de la violencia doméstica una protección penal suficiente no fue, como puede imaginarse, una labor sencilla. Tal cometido siempre se ha visto condicionada por el respeto del principio *non bis in idem*, que recordemos prohíbe castigar dos veces el mismo hecho, así como, por las exigencias de un Derecho penal que juzgue el hecho y no al autor. Muestra de esta dificultad que se viene comentando han sido tanto la constante evolución a la que se ha visto sometido el concepto, jurisprudencial y doctrinalmente, siempre con vistas a posibilitar una mejor aplicación judicial del mismo, como la circunstancia de que el legislador no haya sido capaz de elaborar hasta la fecha, por más que haya introducido cuatro pautas orientativas para su apreciación, una definición legal tasada de lo que debe entenderse por ejercicio "habitual" de violencia. Veamos entonces, antes de analizar dichas

pautas, como se ha ido produciendo esa evolución, incluso aun después de que se publicara la L.O 14/99 de 9 de junio.

**2.2.1. Primeras aclaraciones: la habitualidad como un concepto fáctico distinto de la reincidencia; el criterio matemático-numérico con sus primeras limitaciones.**

**A) Doctrina**

BOIX/ORTS/VIVES y MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN fueron los primeros autores en pronunciarse acerca del significado de la habitualidad en el art. 153 (entonces art.425). Todos ellos coincidieron en señalar el carácter fáctico del concepto y su diferencia, en consecuencia, de la reincidencia, por un lado, junto con la exigencia de realización de tres actos o conductas de violencia como mínimo para poder hablar de habitualidad. Esto último según la interpretación que del término habitualidad había venido haciendo la jurisprudencia en relación con otras figuras delictivas<sup>546</sup>.

Esta forma de entender la habitualidad como concepto fáctico comprensivo de tres actos violentos se extendió

---

<sup>546</sup> Vid. BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER E./VIVES ANTÓN, T.S.: La reforma penal..., cit., pág. 123; MUÑOZ CONDE, F./BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I./GARCÍA ARÁN, M.: La reforma penal..., cit., pág. 106.



rápidamente en la doctrina española al tiempo que se recogía de forma creciente en la jurisprudencia<sup>547</sup>

También la Fiscalía General del Estado mediante su Circular 2/1990 se decantaría, aunque indirectamente, por este criterio, al optar, frente a una interpretación de la habitualidad en un sentido jurídico de multirreincidencia en faltas de maltrato, por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad "la repetición de actos de idéntico contenido siempre que reúnan las condiciones de cuantificación numérica y proximidad cronológica exigidos normalmente por la jurisprudencia a los llamados delitos de hábito". La particularidad de esta Circular es que ya recogía claramente el límite temporal al que debía someterse el criterio matemático-numérico de los tres actos<sup>548</sup>.

El siguiente paso en la evolución del concepto vino dado fundamentalmente por TAMARIT SUMALLA, quien se encargó de matizar que "la comprobación de la presencia de al menos tres agresiones físicas, no podía operar de modo automático

---

<sup>547</sup> Entre la lista de autores partidarios de este criterio fáctico-matemático, vid. CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: "El nuevo art. 425...", cit., pág. 1186; CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de...", cit., pág. 58; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, (10 Ed°), Valencia, 1995, pág. 126; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: Comentarios al Código penal (dir. por RODRÍGUEZ MOURULLO), Madrid, 1997, pág. 440; GONZÁLEZ RUS, J.J.: Manual de ..., cit., pág. 170.

<sup>548</sup> También BUSTOS RAMÍREZ se decanta por este criterio al señalar que por habitualidad hay que entender varios hechos ligados temporalmente con una determinada continuidad, y por varios, por lo menos, más de tres, vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de..., cit., pág.65.

como criterio para definir la habitualidad, debiéndose excluir la aplicación del tipo cuando los distintos hechos no respondan a una cierta unidad de contexto (dada en gran medida por una relación de convivencia habitual) y proximidad temporal"<sup>549</sup>.

Claramente se adhieren a las restricciones señaladas por TAMARIT SUMALLA, ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA y ya, más recientemente, GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO. Aquéllos manifestando que la apreciación de la habitualidad no puede ser en modo alguno tan sólo matemática: "el criterio meramente numérico no puede ni debe ser el determinante exclusivo de la concurrencia de la habitualidad. Se precisará que tales actos respondan a una unidad de contexto, reveladora de la persistencia de una conducta violenta o sistemáticamente agresiva sobre determinado o determinados miembros del grupo objeto de protección penal, y a una cierta proximidad cronológica entre los distintos actos violentos, acomodándose mejor al ámbito de la falta el acto aislado o esporádico aunque se repita"<sup>550</sup>. Estas últimas, considerando que la única manera de que el juez llegue al convencimiento de que el estado de agresiones es permanente o que el sujeto activo hace de las violencias una forma de comunicación normal es mediante la exigencia

---

<sup>549</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.. "La reforma de...", cit., pág. 180.

<sup>550</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: Delito de..., cit., pág.

de constatación de tres actos de violencia conectados espacial y temporalmente. El matemático es, según tales autoras, el criterio que dota de mayor seguridad jurídica a esta materia, seguridad que no existiría si quedase al arbitrio de jueces y tribunales el determinar cuándo la violencia sistemática puede ser calificada de habitual<sup>551</sup>.

### **B) Jurisprudencia**

Por lo que respecta a la jurisprudencia, desde el primer momento se aprecia en las sentencias dictadas por los tribunales en materia de malos tratos habituales una referencia a los límites del criterio numérico, sobre todo, en lo que se refiere al límite temporal. El resultado de esta forma de entender la habitualidad se ha traducido fundamentalmente en un elevado número de sentencias absolutorias por la falta de acreditación suficiente de esos tres o más actos de violencia física que debían integrar la habitualidad así entendida. Baste citar como ejemplo las siguientes sentencias: SAP Gerona 05-06-1998 (núm 204/1998, ED 13075) SAP Tarragona 21-12-1998 (núm 670/1998, ED 37866); SAP Castellón 13-04-1999 (núm 27/1999, ED 37866); SAP Barcelona 20-05-1999 (núm 519/1999, ED

22142); SAP Madrid 26-04-1999 (núm 161/1999, ED 15416); SAP Barcelona 31-05-1999 (núm 571/1999, ED 22093); SAP Lérida 10-09-1999 (núm 465/1999, ED 32836); SAP Pontevedra 20-01-2000 (núm 2/2000, ED 3700). De este grupo, aunque haya alguna sentencia, como esta última, en la que la absolución haya estado plenamente justificada, por describirse en el *factum* de la sentencia un sólo hecho en el que se pega a la mujer y se clava un cuchillo a la hija, lo normal es que la absolución se haya debido a una interpretación estricta del criterio de los tres actos, bien porque estos no se han detallado con exactitud en cuanto a lugar o fecha, bien porque siendo más de tres las agresiones, sólo dos lo han sido físicas. Como claro ejemplo de lo anterior, *vid.* SAP Tarragona 21-12-1998, en la que se logran acreditar dos faltas de lesiones y varios empujones, pero el tribunal no aplica el art. 153 por entender que esos empujones no tienen la suficiente entidad, así como la SAP Cádiz 08-01-2001, secc° 8ª, núm 7/2000, donde se acreditan dos agresiones físicas y no se tienen en cuenta, en virtud del principio de irretroactividad, los episodios de violencia psíquica. También la SAP Castellón 13-04-1999, aunque no lo diga abiertamente, condena sólo por violación y no por malos tratos habituales porque estos no están lo suficientemente acreditados, pues únicamente consta la

declaración de algunos amigos de la víctima que afirman haber visto a la víctima con moratones sin que haya de ello prueba médica objetiva que lo certifique. Por lo demás, resulta interesante la SAP Gerona 05-06-1998 en la que sólo se tienen en cuenta dos episodios agresivos porque el primero (delito de lesiones) ya fue sentenciado individualmente -y de hacerlo, se infringiría el principio *non bis in idem*- y porque otros dos son constitutivos de amenazas.

**2.2.2. Nuevas restricciones al criterio matemático-númeroico: el giro hacia la globalidad y la tendencia a relativizar la importancia del elemento cuantificador de la habitualidad**

**A) Doctrina**

La idea de fijar límites, como el de la proximidad temporal y espacial, al criterio matemático de los tres actos servía *a priori* para dar mejor respuesta al principio de justicia material, que hubiera resultado claramente perjudicado de aplicarse el criterio matemático de una forma automática. Sin embargo, seguía sin resolver los problemas de aplicación del precepto, procedentes sobre todo del entendimiento numérico de la habitualidad: ¿qué pasaba si alguno de esos tres actos había sido ya juzgado por falta, o si ésta había prescrito? ¿qué actos había que reconducir a la cláusula concursal, sólo los delitos y las faltas de resultado, los delitos y las faltas de cualquier

clase que fueran? ¿cómo hacer, en definitiva, para poder aplicar el precepto sin vulnerar el *bis in idem* subyacente al mismo debido al hecho de contener un elemento "habitualidad" integrado a partir de actos susceptibles, *per se*, de ser calificados con arreglo a otras figuras del Código?

Varios fueron los autores que intentaron dar solución a esta problemática desde muy diversos planteamientos.

RUIZ VADILLO, por ejemplo, dejó planteadas dos posibles soluciones: determinar que la tercera falta de malos tratos sobre la base de unos hechos de análoga significación y sobre el mismo grupo familiar se transformara en delito descontándose de la pena a imponer las que se hubieran podido fijar por las dos anteriores, o bien, considerar que existe habitualidad cuando, prescindiendo de las condenas anteriores, se lleven a cabo en un período de seis meses dos o más actos de análoga significación<sup>552</sup>.

La solución ofrecida por GRACIA MARTÍN, como ya hemos tratado a propósito de la determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de la habitualidad, revistió tintes menos prácticos y más dogmáticos. El citado autor defiende una habitualidad objetivo-subjetiva en la que no sólo se exige una repetición de actos de idéntico contenido sino

que éstos sean además expresión de que en el sujeto se ha formado un hábito, inclinación o tendencia a su realización. Entiende, por tanto, la habitualidad como una característica personalísima del autor, como un elemento subjetivo del injusto, en concreto de tendencia. Para inferir la habitualidad lo importante, viene a decir, GRACIA MARTÍN, no es tanto probar un número determinado de agresiones cuanto demostrar que en el autor existe la predisposición o tendencia a seguir realizando agresiones, pues pudiera ser que habiendo realizado el sujeto tres actos, sin embargo, se tratase de un delincuente pluriocasional en el que no está arraigado el hábito<sup>553</sup>.

Pero es, sin duda, la doctrina sentada por la CIRCULAR de la FGE la que marcará el punto de inflexión en el tratamiento o la interpretación, doctrinal y jurisprudencial, del concepto de la habitualidad. Al igual que las propuestas doctrinales anteriores, la fiscalía se resiste a abandonar el criterio matemático. Sin embargo, para salvar una posible vulneración del *non bis in idem* como consecuencia de la aplicación del precepto la Fiscalía decide combinar el criterio objetivo matemático con el

---

<sup>552</sup> RUIZ VADILLO, E.: Código penal..., cit., pág. 1924.

<sup>553</sup> Por esta razón, el citado autor considera decisivo la prueba de que en el autor que ha realizado los tres hechos se dé una inclinación o predisposición psíquica a la realización de actos violentos contra las personas que conviven con él, para lo cual será preciso realizar la correspondiente actividad probatoria pericial, vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 457-461.

entendimiento de la habitualidad como un todo global diferente de la suma de los distintos actos que configuran dicho todo.

Ya habían mostrado algunas pinceladas de ésta interpretación del concepto tendente a relativizar la importancia del elemento cuantificador autores como CUELLO CONTRERAS o DEL ROSAL BLASCO, pero es esta Circular la que más claramente se pronuncia al respecto<sup>554</sup>.

En un principio, la Circular parece decantarse por el criterio matemático, exigiendo que se declare probada la realidad de cómo mínimo tres actos violentos por parte del sujeto activo, ya sea en sentencias condenatorias distintas que guarden conexión entre sí, ya sea en una sólo sentencia. Sin embargo, frente a la pregunta de qué hacer si alguno de los actos aislados ha prescrito, la Circular responde con la que vamos a denominar teoría de la globalidad: la violencia habitual es una actividad permanente que no cabe señalar cometida en momentos concretos sino que, aunque se manifieste en actos

---

<sup>554</sup>Según CUELLO CONTRERAS, lo que convierte la falta en delito no es la pluralidad sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es la permanencia del trato violento, *vid.* CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de...", *cit.*, pág. 11. También DEL ROSAL BLASCO, quien señala el deber del legislador en este caso de atender, más que al número de veces en que se logre constatar la agresión, al hecho de que el autor haga del maltrato y la agresión una forma de relación y comunicación normal con cualquiera de las víctimas que menciona el precepto, *vid.* DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos tratos...", *cit.*, pág. 159. OLMEDO CARDENETE, en cambio, considera a este último autor como claro precedente de la habitualidad subjetiva, *vid.* OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., *cit.*, pág. 95.



susceptibles de ser singularizados, se despliega durante todo el tiempo y también en el lapso de tiempo que media entre los concretos actos de violencia; la violencia habitual es algo más que la mera suma de los actos en que se manifiesta; la habitualidad debe entenderse como conducta reiterada distinta de cada uno de los actos de violencia que la integran pero evidenciada por estos; lo que el legislador pretende reprimir es junto a tales concretas manifestaciones la creación de un clima de violencia sostenida en el entorno familiar más próximo. En definitiva, la habitualidad no deja de existir por la prescripción de uno de los actos que la componen, pues se trata de una conducta distinta de aquélla<sup>555</sup>.

## **B) Jurisprudencia**

En el ámbito de la jurisprudencia esta tendencia a relativizar el elemento cuantificador se plasma en diferentes posturas, algunas de las cuales, van más allá de lo fijado por las anteriores posiciones doctrinales en el sentido de relativizar el elemento cuantificador hasta el punto de llegar a prescindir incluso del mínimo de los tres actos:

---

<sup>555</sup> CIRCULAR 24 de Octubre 1998, n° 1/1998: Intervención del Ministerio Fiscal en la presunción de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

a) en un primer bloque cabe incluir aquellas sentencias que, partiendo del criterio sostenido por la circular del 98, demuestran un giro hacia el entendimiento de la habitualidad como algo global, no obstante seguir manteniendo el criterio mínimo de los tres actos: SAP Córdoba 21-04-1999, (núm 25/1999, ED 12410), donde se acredita que el padre había maltratado a la madre en multitud de ocasiones durante los veinte años de convivencia matrimonial y, en concreto, durante los tres años anteriores a la sentencia aunque no consten las fechas concretas ni los partes médicos acreditativos de las agresiones, " siendo lo importante es que el juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente" (FJ 3º), tal y como ha deducido el juez en este caso a partir de la prueba testifical de los familiares (FJ 5º); SAP Valencia 15-04-1999 (núm. 169/1999, ED 17012), en la que, habiendo resultado acreditadas cuatro faltas de lesiones, dos cometidas sobre la madre y otras dos sobre el hijo, además de existir otras dos denuncias por faltas similares que no llegaron a sentencia por desistimiento de la esposa denunciante, así como ampliación de la última denuncia por haber sido objeto de amenazas por parte del acusado, el FJ 1º señala que lo que se castiga en el art. 153 es la situación de violencia permanente en que

se obliga a vivir a los componentes de la unidad familiar más allá de las acciones aisladas.

b) un segundo bloque estaría compuesto por sentencias que, no especificando el número mínimo de agresiones que deben integrar la habitualidad, se refieren a la existencia de agresiones cercanas. Así, la STS 20-12-1996, (núm. 1060/1996, ED 8999): se hace constar en el *factum* que "a causa del alcoholismo, el procesado, y con intención de persuadir a su esposa para que se abstuviera de consumir bebidas alcohólicas, le propinó golpes y palizas, constatándose las mismas en manifestaciones hechas por aquélla a la psicóloga que la atendía en consultas de 3 de diciembre de 1.992, 25 de enero de 1.993 y julio de 1.994, entre otras, hechos que nunca denunció ni por los que se siguió causa penal alguna. Hechos que, según se ha hecho constar anteriormente, constan igualmente en declaraciones de algunos familiares. A la mañana del día siguiente al 15 de agosto en el mencionado domicilio, el procesado agredió a su esposa, le presionó el cuello y le ocasionó de forma inmediata la muerte por asfixia mecánica por estrangulación a mano que produjo un reflejo inhibitorio mortal por estímulo de las terminaciones nerviosas laríngeas del neumogástrico. Habiendo de entenderse por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta

proximidad cronológica, tal y, como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas" (FJ 7°); STS 26-06-2000, (núm 1161/2000 ED 15367), en la que se nos encontramos con malos tratos ejercidos sobre un bebe desde los cinco meses por el padre, teniendo éste que ingresar en el hospital tres veces en el término de un año, la última de las cuales lo hizo en estado de parada cardiorrespiratoria de la que pudo salir con los cuidados y atenciones recibidas en el centro hospitalario, además de nueve fracturas costales y múltiples hematomas por todo el cuerpo; también SAP Badajoz 27-03-2000 (núm 28/2000, ED 6486), entre otras.

No obstante, se trata de sentencias en las que normalmente se han acreditado tres actos.

c) finalmente, habría que destacar el bloque construido con sentencias que entienden la habitualidad en un sentido subjetivo y no objetivo. Así, la SAP Sta Cruz de Tenerife 23-04-99, (núm 464/1999, ED 17442): "no basta con la mera repetición de actos, ni resulta determinante, ni decisivo el numero de los actos realizados -tres o más- sino que tal dato objetivo y cuantitativo debe ser complementado con otras exigencias adicionales. Se requiere, en consecuencia, una investigación minuciosa que permita deducir, aparte de

ese elemento objetivo de la realización de una serie de actos de violencia física por parte del sujeto activo, esa inclinación o tendencia a repetición de actos ..." (FJ 2°). En este caso, el problema radica en que aunque los actos de violencia física eran tres, uno de ellos ya había sido condenado individualmente, el tribunal contesta que no existe *bis in idem*, porque ese doble castigo lo permite la ley a través de su cláusula concursal. Esta sentencia parece acoger la postura ya comentada de GRACIA MARTÍN.

### **2.2.3. Interpretación doctrinal y jurisprudencial de la habitualidad después de la reforma operada por LO 14/99. El abandono del criterio matemático-numérico y la consiguiente relativización del criterio cuantificador**

#### **A) Doctrina**

Después de la reforma de 1999, la tendencia doctrinal a relativizar el requisito cuantificador, a fuerza sobre todo de completarlo con otras exigencias adicionales, se va transformando en una solución más radical en el sentido de llegar a preferir la sustitución de dicho criterio por otras pautas interpretativas. Ello, no obstante, sigue existiendo un sector doctrinal importante partidario de

mantener el mínimo de los tres actos por razones de seguridad jurídica.

Al primer grupo pertenecería el sector partidario de un entendimiento de la habitualidad desde la globalidad, integrado entre otros por los autores GARCÍA ARÁN y DEL MORAL GARCÍA.

GARCÍA ARÁN sostiene, en efecto, que por mucho que la habitualidad indica pluralidad de situaciones ello no significa que la interpretación y prueba de los hechos a calificar deba ser exclusivamente cuantificadora, ni dirigirse a establecer cuantos actos o agresiones se han producido. La habitualidad es para la citada autora un concepto fáctico criminológico que significa repetición y constancia en un comportamiento sistemático. En definitiva, dicha interpretación permite según GARCÍA ARÁN solventar algunos problemas probatorios que se producirían de pretender establecer un número determinado de agresiones concretas, conectadas espacial y temporalmente, al tiempo que posibilita respetar el principio *non bis in idem*, principio que no prohíbe que la existencia de condenas anteriores por faltas de malos tratos, con o sin lesión, sea valorada como indicio o como prueba, junto a otro

material probatorio, de que el comportamiento violento del sujeto activo es algo "habitual"<sup>556</sup>.

También parece pronunciarse a favor del criterio de la globalidad DEL MORAL GARCÍA. La propuesta de dicho autor es compleja por cuanto si a priori parte de que se deben exigir por lo menos mas de dos actos, esto es, tres como mínimo, seguidamente matiza que en el ámbito procesal probatorio eso no significa que tenga que probarse los tres actos detalladamente ya que basta con que se haga referencia, por ejemplo, a que la situación se repita con frecuencia si con ello el juez llega a la convicción determinante de un pronunciamiento condenatorio<sup>557</sup>.

Igualmente, cabría ubicar junto a la de estos autores la posición de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, por cuanto dicha autora considera conveniente que se deje, tal y como hace la ley, un margen de discrecionalidad al juez para fijar en cada caso el número de actos -dos, tres, cuatro- necesario para provocar en la víctima un trato degradante que la reduzca a la consideración de mera cosa. En definitiva, estima adecuado que el juez disponga de cierta flexibilidad respecto al número de actos y al tiempo que debe transcurrir entre ellos para estimar o no la concurrencia de este delito, y en definitiva, el atentando a su

---

<sup>556</sup> GARCÍA ARÁN, M.: "Problemas...", cit., págs. 70 y 71.

<sup>557</sup> Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de violencia habitual...",

integridad moral, pues puede suceder que dos hechos constituyan por su gravedad un atentado de la integridad moral de la víctima, digno de protección del art. 153 del vigente Código penal y, en cambio, cuatro agresiones de menor entidad no suponer tal lesión<sup>558</sup>.

En el segundo grupo, incluiríamos, en primer lugar a GRACIA MARTÍN que interpreta la habitualidad desde un punto de vista objetivo-subjetivo, exigiendo además de los tres actos la constatación de una tendencia o ánimo del sujeto a seguir maltratando<sup>559</sup>.

También MAQUEDA ABREU sostiene una postura parecida a la de GRACIA MARTÍN si bien con una notable diferencia en cuanto que además de los tres actos exige que se demuestre que esa reiteración de conductas agresivas conlleve un peligro posible o acaso probable de que bajo ese clima de violencia continuada que describe la situación típica se incremente, de modo relevante, el daño para la salud física o psíquica de las personas que sufren el maltrato y que permanecen bajo la esfera del dominio del agresor. Respecto al criterio matemático y, en consonancia con lo anterior, MAQUEDA ABREU entiende que a partir de la definición que ofrece el precepto, la reiterada exigencia jurisprudencial

---

cit., pág.325 y 326.

<sup>558</sup> Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit., pág. 230.

<sup>559</sup> GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., págs. 459 y ss.



de los tres actos debe relativizarse y quedar, a lo sumo, como criterio indicativo de la citada peligrosidad, dato donde reside el verdadero injusto material, pues de no verificarse esta última no debería según la autora aplicarse el art. 153. Una respuesta proporcional a la gravedad de la conducta exigiría castigarla por un concurso de faltas o como una falta continuada<sup>560</sup>.

Finalmente, OLMEDO CARDENETE se ha pronunciado declarándose defensor del criterio según el cual la acreditación de los tres actos de violencia tiene que ser un mínimo del que se ha de partir, sin perjuicio de que para la demostración del estado de agresión permanente propio de esta figura delictiva se recurra también a elementos probatorios de muy diversa índole, y aunque la evidencia de las agresiones no tenga por qué materializarse en una fijación exacta y detallada de cómo y cuando aquellas se produjeron. De otra forma, esto es, si se prescinde de ese mínimo, se corre el peligro de incriminar el hábito o inclinación del autor incurriendo así en la aceptación de un presupuesto de Derecho penal de autor que centraría el contenido de injusto en una simple propensión o proclividad del sujeto activo a la práctica de conductas violentas. Por otra parte, cualquier postura que prescinda

---

<sup>560</sup> Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L: "La violencia habitual en...", cit., págs. 1522 y 1526.

de la prueba de un mínimo de conductas violentas infringiría abiertamente, según el citado autor, la actual redacción del art. 153, pues el legislador supedita expresamente la estimación de la habitualidad al número de actos que resulten acreditados<sup>561</sup>.

Lejos de quedarse en la crítica de una determinada interpretación de la habitualidad del art. 153 destaca la posición de CORTÉS BECHIARELLI. Este autor muestra un acérrimo rechazo a la regulación legal que se ha hecho de la habitualidad y, en general, a la configuración de este elemento como esencia o fundamento del delito de violencia doméstica. Dicho autor tilda el concepto dado por el legislador de "estrambote legal" que no aporta nada sustantivo a su configuración normativa, y que sólo presenta inconvenientes de todo orden, que no hacen sino agravar el ya complicadísimo itinerario legislativo y aplicativo de esta figura. Para el autor, a día de hoy, la cuestión qué sea verdaderamente la habitualidad es todavía un enigma, de futura interpretación judicial ciertamente

---

<sup>561</sup> OLMEDO CARDENTE, M.: El delito de..., cit., págs. 94, 100, 102 y 104. También parece seguir inclinándose por el criterio de los tres actos CHOCLÁN MONTALVO al exigir la concurrencia de actos de violencia sistemática o continuada: "es el ataque sistemático, repetido en breves periodos de tiempo, el que proporciona el contenido de injusto de este delito". El citado autor no se pronuncia expresamente acerca del número de actos parciales que deben probarse en el juicio pero si según la RAE, por sistema hay que entender "aquel que procura obstinadamente hacer siempre cierta cosa o hacerla de cierta manera sin razón ni justificación", seguro que como mínimo el autor parte de la existencia de tres actos. Cfre. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: "La violencia...", cit., pág. 4.

desconocida, y que puede poner en peligro el derecho fundamental a la igualdad de los ciudadanos por no decir de la inseguridad jurídica a la que conduce tan evanescente definición. El concepto de la habitualidad se presenta sin sometimiento a regla o parámetro objetivo de clase alguna, quedando, en realidad, al albur del juzgador su determinación concreta en lo que viene a suponer el patrocino, *ex lege*, de un desmedido arbitrio judicial<sup>562</sup>. En definitiva, lo que propone el mencionado autor es que la denominada violencia doméstica no tenga como criterio rector la señalada habitualidad, pues no es preciso que se repitan actos de violencia para que esta conducta sea considerada sin más delito y no falta. Debería, por tanto, desaparecer este elemento del tipo de forma que una sola agresión proyectada sobre alguno de los sujetos pasivos del actual art. 153 del Código penal ya pudiera ser constitutiva de un delito de lesiones, aun cuando no se den

---

<sup>562</sup> El mencionado autor señala que se trata de una definición hueca e indeterminada que no define nada. Critica, por un lado, que no se haya concretado el número de agresiones probadas que han de integrar el concepto, por el peligro que ello supone para la seguridad jurídica y el principio de igualdad, y porque frente a la falta de criterios objetivos los de naturaleza subjetiva se acabarán imponiendo en la práctica forense. El segundo de los criterios elaborados por el legislador merece el mismo rechazo que el primero y por la misma causa: la no fijación de un parámetro temporal concreto convirtiéndose en un nuevo elemento de distorsión interpretativa. Finalmente, respecto del último de los criterios, dicho autor pone en tela de juicio la utilización del término enjuiciamiento en lugar de hablar de condena, por lo que ello supone de peligro para el principio de cosa juzgada, y por la transgresión, patrocinada *ex lege*, que en general supone dicha pauta en relación con el principio *non bis in idem*. Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit, págs. 73-75 y 90-97.

los requisitos de carácter objetivo que exige el art. 147.1 del mismo texto<sup>563</sup>.

Este planteamiento ha sido adoptado por el Informe elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial y aprobado por el Pleno del CGPJ el pasado 21 de Marzo de 2001 sobre el tratamiento judicial de la violencia doméstica que sugiere, entre otras medidas, una reforma del Código penal para que castigue como delitos las agresiones familiares no habituales, siempre que aquéllas alcancen la intensidad suficiente para provocar la lesión o puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones. En los demás casos, objetivamente de menor entidad, la respuesta no debería provenir, según el informe, del ámbito penal, sino de la jurisdicción civil, para que esta adoptara las medidas coactivas procedentes en proporción a su entidad, y para que, además, tuvieran adecuado reflejo en el ámbito

---

<sup>563</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito ..., cit., págs 62-64 y 105-106. Resulta muy interesante el análisis que realiza dicho autor de la tramitación parlamentaria, y en concreto, de las cuatro enmiendas que fueron presentadas al Proyecto de Ley 14/1999 con ánimo de, o bien eliminar el elemento de la habitualidad, o bien tratar de perfilarlo a partir de una definición que exigiera dos y no tres actos de violencia para considerar la habitualidad. Las dos primeras (quinta y sexta), formuladas por el Grupo mixto, que pretendían la desaparición de la habitualidad, fueron rechazadas por veintisiete votos en contra frente a un único a favor, y son las que básicamente coinciden con el planteamiento y propuesta del autor; las dos segundas: la enmienda n° 14, del Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida, y la n° 25, firmada por la diputada Cristina Almeida Castro, perseguían su cuantificación, fueron finalmente retiradas por lo que este importante punto, el de la cuantificación del número de agresiones necesarias, quedó falto de cualquier debate, circunstancia que el autor censura

familiar mediante la adopción de las correspondientes medidas de protección de los otros miembros del grupo familiar. La aceptación de tal propuesta se traduciría, a mi juicio, en la consideración de delito de todos los supuestos ahora incardinables en las faltas de lesiones siempre que estos se llevaran a cabo en el ámbito familiar y la desaparición de la falta de malos tratos del art. 612.2, cuyos supuestos serían competencia del juez civil. Así se conseguiría salvar la insuficiente respuesta que ofrece actualmente, tal y como señala el Informe, el ámbito penal ante la imposibilidad legal de adoptar en tales casos medidas cautelares y de protección de la víctima maltratada verdaderamente eficaces<sup>564</sup>.

## **B) Jurisprudencia**

Entre las sentencias que acogen el criterio de la globalidad cabe señalar las siguientes:

La STS 7-7-2000 (núm. 1208/2000, ED 23053): "lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma es la frecuencia o repetición que

---

rotundamente. Vid. *ibidem.*, págs. 65-69.

<sup>564</sup> Este informe de 70 folios, como ya vimos, analiza la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica para después, además de sugerir una lista de soluciones legislativas y organizativas de todo tipo, proponer una Guía práctica de actuación de los jueces contra la violencia doméstica. Vid. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de Marzo de 2001 sobre la problemática jurídica

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. En el caso, *la sola lectura del relato histórico pone de relieve que no se está ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgida aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, lo que permite su consideración como habitual*" (FJ 6º)<sup>565</sup>; citando a la anterior pueden verse: la SAP de Cáceres 14-5-2001 (AP 2001/12199); también STS 24-06-2000 (núm. 927/2000, ED 15864) y la SAP Baleares 06-04-2000 (núm. 89/2000, ED 16546), o la SAP de Murcia 1-3-2000 (núm 15/2000, ED 6766) que se acoge a este criterio porque alguna de las agresiones han prescrito.

Las que se decantan por el entendimiento subjetivo de la habitualidad son menos. Así, la SAP Córdoba 26-10-2000

---

derivada de la violencia doméstica, págs 55 y 56.

<sup>565</sup> La cursiva reseña lo que en esencia supone el criterio de la globalidad: la exigencia de la acreditación de que la víctima vive en un estado de agresión permanente sin necesidad de que dicha

(núm 80/2000 ED 49032): "se ha dicho que la esencia de la habitualidad, como elemento fundamentador o agravante de lo injusto, radica en la inclinación del sujeto a la comisión de determinados hechos que llega a constituir un hábito. Por tanto, no cabe hablar de que sean precisos tres actos previos para poder hablar de habitualidad, se ha de estar al caso concreto para ver si existe esa inclinación del acusado hacia este tipo de conductas..." (FJ 2º). Esta sentencia se decanta claramente por la habitualidad entendida desde un punto de vista subjetivo, tal y como se deduce del hecho de que afirme que no hace falta acreditar los actos integrantes de la habitualidad porque lo que se ha de hacer es ir al caso concreto para ver si en el sujeto existe esa inclinación a cometer el delito. La SAP de Sta Cruz de Tenerife, que hemos analizado en el apartado anterior, por el contrario, parece estar exigiendo la acreditación de la tendencia o inclinación del sujeto a maltratar como exigencia adicional y complementaria de la de los tres actos violentos, aunque puede que quizá tampoco cierre del todo la puerta a que se baje este límite mínimo al decir que "el número de los actos realizados no resulta determinante ni decisivo".

---

acreditación se haga a través de la constatación de por lo menos tres actos violentos.

Finalmente, cabría destacar sentencias en las que se manifiestan otras formas de relativizar el elemento cuantificador: por ejemplo, a través de permitir integrar el concepto con agresiones ejercidas sobre varias víctimas SAP Soria 21-12-2000, (núm 77/2000, ED 62590), en la que el reo ha sido condenado por dos delitos de lesiones y existen dos denuncias anteriores de su mujer por malos tratos y amenazas continuas, leyéndose en el FJ 1º lo siguiente: "la habitualidad es algo más que una suma de actos aislados y puede bastar para un pronunciamiento condenatorio el que la situación se repita con frecuencia, siempre que exista una cercanía temporal y una unidad de contexto aunque sean diferentes las víctimas".

Otra vía mencionable puede ser aquélla en la que se flexibiliza el término 'violencia psíquica' para incluir supuestos que, en principio, tienen difícil cabida dentro de lo que es el ejercicio de violencia física o psíquica sobre una persona: SAP Barcelona 28-11-2000, (núm 769/2000, ED 62861), donde se manifiesta la tendencia a relativizar la exigencia del elemento cuantificador porque acreditando tres actos, uno de ellos consiste en agujerear la pared del comedor, acción que considera incluida dentro de la violencia psíquica.

También relativiza la STS 07-09-2000 (núm 1366/2000, ED 27673), según la cual "El recurrente ha realizado en más



de tres ocasiones actos de agresión física...", si bien realmente se acreditan sólo un delito de lesiones y una falta de lesión leve cometidas sobre madre e hija. El resto se infiere de la declaración de la madre que afirma haber discutido con anterioridad a tales hechos en varias ocasiones con el acusado, quien le exhibió un cuchillo amenazándola y la golpeó en varias ocasiones sin alcanzar a la hija menor. Aquí lo que se relajan son las exigencias de acreditación de los tres actos, ya que no se requiere la demostración detallada de cada uno de los actos.

### **2.3. Toma de postura e interpretación de las pautas legales que ofrece el art. 153 en orden a una más fácil apreciación de la habitualidad**

A mi modo de ver, la habitualidad a la que se refiere el art. 153 del Código penal debe interpretarse partiendo del mínimo de los tres actos, sin que en este sentido pueda concederse al juez un margen de discrecionalidad. La acreditación de los tres actos ha de resultar imprescindible, constituyendo un mínimo<sup>566</sup>, a salvo de un supuesto muy concreto cual es el de aquellos casos en los que los malos tratos se producen de forma casi continua durante largos periodos, hasta el punto de traducirse en

---

<sup>566</sup> En este sentido, *vid.* OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de violencia..., *cit.*, pág. 94.

algo cotidiano, casi diario o semanal. En dichos supuestos, el juez puede condenar por el art. 153 aunque no se hayan acreditado con fechas y detalladamente los concretos actos de violencia, siendo suficiente la acreditación genérica de esa situación de persistente maltrato sobre la víctima basada en declaraciones de la propia víctima u otros testigos<sup>567</sup>.

No obstante, el criterio numérico ha de completarse además con la exigencia de que la continuidad con que se llevan a cabo tales hechos produzca en el sujeto pasivo una humillación grave de su persona<sup>568</sup>.

Pues bien, para valorar cuándo se ha producido ésta última habrá que atender a todas las circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas, concediéndose de esta forma un margen de maniobra al juez para que estime si, de acuerdo con todas ellas, el sujeto ha sufrido o no un menoscabo grave de su integridad moral. Dentro de las objetivas, circunstancias decisivas serán la apreciación del elemento cronológico, la gravedad de cada uno de los

---

<sup>567</sup> Vid. SAP Asturias 25-11-99 n°. 650 ED 44685, en el que las palizas se sucedían con una periodicidad semanal, así como SAP La Coruña 2-11-98, rec. 946, ED 37722, en la que se acreditan puntualmente sólo dos agresiones demostrándose los demás malos tratos de forma genérica por testigos.

<sup>568</sup> Respecto a esta exigencia, *vid.*, en el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, si bien teniendo en cuenta que su posición difiere de la aquí expuesta en la medida en que parece no exigir el mínimo de los tres actos, centrando el peso de la habitualidad sobre la acreditación de que con la reiteración de actos se haya provocado un trato degradante de la persona reduciéndola a la consideración de mera cosa, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit.,

actos, el hecho de la convivencia, etc. Dentro de las subjetivas, deberá valorarse cómo o cuál es la relación (de dependencia afectiva, económica, de convivencia, etc) que une a los sujetos, así como cuál es la situación o estado de ánimo en que se encuentran víctima y agresor. Siendo imprescindible, en todo caso, que el juez o tribunal argumente su decisión pormenorizadamente en la sentencia, en aras de salvaguardar el principio de igualdad.

Desde estas coordenadas hemos de afrontar el análisis de las pautas legales recogidas por el legislador de 1999.

Como es sabido, la Ley de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, junto a otras importantes modificaciones, como la de la ya comentada incorporación al precepto del castigo de la violencia psíquica habitual, se caracteriza por contener el primer intento de normativización del concepto de la habitualidad. El legislador obedece así a la recomendación formulada por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de definir el término habitualidad para que se entienda por tal "cualquier conducta repetida demostrada por el medio que sea"<sup>569</sup>, desoyendo, no obstante, las voces

---

pág. 230.

<sup>569</sup> Vid. El país, 21 de octubre de 1998, pág. 30.

del mismo que le exigían además una definición precisa. De manera que, lejos de ofrecer una definición exacta de la habitualidad, el precepto no hace sino incorporar una serie de criterios para que el juez los pueda tener en cuenta a la hora de apreciar la habitualidad. Estos cuatro criterios son: el número de actos de violencia que resulten acreditados, la proximidad temporal de los mismos, la indiferencia de la víctima sobre la que se ejerce la violencia y la indiferencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Qué ha de entenderse por cada uno de ellos es algo que se analizará a continuación.

Se trata básicamente de pautas o criterios muy flexibles o generales que exigen por nuestra parte de la fijación de unas directrices interpretativas restrictivas o limitadoras.

Por lo que respecta a la primera nota: "se atenderá al número de actos que resulten acreditados", ya hemos dicho que se ha de exigir un mínimo de tres agresiones. La tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria ha sido en este sentido pacífica<sup>570</sup>.

---

<sup>570</sup> Vid., antes de 1999, autores y sentencias recogidos en el apartado A del apéndice 2.2.2 de este capítulo, así como, después de la reforma del 99, entre otros autores: CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., págs. 73, 74 y 82; GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito..., cit., pág. 71; AYALA GARCÍA, J.M.: "Delito permanente...", cit., pág. 328; TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 107; y fundamentalmente, OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., pág.

No obstante, de un tiempo a esta parte -sobre todo después de la reforma del 99- se advierte por parte de la doctrina un entendimiento relajado del requisito numérico. No lo consideran exigible los siguientes autores: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, por las razones ya vistas, esto es, porque la flexibilidad es buena para una mayor aplicación del precepto y la clave no está tanto en la cifra de actos como en que exista un comportamiento sistemático que supone un trato degradante para la víctima; MAQUEDA ABREU, porque al no exigirlo el legislador pudiendo haberlo hecho, dicho criterio debe quedar a lo sumo como criterio indicativo de la mayor peligrosidad que existe o puede existir para la salud física o psíquica de la persona en los casos de violencia doméstica; GARCÍA ARÁN, por mostrarse partidaria de un concepto fáctico criminológico de la habitualidad no cuantificador en el que se debe probar el comportamiento sistemático del agresor, sin que ello suponga tener que probar todos y cada uno de los hechos individualmente; DEL MORAL GARCÍA, de forma similar, critica más que la exigencia de los tres actos (pues en principio parte de dicho requisito al exigir más de dos actos), el hecho de que el Código se refiera a su acreditación, ya que según dicho autor, se puede apreciar la habitualidad aunque no se concreten los distintos actos de forma total, siendo

---

suficiente la referencia a que la situación se repite con frecuencia; finalmente, tampoco parece exigirlo GRACIA MARTÍN pues, si bien es cierto que en un primer momento parece exigir la existencia de tres actos, además de una comprobación adicional en el sentido de que se acredite la concurrencia de una inclinación a realizar actos violentos por parte del agresor mediante la correspondiente actividad probatoria pericial, más tarde realiza, respecto a la prueba de dichos actos, una matización en el sentido de no tener que probar todas y cada una de las agresiones, bastando con la prueba del estado de cosas en que el sujeto activo se convierte en un tirano familiar<sup>571</sup>.

Sin embargo, la posibilidad de admitir como regla general, y no como excepción, que se aprecie la habitualidad con sólo acreditar dos agresiones, aunque ya haya sentencias en ese sentido, entiendo que, además de representar un grave peligro para el derecho penal del hecho, contraría el propio significado gramatical de la palabra habitualidad, y con ello el principio de taxatividad que debe inspirar la elaboración de la ley penal. La flexibilidad concedida por esta ley al juez es algo positivo siempre que se fijen unos mínimos o núcleos

---

<sup>571</sup> Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia..., cit., pág. 232; vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: "La violencia habitual...", cit., pág. 1522; vid. GARCÍA ARÁN, M.: "Problemas interpretativos...", cit., pág. 70; vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de...", cit., págs. 325,

esenciales que impidan la arbitrariedad o inseguridad jurídica. El hecho de que el legislador no haya exigido o fijado esos mínimo debería criticarse y, sobre todo, no interpretarse en perjuicio del reo. En definitiva, entiendo que no cabe priorizar sin más la mayor aplicación del precepto sobre razones mucho más fundamentales como preservar el principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, debe insistirse en la idea de que los tres actos de violencia física o psíquica, al constituir un mínimo, no han de determinar necesariamente la apreciación automática del art. 153. Eso significa que por arriba el juez sí que tiene un margen amplio de maniobrabilidad en lo que se refiere a comprobar si dadas las circunstancias del caso puede colegirse o no del mismo que la víctima ha sido menoscabada gravemente en su integridad moral<sup>572</sup>. Sin que ello tenga que llevar consigo un relajamiento general del requisito de la acreditación de los actos que fundamentan la habitualidad. Se acerca a esta forma de entender la habitualidad y su acreditación la posición de OLMEDO

---

326; vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 461.

<sup>572</sup> La acreditación podrá hacerse a través de cualquier medio probatorio sin necesidad de que exista un parte médico u oficial acreditativo del daño causado ni por supuesto la denuncia de tales actos, bastando con la mera declaración de la víctima cuando no haya otros testigos y siempre que se cumplan los requisitos jurisprudenciales establecidos en estos casos, de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la declaración. No obstante, que tales hechos hayan sido denunciados o exista respecto a los mismos un informe médico con el testimonio de amigos, vecinos o familiares facilitará enormemente la labor de la acusación particular o el fiscal.

CARDENETE, quien, no obstante defender rotundamente el criterio del mínimo de los tres actos, afirma que "la evidencia de las agresiones no tiene por qué materializarse exacta y absolutamente detallada de cómo y cuándo aquéllas se produjeron, aunque sí en sus rasgos esenciales, esto es, en cuanto a la naturaleza, gravedad, efectos, dinámica, así como una mínima delimitación temporal de las mismas que permita afirmar la existencia de una proximidad cronológica entre ellas"<sup>573</sup>. Es mi opinión, sin embargo, que aun se ha de ser más riguroso en lo que respecta a dicha acreditación. Así, se ha de intentar que ésta sea lo más detallada posible, incluyendo fechas y pormenores, sobre todo cuando se trata de demostrar hechos que de constituir el delito de violencia doméstica lo van a hacer rozando el mínimo de los tres actos. El único caso en el que cabe admitir una cierta relajación de la prueba, ya lo hemos comentado, sería el de supuestos en los que la reiteración es algo tan cotidiano que las agresiones se llevan a cabo diaria o semanalmente. Me sumo en consecuencia a la opinión de CORTÉS BECHIARELLI cuando propugna que en los procesos criminales contra agresores domésticos se aplique el criterio general de idoneidad de la prueba para evitar que los mismos se conviertan en un juicio moral de estos

---

<sup>573</sup> Vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., pág. 104.



últimos, debiendo en definitiva aquellos regirse con criterios estrictamente jurídicos<sup>574</sup>.

Respecto al requisito temporal, esto es: "que se atienda a la proximidad temporal de los mismos", resulta verdaderamente complicado fijar algunas directrices restrictivas mínimas que sirvan con carácter general a todos los casos de violencia habitual. En efecto, se puede intentar trazar criterios razonables en orden a estimar la existencia de esa proximidad cronológica que menciona el precepto pero, estos nunca podrán convertirse en reglas, más o menos fijas, aplicables para todos los supuestos. De manera que respecto a este requisito la discrecionalidad del juez sí que será mayor. En todo caso, entiendo que una cosa es cierta y es que la proximidad cronológica de los actos o agresiones vendrá siempre limitada por cuál sea el periodo de referencia sobre el que se valora la existencia o no de la habitualidad. En los periodos largos las exigencias de proximidad podrán relajarse mientras que en

---

<sup>574</sup> Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito..., cit., pág. 78. No comparto el entendimiento que hace OLMEDO CARDENETE de la posición de dicho autor en el sentido de permitir que la acreditación se haga fijando las correspondientes coordenadas espacio-temporales, de cada uno de los actos de violencia, con mayor o menor precisión, porque el citado autor se está refiriendo a la obligación legal que incumbe a los testigos, no a cómo debe ser la acreditación. Unas líneas más abajo, además, vuelve a insistir en que la habitualidad, como cualquier otro elemento del tipo, deberá ser probada en la única forma que es preciso hacerlo, esto es, precisando la concurrencia de varias actuaciones a través de la acreditación de cada una de ellas, de forma y manera concreta. Cfre. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito..., cit., pág. 105, así como CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 82.

los cortos tenderán a aumentarse. No comparto la opinión de aquellos autores que fijan topes máximos o mínimos en relación con los periodos de referencia sobre los que se asiente la habitualidad. Así OLMEDO CARDENETE, cuando fija un plazo máximo aproximado y relativo de tres años para la concurrencia de la proximidad cronológica<sup>575</sup>. No creo, en definitiva, que sea acertado fijar límites respecto al periodo de referencia sobre el que se ha de valorar la existencia o no de proximidad. Lo importante, a mi juicio, es que de los hechos se deduzca que estamos ante un comportamiento sistemático y que no se trata de agresiones que se producen de forma ocasional o esporádica, no pudiéndose establecer a priori ningún tipo de plazo razonable en orden a dicha apreciación desde el momento en que esta sistematicidad se puede cometer durante dos, tres, cuatro, cinco, diez o veinte años, así como incluso durante tres, cuatro o cinco días<sup>576</sup>.

Otros autores como DEL MORAL GARCÍA apuntan criterios en orden a la apreciación o no de la conexión temporal. Este autor afirma que el transcurso de largas temporadas de convivencia en el respeto mutuo rompe la habitualidad, o que un acto de violencia cada año no es ni puede ser

---

<sup>575</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., pág. 107.

<sup>576</sup> No nos debe preocupar la posibilidad de contemplar periodos tan largos en la medida en que la prescripción del delito no comienza hasta el momento mismo en que cesa la situación de permanente

habitualidad, sí efectivamente durante ese periodo el suceso no se repite ni existe un clima propicio a la reiteración<sup>577</sup>. Pero tales afirmaciones deben ser matizadas pues la realidad demuestra que el drama de la violencia doméstica se puede producir aunque existan periodos de respeto mutuo (porque el sujeto haya dejado de beber durante una larga temporada o se haya arrepentido de su conducta) entre la pareja o entre agresor y víctima, dentro de periodos violentos más amplios, al igual que puede suceder que el sujeto arremeta violentamente contra la víctima solamente una vez al año, eso sí, durante muchos años de dura convivencia. En ambos casos, entiendo que sería aplicable el art. 153.

El tercer criterio legal resulta, si cabe, mucho más problemático: "que se pueda apreciar la habitualidad con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo". La única forma posible de interpretar dicha pauta sin contradecir el carácter individual y personalísimo del bien jurídico que, a mi juicio, fundamenta este delito, entiendo que pasa por considerar que la violencia psíquica se puede causar sobre la víctima también mediatamente, esto es, empleando a alguna de las

---

violencia.

<sup>577</sup> Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de...", cit., pág. 326.

personas que también menciona el precepto como instrumento en el sentido de ejercer violencia física o psíquica sobre ella para en realidad conseguir dañar o intimidar al verdadero sujeto pasivo del delito que en este caso no coincidiría con el de la acción agresiva<sup>578</sup>.

No cabe pues, en virtud de este criterio legal, sumar las distintas agresiones cometidas sobre los diversos miembros familiares para alcanzar con dicha suma la acreditación de los tres actos mínimos de la habitualidad, que sería la interpretación más fácil que permite el precepto. De aceptar tal interpretación, estaríamos introduciéndonos en el peligroso mundo del Derecho penal de autor que castiga al tirano familiar en lugar de los distintos actos de tiranía que realiza aquél, y estaríamos además transformando el bien jurídico "integridad moral" en un bien jurídico de titularidad colectiva o impersonal: la familia, paz y convivencia familiar, relaciones familiares,

---

<sup>578</sup> Sobre el problema que plantea la posibilidad de valorar autónomamente las lesiones psíquicas de terceros distintos al sujeto pasivo, *vid.* GÓMEZ RIVERO, C: "Algunos aspectos...", *cit.*, págs. 75 y ss. La citada autora se muestra partidaria de valorar autónomamente estas lesiones psíquicas causadas a terceros cuando el autor haya buscado o, al menos, aceptado como escenario singular de su conducta el escenario especial del marco familiar. Según esto, no es necesario que el autor del hecho utilice a un tercero como instrumento, sino que bastará con que ejerza algún acto de violencia sobre el mismo, extendiéndose el clima de violencia creado sobre el sujeto que normalmente es agredido (por ejemplo la madre) para que la lesión psíquica causada sobre ese tercero, que en este caso será la madre, se pueda valorar de forma independiente.

armonía familiar, son algunas de las maneras con las que se ha intentado llamar a este bien jurídico<sup>579</sup>.

En suma, las tres agresiones que se acrediten han de haberse cometido sobre la misma persona aunque la violencia pueda recaer en ocasiones sobre una persona distinta (ej padre que ejerce violencia física sobre un hijo queriendo con ello intimidar o maltratar a la madre), y ello sin perjuicio de que el resto de agresiones que recaigan sobre otros miembros de la familia se castiguen igualmente por la cláusula concursal o puedan en su caso integrar dos delitos del art. 153 (si el maltrato se ejerce sistemáticamente contra varios miembros de la familia)<sup>580</sup>.

---

<sup>579</sup> En el mismo sentido, atendiendo fundamentalmente a la incompatibilidad de un sujeto pasivo colectivo y la consideración de un bien jurídico personalísimo o al miedo de poner en peligro los pilares básicos de nuestro Derecho penal, vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., pág. 100 y TAMARIT SUMALLA, J.M.: "La reforma penal...", cit., pág. 2. En sentido contrario, esto es, considerando acertada esta pauta interpretativa de la habitualidad, entendiéndola como posibilidad de que el juez sume los actos cometidos sobre los distintos miembros del ámbito familiar para integrar la habitualidad del delito, vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 73; MAQUEDA ABREU, M.L.: "La violencia habitual...", cit., pág. 1528 y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit., pág. 236. De las anteriores posiciones, resulta comprensible que las tres primeras autoras consideren adecuada la referencia legal a la posible indiferencia del sujeto pasivo que reciba la agresión, pues todas ellas parten de un bien jurídico concretado en el peligro que representa para la salud el conjunto de actos violentos que integran el delito de violencia doméstica. Sin embargo, no alcanzo a comprender cómo compagina la última autora citada el hecho de defender que el bien jurídico sea la integridad moral de la víctima si luego permite que los actos violentos recaigan sobre distintas personas del ámbito familiar refiriéndose a una especie de atentado colectivo contra la integridad moral.

<sup>580</sup> En sentido parecido, aunque sin precisar demasiado, vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: "La violencia doméstica", cit., pág. 5, cuando afirma que no está excluido que la violencia física empleada por el agente contra uno de los miembros de la unidad familiar se traduzca en violencia psíquica frente a los demás que pasiva e impotentemente

Finalmente, la referencia a que "la habitualidad se aprecie con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores", sólo puede entenderse pacíficamente en el sentido negativo de la expresión, esto es, como que no hace falta que exista denuncia, enjuiciamiento o condena de los actos violentos para poder luego apreciarlos a la hora de integrar la habitualidad, pudiendo valorarse todos ellos en un sólo proceso<sup>581</sup>. La otra cara de la moneda, que sería la de atender al significado positivo de la frase, esto es, que se pueda volver a tener en cuenta el acto violento aunque éste ya haya sido objeto de enjuiciamiento, resolvería, en principio, muchos problemas de aplicación del delito pero supondría en algunos casos un peligro grave y evidente de vulneración de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem procesal*.

La toma en consideración de las sentencias condenatorias como criterio indicativo de la habitualidad del sujeto se puede explicar, a mi modo de ver, considerando que no hay vulneración del *non bis in idem* en su vertiente material porque el fundamento con el que se castiga el mismo hecho es distinto al tratarse de bienes

---

asisten a ese tormento, como con frecuencia sucede con los hijos menores.

<sup>581</sup> Así, vid. SAP Córdoba 26-10-2000, n° 80, ED 49032; SAP Madrid 25-11-99, n° 748, ED 49527, cuando cita el criterio seguido por las SAP

jurídicos distintos, dado que para que se infrinja aquel principio tiene que haber identidad de hecho, de sujeto y de fundamento. Tampoco habría vulneración del principio en su vertiente procesal porque aquellos hechos no se vuelven a juzgar sino que la sentencia se trae al nuevo proceso como un dato que ya existe y la prueba de los mismos no se reabre.

Pero, en el supuesto de que hubiera habido un enjuiciamiento terminado con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre mi parecer es que no se podrían traer a colación los hechos afectados por la sentencia anterior porque en ese caso si que se produciría una clara vulneración del *ne bis in idem* en su vertiente procesal al menos, o lo que es lo mismo, de la cosa juzgada material en su efecto negativo<sup>582</sup>.

---

Barcelona, 31-5-99 y 20-5-99.

<sup>582</sup> Se ha de precisar la diferencia entre el principio *non bis in idem*, principio sustantivo del Derecho penal y el principio de cosa juzgada, principio fundamental del Derecho procesal. No obstante, el principio *non bis in idem* posee una vertiente material y otra procesal. La vertiente material impide que una misma infracción sea sancionada dos veces; la vertiente procesal es más amplia en el sentido de que lo que impide es que se abra un nuevo proceso o enjuiciamiento sobre el mismo hecho o *factum*, que no delito, *vid.* GARCÍA ALBERO, R.: *Non bis in idem* material y concurso de leyes, Barcelona, 1995, pág. 24. El principio de cosa juzgada penal tiene a su vez dos manifestaciones: la formal, esto es, la certeza de la sentencia o imposibilidad de impugnación, ya sea porque no quedan medios impugnatorios posibles, ya sea porque no se formuló el recurso oportuno en tiempo y forma; y la material, esto es, la vinculación de dicha sentencia en relación con otro proceso en el sentido de impedir que se abra un nuevo juicio sobre los mismos hechos, el mismo imputado y el mismo fundamento, que ya fueron objeto de sentencia absolutoria o condenatoria o, en su caso, auto de sobreseimiento libre, *vid.* GÓMEZ COLOMER, J.L.: Derecho jurisdiccional, III, Proceso penal, Barcelona, 1996, págs. 384 y 385.

En suma, el legislador ha sido, en mi opinión, muy impreciso a la hora de redactar esta pauta, sobre todo, en lo que se refiere a la utilización de la palabra "enjuiciamiento", pues la tendencia doctrinal y jurisprudencial más reciente está interpretando aquélla como posibilidad, no sólo de que los hechos que ya han sido objeto de sentencia condenatoria se puedan valorar -que no castigar- en un nuevo juicio<sup>583</sup>, sino incluso también como

---

<sup>583</sup> Vid.: DEL MORAL GARCÍA, A: "El delito de...", cit., pág. 329, según el cual para integrar la habitualidad del art. 153 se pueden tomar en consideración delitos o faltas ya condenados porque en el proceso penal no existe el efecto positivo de la cosa juzgada, pudiendo y debiendo los hechos volverse a probar y valorar en el nuevo juicio, constituyendo en este sentido la sentencia condenatoria un elemento importante de prueba, aunque no definitivo e incostetable; GRACIA MARTÍN, por su parte, afirma que no hay vulneración de la cosa juzgada porque no se trata de juzgar de nuevo los mismos hechos, sino de juzgar un hecho distinto como es el ejercicio habitual de violencia física y de aplicar una consecuencia jurídica que nada tiene que ver con las que fueron aplicadas a tales hechos ni con los supuestos de hecho específicos que fueron juzgados, GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 488; OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., págs. 111-113, porque, partiendo la integridad moral como bien jurídico del delito del art. 153, sólo se comprobaría una identidad plena respecto al sujeto, muy parcial en cuanto a los hechos y completamente diversa en cuanto al fundamento de la sanción; GARCÍA ARÁN, M.: "Problemas interpretativos...", cit., pág. 70, afirmando que el principio prohíbe que hechos ya sancionados lo sean de nuevo en otro proceso, al calificarlos como constitutivos de violencia física habitual, pero no el que la existencia de condenas anteriores por faltas sea valorada como indicio o como prueba, junto a otro material probatorio, de que el comportamiento violento del sujeto activo es algo habitual; TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 107, porque la prohibición del *non bis in idem* sólo alcanzaría a los actos de violencia física o psíquica que hayan formado parte de otro delito del art. 153; GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 74, CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE 1998, porque lo permite el propio artículo, los bienes jurídicos afectados son distintos y las infracciones son estructuralmente distintas: una es permanente y la otra ocasional y aislada; ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 119, porque aunque el bien jurídico sea el mismo, cada una de las infracciones afecta a una parcela distinta de dicho bien: parcela individual o colectiva de las relaciones familiares. En contra de esta interpretación, vid. CORTES BECHIARELLI, E.: El delito de..., cit., pág. 83, porque aprecia una absoluta identidad entre hecho, sujeto y fundamento, al tratarse



posibilidad de que los hechos que fueron objeto de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre se valoren de nuevo, discrepando de la valoración de prueba hecha en la sentencia anterior, y considerando, a los solos efectos de integrar la habitualidad, que esas conductas violentas existieron<sup>584</sup>.

Hechas tales consideraciones procede en este momento criticar no tanto estas interpretaciones que vienen haciendo autores y jueces para conseguir una mayor aplicabilidad del precepto cuanto, sobre todo, la labor del legislador a la hora de redactar el texto de la ley, pues es sin duda éste último el que propicia, con su forma imprecisa de redactar el texto de la ley, las interpretaciones arriba comentadas. En definitiva, lo que

---

básicamente de una misma acción, considerada una vez como el todo de una falta y, otra segunda, como la parte de un delito y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit., pág. 239, sumándose a la opinión del anterior autor.

<sup>584</sup> DEL MORAL GARCÍA, justifica tal posibilidad diciendo que en el proceso penal no hay efecto positivo de la cosa juzgada, de donde la absolución por un delito o falta de lesiones, no implica necesariamente la absolución por el delito de maltrato habitual en el que lo que se enjuicia no es un acto aislado, sino la situación creada. La cosa juzgada penal lo que impide, ante una sentencia absolutoria, es un nuevo enjuiciamiento sobre los mismos hechos pero no su valoración a los efectos de que ha existido habitualidad en un proceso abierto con posterioridad por el delito del art. 153. No se trata de los mismos hechos porque en el segundo proceso se está valorando una situación permanente haciendo abstracción de condenar específicamente el episodio individualizado, vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de...", cit., pág. 331. En contra de que se puedan traer a colación hechos sobre los que ya ha recaído un pronunciamiento judicial de absolución por inexistencia del hecho o falta de su prueba, así como que se pueda de nuevo intentar la prueba del hecho en el nuevo proceso por el delito del art. 153, porque la seguridad jurídica debe evitar que un mismo objeto se plantee sucesivamente ante distintos tribunales, aunque sea con una finalidad distinta, vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: "La violencia...", cit., pág. 5.

debe ser objeto de crítica es el hecho de que aquel no haya discriminado a la hora de referirse al enjuiciamiento anterior en el sentido de permitir que se tengan en cuenta condenas anteriores a los solos efectos de demostrar la habitualidad del sujeto, pero nunca que se puedan traer a colación de nuevo hechos que ya han sido objeto de sentencia absolutoria.

De todo ello se extrae la importante conclusión de que el precepto no es por esta referencia inconstitucional siempre que se interprete aquél restrictivamente. En definitiva, como el tenor literal permite alguna interpretación constitucional, entonces el precepto no incurre en inconstitucionalidad siempre que se interprete en el sentido arriba indicado.

#### **2.4. La habitualidad y la cláusula concursal frente al principio *non bis in idem***

Los problemas de constitucionalidad que plantea el precepto, en relación con una posible vulneración del principio *non bis in idem*, no se acaban con la interpretación de la pauta legal de apreciación de la habitualidad en el sentido arriba expuesto, sino que se extienden también a la cláusula concursal contenida en el art. 153: "será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".

Una primera lectura de esta cláusula concursal induce a pensar, por la utilización de la expresión "sin perjuicio", que lo que la misma está diciendo es que los hechos aislados, que unidos integran la habitualidad del delito, deben castigarse también por separado, esto es, en concurso real con la pena que se imponga en virtud del art. 153<sup>585</sup>.

El problema de constitucionalidad con el que nos podemos encontrar manteniendo tal interpretación surgiría en el mismo momento en que entendiéramos que la estructura del delito encaja mejor con los presupuestos del concurso ideal de delitos por tratarse de un solo hecho que produce

---

<sup>585</sup> Así entienden VIVES ANTÓN/GONZALEZ CUSSAC la cláusula concursal relativa al robo con violencia del art. 242 ("...sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase"), prácticamente idéntica a la contenida en el art. 153, entre otras razones, debido a que esa es la interpretación que abona el tenor literal del precepto, *vid.* VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal..., *cit.*, pág. 402. En el mismo sentido que los anteriores, y entendiendo "sin perjuicio" como "además de", *vid.* VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C: Nuevo Código Penal comentado (Ley 10/1995, de 23 de noviembre), Madrid, 1996, pag. 354. En la doctrina se inclinan por entender que el concurso del art. 153 debe ser real: TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma..., *cit.*, pág. 181; ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J: Delito de..., *cit.*, pág. 146; CUENCA SÁNCHEZ, J.C: "El nuevo artículo...", *cit.*, pág. 1189, puede admitirse la existencia de una relación medial pero siendo discutible la necesidad que como medio para estas figuras pueda constituir el delito del art. 425, tal vez, la solución del concurso haya de alcanzarse por las normas del real; ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., *cit.*, pág. 215; SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal..., *cit.*, pág. 137 de la 3ª ed° y 111 de la 2ª ed°; OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., *cit.*, pág. 142 y 146; CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: "La violencia...", *cit.*, pág. 5; Considerando que la solución concursal puede ser ideal sólo en el caso de que las violencias sistemáticas originen una lesión contra la salud mental de la víctima, teniendo que ser real en los demás casos, *vid.* CUENCA Y GARCÍA, M.J.: "La violencia habitual...", *cit.*, pág. 663; *Vid.*, finalmente, la Circular de la Fiscalía de 1998.

dos infracciones<sup>586</sup>. En ese caso, y siempre que fuera más beneficioso para el reo aplicar la regla penológica atenuatoria del concurso ideal de delitos, al castigar las diferentes infracciones por concurso real, estaríamos sancionando dos veces un mismo hecho e infringiendo, por tanto, el principio *non bis in idem*, no ya en su vertiente procesal, sino material<sup>587</sup>.

---

<sup>586</sup> Entre otros autores, partidarios de la solución del concurso ideal, vid.: GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 487.; BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T.S: La reforma..., cit., pág. 124; CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de...", cit., pág. 16, con la particularidad de que afirma el concurso de leyes en los supuestos de concurrencia con las faltas de malos tratos; RODRÍGUEZ RAMOS, L./COBOS GOMEZ DE LINARES, M.A./SÁNCHEZ TOMAS, J.M.: Derecho penal. Parte especial, Madrid, pág. 90; MONGE FERNÁNDEZ, A./NAVAS CORDOBA, J.A.: "Malos tratos...", cit., pág. 196, a propósito del concurso entre el art. 153 y el delito de homicidio; CEREZO DOMINGUEZ, M.I.: El homicidio..., cit., pág. 527, adhiriéndose a la posición de GRACIA MARTÍN; GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 41: "el que la habitualidad requiera de una pluralidad de hechos no impide admitir que es precisamente uno de los propios hechos que constituye la habitualidad el que permite la apreciación, al mismo tiempo, de otra infracción penal; luego en relación a esa infracción concreta, será la misma acción la que permita la apreciación de dos infracciones diferentes"; GOMEZ RIVERO, C.: "Algunos aspectos...", cit., pág. 83: "lo importante es que la acción en concreto forma parte (total o parcialmente del injusto) de dos tipos delictivos distintos". Finalmente, acogiendo una solución intermedia y proponiendo que estamos ante un concurso medial en el que los actos individuales son el medio necesario para atentar a la integridad de la víctima, unificándose aquellas infracciones que se encuentran en relación medio-fin de forma objetivamente necesaria, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia..., cit., pág. 302.

<sup>587</sup> En este sentido, vid. ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.: Delito de..., cit., pág. 148; SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal..., cit., pág. 111 de la 2ª edº, pág. 137 de la 3ª; afirmando que hay infracción del principio si se mantiene que el bien jurídico del art. 153 es la salud, DEL ROSAL BLASCO, B: "Violencias y ...", cit., pág. 160; abundando en esta problemática relativa a una posible vulneración del principio *non bis in idem*, vid. CORTÉS BECHIARELLI, E: El delito de..., cit., págs. 83 y ss.: "la vulneración del principio *non bis in idem* es poco menos que automática, pues no podrá negarse que recae, en definitiva, una duplicidad de sanciones penales en casos en los que se aprecia una absoluta e innegable identidad de sujeto, hecho y fundamento: es la misma acción, considerada, una vez, como el todo de una falta, y otra segunda, como la parte de un delito"; Afirmando que el art. 153 vulnera el principio *non bis in idem*, vid. MARÍN DE

Pero, vayamos por partes, y tratemos esta cuestión detenidamente empezando por las distintas interpretaciones que se pueden atribuir a la cláusula concursal.

Caben tres posibles interpretaciones de la misma: entender que las penas se han de castigar conforme al concurso de delitos y nunca por el de normas, gozando el intérprete de un margen de discrecionalidad en el sentido de aplicar, o bien un concurso ideal, o bien uno real, según que estemos ante un solo hecho o ante hechos diferentes, respectivamente (la cláusula estaría excluyendo el concurso de normas)<sup>588</sup>; entender que las penas se han de

---

ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia doméstica..., cit., págs. 240, 242 y 246. Aludiendo también a una violación patente de dicho principio, vid. DOLZ LAGO, M.J.: "Violencia doméstica habitual: mitos y realidades", La Ley, 5-05-2000, pág 5. Sin embargo, frente a los anteriores, vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de...", cit., págs. 329 y ss., quien afirma la compatibilidad de las sanciones por las faltas previas (o en su caso delitos) con la nueva sanción por el delito de maltrato habitual, siempre y cuando se establezca claramente la diversidad de bienes jurídicos entre ambos supuestos; en el mismo sentido que el anterior, vid. OLMEDO CARDENETE, M.: La violencia..., cit., págs. 111 y ss: no hay vulneración porque el bien jurídico es distinto, de modo que la identidad solo se puede comprobar de forma total respecto al sujeto y de forma parcial respecto al hecho, nunca respecto al fundamento.

<sup>588</sup> En este sentido se pronuncia SANZ MORÁN, en relación con la cláusula del art. 153, si bien en tono crítico, por entender que estamos ante un supuesto de aparente conflicto normativo a resolver según los criterios de subsidiariedad o consunción. El citado autor, después de hacer un repaso de algunas de las incongruencias a que conducen tales cláusulas, propone eliminar o reducir aquéllas al mínimo imprescindible, para dejar al arbitrio del juzgador y a las normas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular y de cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis concursal, SANZ MORÁN, A.J.: "Reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código penal de 1995", en El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al profesor Doctor Don ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, Granada, 1999, pág. 509 y 510 ; Mostrándose también reacio con la introducción de este tipo de cláusulas, e interpretándolas como exclusión del concurso de normas y remisión al de delitos, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 869 respecto a la cláusula del art. 177 (delitos contra la

castigar por separado en concurso real, independientemente de que haya o no un solo hecho (la cláusula excluiría no sólo el concurso de normas sino también el ideal)<sup>589</sup>; entender que esa cláusula simplemente está recordando que lo normal es que el hecho del art. 153 concorra con los delitos o las faltas en que se concretan los actos, sin suponer un cambio o alteración respecto a las normas generales del concurso, pudiendo aplicar el intérprete, según estime conveniente, cualquiera de las tres posibilidades: concurso de normas, concurso real o concurso ideal<sup>590</sup>.

---

integridad moral), pág. 1571 en relación con la cláusula relativa al delito de estragos del art. 346, a tenor de la cual el citado autor se manifiesta partidario de entender claramente que, cuando las cláusulas incluyen la referencia al castigo por separado, no se está con ello excluyendo el concurso ideal de delitos, sino tan sólo el concurso de normas por absorción o consunción); En el mismo sentido, vid. MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, E: Comentarios..., cit., pág. 1268 respecto a la cláusula del delito contra el secreto de empresa del art. 278.3, así como MORALES PRATS, RODRÍGUEZ PUERTA, M.J: Comentarios..., cit., pág. 1850, en relación con la cláusula del delito de cohecho del art. 419, y pág. 1921, a propósito de la cláusula del delito de abusos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo consistentes en la solicitud de dádivas sexuales, del art. 445 del C.p.

<sup>589</sup> En este sentido, vid. VIVES ANTÓN, T.S./GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal..., cit., pág. 402, en relación con la cláusula del delito de robo con violencia; CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC; Derecho penal..., cit., pág. 209, en relación con el art. 177 y los delitos contra la integridad moral; ORTS BERENGUER, E: Derecho penal..., cit., pág. 762, en relación con la cláusula del delito de cohecho del art. 419 y pág. 780, con respecto a la cláusula del art. 445. También MUÑOZ CONDE, en relación con el delito de estragos, aunque críticamente por entender que debería ser ideal, vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal..., cit., pág. 583..

<sup>590</sup> Vid., en este sentido, SÁNCHEZ OSTIZ, P.: "Consideraciones sobre el delito de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones", en La Ley, n° 5399, 2001, pág. 3; Vid., también, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: Los delitos societarios en el Código penal español, Madrid, 1998, pág. 248. En relación con el art. 153, entiende, pese a la cláusula, que podemos estar ante un concurso de normas en el que las lesiones o el homicidio resultantes absorberán el desvalor característico de la puesta en peligro de la víctima que hubiera resultado más gravemente

Si nos fijamos en otros preceptos del Código donde el legislador ha recurrido a la introducción de cláusulas concursales: delitos contra la integridad moral (art. 177); quebrantamiento de los deberes de custodia sobre menores o incapaces (art. 223); robo con violencia (art. 242.1); extorsión (art. 243), usurpación (art. 245.1), delito contra el secreto de empresa (art. 278.3), delito de publicidad engañosa (art. 282); abuso de información privilegiada (art. 284); delito de estragos (art. 346.2); agresión sexual agravada por el uso de armas y otros medios igualmente peligrosos (art. 180.5); abandono de menores o incapaces (art. 229.3); delito societario (art. 292), delitos contra la seguridad del tráfico (art. 383); cohecho (art. 419); abusos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo, a través de la solicitud de dádivas de carácter sexual (art. 445), lo primero que llama la atención es el diferente tenor de las mismas: "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder...", "sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si...", "sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos", "los hechos se castigarán

---

lesionada o muerta, apreciando en su caso la agravante de parentesco del art. 23, MAQUEDA ABREU, M.L.: "La violencia habitual...", cit., págs. 1529 y 1530. También, dando por buena esta solución, si no estuviera la cláusula concursal, y pese a defender que el bien jurídico es la integridad moral, (y no el peligro de que se incremente el daño a la salud física o psíquica de las personas que sufren el maltrato), MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia..., cit., pág.

separadamente...", "los jueces apreciarán la infracción más gravemente penada...", "se le impondrá además de las penas...".

Pues bien, no todas ellas se van a poder interpretar, desde mi punto de vista, de la misma manera. Por el contrario, atendiendo al significado gramatical de las mismas, cabe distinguir fundamentalmente dos clases de cláusulas: las introducidas por el vocablo "sin perjuicio", que permiten al juez una cierta discrecionalidad a la hora de decidir sobre el concurso de delitos aplicable y las que incluyen una orden más directa, en las que el intérprete no cuenta con margen de maniobra alguno.

Si esto es así, la que ahora nos ocupa no cabe duda que debe incardinarse dentro del primero de los tres grupos anteriormente mencionados, esto es, debe interpretarse como exclusión del concurso de normas, pero sin prejuzgar ("sin perjuicio") la clase de concurso de delitos que debe apreciar el juez. Pues, como ya hemos visto, cuando el legislador quiere excluir también el concurso ideal de delitos lo normal es que recurra al otro tipo de fórmulas más contundentes ("los hechos se castigarán separadamente" o "se le impondrá además de").

De este análisis sistemático de las cláusulas concursales contenidas en el Código penal aun podemos



extraer otras dos consideraciones interesantes. Por un lado, la constatación de la existencia en otros delitos de cláusulas prácticamente idénticas a la contenida en el art. 153. Así, las que se refieren a los delitos de robo con violencia en el 242.1: "el culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase", y de extorsión en el art. 243: "el que con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados"). Por otro lado, se observa una diferente rigurosidad del legislador a la hora de fijar la cláusulas concursales de los delitos contra la integridad moral. Así, frente a la establecida para el delito de violencia doméstica, que es la que estamos analizando, el art. 177 presenta la siguiente redacción: "si en los delitos descritos en los artículos precedentes además del atentado contra la integridad moral, se produjere lesión o daños a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un

tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos...".

La existencia de cláusulas semejantes podría sernos de gran ayuda, si respecto a las mismas existiera una interpretación más o menos uniforme. Ocurre, sin embargo, que tal interpretación viene rodeada de una gran discusión. Respecto de la cláusula del delito de robo con violencia, por ejemplo, mientras un sector se inclina por resolverla a favor del concurso real porque a ello conduce el tenor literal de la misma<sup>591</sup>, otro se decanta, sin embargo, por entender que estamos ante un supuesto de concurso ideal permitido por el tenor de la cláusula cuyo cometido no es sino la exclusión del concurso de normas<sup>592</sup>, no faltando autores que interpretan la cláusula en el sentido de poder apreciar incluso un concurso de normas<sup>593</sup>.

---

<sup>591</sup> En este sentido, *vid.* VIVES ANTÓN, T.S./GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal..., *cit.*, pág. 402; JAREÑO LEAL, A.: "El uso de armas en las lesiones y en el robo y el principio *non bis in idem*", en *La Ley*, n° 5216, 2001, pág. 4; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: Nuevo Código penal..., *cit.*, pág. 354.

<sup>592</sup> Rebatendo todos los argumentos esgrimidos por VIVES ANTÓN/GÓNZALEZ CUSSAC a favor del concurso real, y pronunciándose a favor del concurso ideal *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: "Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el art. 242 del Código penal", en *La Ley*, D-9, 1997, págs. 1823 y ss. Entendiendo que la cláusula excluye el concurso de normas pero sin pronunciarse acerca de si el concurso de delitos debe ser ideal o real, *vid.* DE VICENTE MARTINEZ, R: "Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas", en *AP*, n° 37, 1997, pág. 825.

<sup>593</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ señala que no son las reglas del concurso real las que deben operar, sino todas las que rigen los concursos (de normas y de delitos), si bien se muestra partidario, del concurso ideal en la mayoría de los casos de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones, *vid.* SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: "Consideraciones sobre...", *cit.*, págs. 3 y 5.

Por lo que respecta a la cláusula prevista en el art. 177, la mayoría de la doctrina entiende que estamos ante un supuesto que cierra no sólo la posibilidad de apreciar un concurso de normas sino incluso la posibilidad de apreciar concurso ideal o medial<sup>594</sup>. Pues bien, dado que dicha cláusula se refiere a delitos contra la integridad moral ésta deberá ser una interpretación a tener en cuenta a la hora de decidir la clase de concurso que debe aplicarse a los supuestos de violencia doméstica, si queremos mantener una interpretación coherente en atención al bien jurídico protegido por estas figuras.

Sigamos analizando, no obstante, los distintos argumentos que cabe barajar a favor de la aplicación de la normativa relativa al concurso real de delitos (arts. 73 y ss.), o bien de la prevista para el concurso ideal (art. 77), habida cuenta de que ya hemos establecido que la cláusula concursal del art. 153 permite *a priori* la apreciación tanto de una como de otra modalidad concursal.

En principio, es mi opinión que la estructura del delito encaja mejor con la idea de que estamos ante un supuesto de concurso ideal. Ello, sobre todo, si entendemos

---

<sup>594</sup> Vid., en este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: Los delitos contra..., cit., pág. 107; BARQUIN SANZ, J.: Delitos contra..., cit., págs 123 y ss, CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Derecho penal..., cit., pág. 209; Considerando que la cláusula solo excluye el concurso de normas aunque sin pronunciarse a favor de uno u otro, vid.: TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit, pág. 870 y MUÑOZ CONDE, F: Derecho penal..., cit., pag. 190.

el hecho como acción<sup>595</sup>, aunque también incluso si lo concebimos como acción más resultado material<sup>596</sup>. A priori,

---

<sup>595</sup> Partidarios de esta concepción, vid. SANZ MORÁN, A.J.: "El concurso de delitos en la reforma penal", en Unidad y pluralidad de delitos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 212: la unidad de acción del concurso ideal se caracteriza por la presencia de una actuación o manifestación de la voluntad que se exterioriza -con independencia del número de resultados materiales que produzca-, y, de otra parte, por la identidad al menos parcial, de la actividad típica ejecutiva, del proceso ejecutivo que está en la base de los tipos correspondientes; GARCÍA ALBERO, R.: Non bis in idem material..., cit., págs.294-319: No es el total sustrato valorativo lo que resulta coincidente en el concurso ideal (el comportamiento y sus cualidades) sino solo un parte de ese sustrato, esto es, un concreto comportamiento. La exigencia de una absoluta identidad del sustrato comporta una restricción excesiva de la operatividad del concurso ideal, aunque también es verdad que la posibilidad de aceptar la mera identidad parcial de los procesos ejecutivos típicos como suficientes para el concurso ideal conlleva el inconveniente de tener que aceptar la posibilidad del llamado concurso ideal por efecto de abrazamiento y de tener que incorporar a la parte especial del código reglas especiales para solucionar el concurso ideal homogéneo. Sin embargo, dado que no se pueden extraer ventajas suficientes de la tesis que identifica (como ventajas el autor cita la posibilidad de no aceptar el concurso ideal por efecto de abrazamiento y el argumento gramatical en cuanto que la ley habla de hecho y no de acción, sin embargo en contra manifiesta la excesiva restricción del campo de aplicación del concurso ideal y el aumento de la penalidad en los delitos imprudentes) hecho con todo el sustrato material objeto de valoración y no sólo con el momento ejecutivo (o acción), y dado que la coincidencia de los sustratos valorativos va a ser siempre parcial, no se comprende bien porque haya de preferirse la coincidencia menos parcial: acción mas resultado, que la más parcial: acción. En suma, en todo concurso ideal lo que se produce es un hecho constitutivo de un delito una parte del cual -su sustrato meramente fáctico- es condición necesaria aunque no suficiente de otra realización típica. La exigencia o no de resultado incidirá solamente en la mayor o menor incidencia parcial de ambos hechos, de donde para afirmar la presencia de un concurso ideal bastará con que al menos una parte del comportamiento concreto integrante de un hecho típico sea a su vez condición de la realización de otro tipo; GONZÁLEZ RUS, J.J, en COBO DEL ROSAL (Dir): Comentarios al Código penal, T.III, Madrid, 1999, pág. 948: La visión estrecha del concurso ideal no parece que se corresponda bien con el art. 77., que llega a tratar como concurso ideal de delitos los supuestos de concurso medial, que en realidad son casos claros de concurso real. Si en supuestos así, en los que hay una evidente pluralidad de hechos, se acepta el concurso ideal, no parece que pueda corresponder con el modelo de concurso ideal recogido en el Código el que exige la identidad total del presupuesto del hecho, como se hace cuando se incluye también el resultado dentro del mismo. Por ello, lo que define la unidad de hecho reclamada por el concurso ideal es la unidad de acción sin que ésta se rompa porque se produzcan varios resultados empíricos que dan lugar a varios delitos.

<sup>596</sup> Entre los partidarios de esta otra concepción sobre la unidad de

pareciera que sólo la primera concepción es compatible con los presupuestos del concurso ideal<sup>597</sup>. Sin embargo, tal y como señala VIVES ANTÓN, la identidad requerida por el art. 77 puede apreciarse cuando los diversos delitos tengan el mismo substrato material pero también cuando el substrato material de alguno o algunos de ellos sea parte del substrato material de otro, o lo que es lo mismo, cuando la coincidencia de los procesos ejecutivos de los tipos

---

hecho, *vid.* VIVES ANTÓN, T.S.: La estructura de la teoría del concurso de infracciones, Valencia, 1981, págs 10 y 11: en España la voz 'hecho' tiene además de un significado normativo en cuanto tipo de injusto, un sentido naturalístico en cuanto que equivale al sustrato de la valoración típica, y no a la valoración misma, pero el término hecho hace referencia a la totalidad de ese sustrato, esto es, al momento ejecutivo, al causal y al efectual, mientras que el de acción en sentido estricto apunta solamente a una parte del mismo, a la ejecución...; MIR PUIG, S.: Derecho penal..., *cit.*, pág. 655 de la 4ª ed°: partiendo de la idea de que la unidad de hecho depende de la descripción típica pues es ésta la que decide si varios actos forman parte de un solo hecho (apoderamiento y violencia en el robo violento) o si cada acto forma su hecho correspondiente (hurto o maltrato de obra, respectivamente), la tesis mantenida por la doctrina dominante en virtud de la cual se ha de atender únicamente a la conducta típica pero no al resultado, no resulta coherente, desde el momento en que los tipos no describen sólo conductas (delitos de mera actividad) sino que muchos exigen además la producción de un concreto resultado material que se ha de incorporar como elemento decisivo a la unidad de hecho de que se trate, al menos en Derecho español, en que la ley se fija en la unidad de hecho no de acción como ocurre en el sistema alemán; Finalmente, cabe destacar la postura de CÓRDOBA RODA quien siendo uno de los pioneros en mantener esta concepción, por entender que al pertenecer la finalidad, como voluntad dirigida a un a meta, al concepto de acción, la dirección de voluntad a varios eventos originará, pese a ser una sola manifestación volitiva, pluralidad de acciones o de hechos, cambió posteriormente de opinión en el sentido de entender el hecho como manifestación de voluntad en el exterior susceptible de integrar el tipo penal aunque produzca varios resultados todos ellos abarcados por el dolo del sujeto, *vid.* CÓRDOBA RODA, J: "El delito de detenciones ilegales", en ADPCP, 1965, pág.28, así como CÓRDOBA RODA, J.: Comentarios al Código penal, T.II, Barcelona, 1972, págs. 314-315.

<sup>597</sup> Excluyendo el concurso ideal tanto en uno como en otro supuesto por entender que no es posible afirmar la existencia de unidad fáctica entre el hecho de las lesiones y el ejercicio continuado de violencia, que forzosamente requiere una pluralidad de actos, *vid.* TAMARIT SUMALLA, J.M.: La reforma...., *cit.*, pág.181.

concurrentes sea sólo parcial<sup>598</sup>. En este segundo apartado sería, a mi juicio, donde encajaría el supuesto que nos ocupa según la segunda de las tesis expuestas<sup>599</sup>.

Es cierto que si interpretamos de una forma estricta la inclusión del resultado en la concepción del hecho nos podemos encontrar con un gran obstáculo para seguir manteniendo esta última afirmación, puesto que todos los resultados materiales que excedieran del mero ejercicio habitual de violencia darían lugar a la ruptura de la unidad del hecho y obligarían a aplicar las reglas penológicas del concurso real. Sin embargo, aun cabe, a mi juicio, hallar una posible justificación de lo dicho en la explicación que brinda MIR PUIG a la hora de fundamentar el diferente tratamiento que debe operar respecto al típico supuesto de concurso ideal homogéneo, esto es, una bomba que mata a diez personas, en cuyo caso procede la consideración de un concurso real de delitos debido a la diversidad de resultados materiales producidos, frente al paradigmático ejemplo del concurso ideal, esto es, atentado

---

<sup>598</sup> VIVES ANTÓN, T/COBO DEL ROSAL, M.: Derecho penal..., cit., pág.772. Considerando que hay concurso ideal en los casos de identidad parcial de los actos ejecutivos, vid. SANZ MORÁN, A.J.: El concurso de..., cit., pág. 152.

<sup>599</sup> Vid. la interesante nota a pie n°43 en la que VIVES ANTÓN contesta a las objeciones realizadas a su tesis por GARCÍA ALBERO, concluyendo que a partir de la misma nunca se ha pretendido mantener que el sustrato material deba ser enteramente coincidente, ya que lo que se dice es que el concurso ideal requiere completa unidad de hecho, lo que resulta perfectamente compatible con la identidad parcial de sustrato material, VIVES ANTÓN, T.S/COBO DEL ROSAL, M: Derecho penal..., cit., pág. 772-773.

con lesiones, en el que el concurso debe ser ideal por existir un único resultado material<sup>600</sup>. Pues bien, según esto, cabría afirmar, que en el delito del art. 153 también existe un único resultado material o empírico (que sería el de los distintos actos violentos, suponiendo que estuviéramos ante faltas o delitos de lesiones) y varios resultados ideales (el de la lesión de la integridad moral, por un lado, y el de las lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos atacados por distintos actos de violencia, por otro lado). En suma, el delito del art. 153 no tiene más resultado material que el correspondiente a los diferentes actos violentos que lo integran.

Estaríamos, en definitiva, dada la peculiar estructura del delito que nos ocupa, ante un supuesto de "concurso ideal por efecto de abrazamiento o abrazadera"<sup>601</sup>. Categoría propia del sistema alemán en virtud de la cual el concurso ideal se puede extender también a supuestos en los que dos acciones, en sí independientes, se ensamblan en una unidad de acción por el abrazo de un tercer hecho punible que concurre idealmente con cada uno de los hechos autónomos. Se trata normalmente de supuestos en los que el hecho que abraza a los otros dos es un delito permanente, continuado,

---

<sup>600</sup> Vid. MIR PUIG, S.: Derecho penal..., cit., pág. 655.

<sup>601</sup> En este sentido, vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 487. El citado autor se muestra partidario de la solución concursal según la cual, suponiendo que se produjeran lesiones, habría que

o en general un delito en el que la lesión legal se extiende temporalmente<sup>602</sup>.

Hasta aquí pareciera que debiéramos decantarnos por la posición doctrinal partidaria del concurso ideal. De hecho, contamos ya con pronunciamientos del Tribunal Supremo en ese sentido<sup>603</sup>.

---

apreciar un concurso ideal del concurso real que entre sí forman las mismas con el delito habitual.

<sup>602</sup> Vid. SANZ MORÁN, J.A.: El concurso de delitos. Aspectos..., cit., pág. 154-155.

<sup>603</sup> Vid. la STS 9-7-2001, que opta por la solución del concurso ideal para justificar que no hay infracción del *non bis in idem* por condenar por el art. 153 en base a dos faltas de lesiones ya condenadas más un intento de homicidio: porque los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y el tipo goza de sustantividad propia por la autonomía del bien jurídico que protege cifrado en la paz familiar. La citada sentencia parece acoger la tesis expuesta en la SAP Madrid 20-9-2000, n° 384, ED 48867: sustantividad del tipo pena por la autonomía del bien jurídico "paz familiar"; posibilidad de acreditar la habitualidad en base a hechos ya enjuiciados y condenados; y concurso ideal. También la SAP Cáceres 23-11-99, n° 82, ED 49860, considera aplicable el concurso ideal entre el delito del art. 153 y el delito de amenazas ya que el sustrato material de este último es parte de los malos tratos habituales, y por otro lado, las amenazas constituyen un medio necesario para la comisión e integración del delito. En general, el resto de sentencias lo normal es que no especifiquen si al castigar por concurso los distintos delitos lo hacen por concurso real o ideal (vid., por ejemplo, SAP Santa Cruz de Tenerife 23-4-99, n° 464, ED 17442), aunque todas parecen optar por el real. Expresamente, pronunciándose a favor del concurso real, vid. SAP Soria 21-12-2000, n° 77, ED 62590, STS 29-11-2000, N° 1832, ED 44223.

Por lo que respecta al castigo que acaban imponiendo tales sentencias, cabe destacar lo siguiente: por un lado, la STS 9-julio-2000 castiga por separado lo que es el delito del art. 153, a la pena de seis meses de prisión, y lo que es el intento de homicidio, a la pena de cinco años de prisión, en este caso porque ello es más beneficioso para el reo que imponerle la mitad superior de la pena más grave. Sea como fuere, considero que existe una tendencia jurisprudencial a castigar los delitos por separado aunque apreciando por lo que respecta al art. 153 la pena más leve posible. Por otro lado, la SAP de Madrid castiga el delito, obviamente, como si fuera un concurso real pues el concurso ideal ya no puede llevarse a cabo, la pena por la que acaban condenando al autor es de dos años de prisión con accesorias además de un pena de la imposición de una multa por una falta de daños, castigada ésta en concurso real con aquélla. Finalmente, la SAP de Cáceres es la sentencia donde más claramente se aprecia la aplicación de las reglas penológicas del concurso ideal. De hecho, en primera instancia se condena al sujeto por un delito de violencia doméstica a



Sin embargo, las grandes dificultades prácticas que plantea la resolución de este peculiar concurso ideal, así como la coincidencia de no pocos autores en cuestionar no sólo la admisión en el Derecho penal español de esta categoría propia del sistema jurídicopenal alemán<sup>604</sup>, sino incluso la posibilidad de establecer un concurso ideal entre un delito y un concurso de delitos<sup>605</sup>, exigen por

---

la pena de prisión de un año, y además, por un delito de amenazas con agravante de parentesco a la pena de prisión de un año y tres meses. La Audiencia Provincial de Cáceres revoca parcialmente dicha sentencia para castigar ambos delitos en concurso ideal a la pena de un año y ocho meses de prisión más accesoria, por entender que el concurso debe ser ideal desde que en 1999 se introdujo en el precepto el castigo de la violencia psíquica habitual ya que nos encontramos ante un supuesto de unidad de acción típica.

<sup>604</sup> Vid. el argumento, a mi juicio insuficiente, esgrimido por SANZ MORÁN, A.J.: "El concurso de delitos...", cit., pág. 155, para manifestarse en contra de extender el concurso ideal a los supuestos de unidad de acción por efecto de abrazamiento: porque si se acepta el límite establecido por la doctrina alemana según el cual ninguno de los delitos abrazados puede superar en gravedad al tipo que abraza, la pretendida construcción pasaría de ser regla general a convertirse en excepción, teniendo normalmente que aplicar concurso real; Sosteniendo una postura más que escéptica en relación con esta categoría, vid. también GARCÍA ALBERO, R.: *Non bis in idem...*, cit., pág. 313. En contra de considerar la unidad de acción por efecto de abrazamiento por la dificultad que implica aceptar que se traten estos supuestos de un sólo hecho al concurrir acciones independientes entre sí, vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: "El concurso de infracciones en la reforma penal", en CPC, 1997, n° 61, pág. 31. Entendiendo que estos supuestos encajan mejor con un concurso medial entre un delito y un concurso real, vid. GUINARTE CABADA, G.: G: "El concurso medial de delitos", en *Estudios penales y criminológicos*, T. XIII, 1990, pág. 198. Por el contrario, no planteando problemas en relación con esta categoría, vid. CUELLO CONTRERAS, J.: "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal", en ADPCP, 1979, pág. 67. A favor del mismo, aunque proponiendo para el concurso ideal que se amplíe el marco penal de modo que pueda ser adecuado a la mayor o menor gravedad de cada supuesto, vid. CUERDA RIEZU, A.: "El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto del Código penal de 1990", en ADPCP, 1991, T. XLIV, pág. 858.

<sup>605</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, R.: "Non bis in idem...", cit., pág. 313, afirmando, en la nota a pie n° 301, que el concurso ideal ha de establecerse entre delitos y no entre un concurso real de delitos por un lado, y un delito restante, por otro. Admitiendo la posibilidad del concurso de concursos, Vid. CUERDA RIEZU, A.: Concurso de delitos y determinación de la pena, Madrid, 1992, pág. 258-259. Finalmente, en

nuestra parte de una serena reflexión acerca de si la solución del concurso ideal se presenta o no como la más adecuada.

Por lo que respecta a la resolución de un concurso ideal como el que ahora nos estamos planteando, cabría señalar las siguientes formas de resolver el mismo:

- a) establecer un concurso ideal entre todos los delitos y fijar la pena del delito más grave en su mitad superior<sup>606</sup>;
- b) establecer un concurso ideal del delito del art. 153 con cada uno de los delitos aislados y después establecer un concurso real de todos ellos;
- c) establecer entre todos los delitos y faltas que integran la habitualidad del art. 153 un concurso real y el resultado ponerlo en concurso ideal con la pena del delito del art. 153<sup>607</sup>;
- d) establecer un concurso ideal del art. 153 con uno solo de los delitos o las faltas que integran la

---

contra de que un concurso medial se pueda establecer cuando uno de los términos de la relación medial o ambos están integrados por dos o más delitos en concurso ideal, por cuanto falla la unidad de infracción en cada uno de los extremos de la relación medial, aunque ofreciendo una solución a los supuestos de concurso medial entre dos concursos reales, vid. GUINARTE CABADA, G: "El concurso medial ...", cit., págs 195 y 197.

<sup>606</sup> Esta es la solución por la que están optando en la practica muchos jueces y tribunales, dado que es la que se pregona como regla general para solucionar el llamado concurso ideal por efecto de abrazamiento, vid. GARCÍA ALBERO, R.: *Non bis in idem...*, cit., pág. 311..

<sup>607</sup> Esta solución es por la que se decanta, a mi juicio, GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios...*, cit., pág. 487. Es también la tesis propuesta, según GARCÍA ALBERO por JAKOBS: *Strafrecht, A.T.*, pág 757, vid. GARCÍA

habitualidad y castigar los demás en concurso real con ese resultado<sup>608</sup>.

La solución del apartado b) es la primera que debe resultar descartada puesto que supondría una clara vulneración del principio *non bis in idem*, al tener que considerar varias veces la pena del art. 153 para configurar los distintos concursos ideales<sup>609</sup>.

Las soluciones de los apartados a) y c) contarían a su favor con la simplicidad de las operaciones a realizar en ellas, pero podrían suponer, según mi parecer, la atribución al reo de un beneficio penológico excesivo, sobre todo, por lo que respecta a la del apartado a), en el que distintos actos que, en principio, están en concurso real se convierten, por su coincidencia ejecutiva parcial con el hecho del delito que abraza, en un concurso ideal<sup>610</sup>. Por lo demás, la del apartado a) no sería sostenible si

---

ALBERO, R: Non bis in idem..., cit., pág.313

<sup>608</sup> Esta solución es la que, según GARCÍA ALBERO, propone como mal menor LIPPOLD para los supuestos de unidad de acción por efecto de abrazadera, por cuanto no supone al menos una infracción del principio *non bis in idem*, no deshace la unidad de acción del delito permanente y respeta la pluralidad de hechos de los delitos en concurso real.

<sup>609</sup> En el mismo sentido, vid. GARCIA ALBERO, R.: Non bis in idem..., cit., pág. 296

<sup>610</sup> Vid., en contra de la solución del apartado a), GARCÍA ALBERO, por entender que la consecuencia jurídica de un hecho punible ha de ser una pena y no una disminución de ésta y que una relación transitiva de este tipo solo resultaría viable cuando se pregona la absoluta identidad de los distintos elementos, pero no cuando la relación es de mera identidad parcial, vid. GARCÍA ALBERO, R.: Non bis in idem..., cit., pág. 311.

entendemos que el concurso ideal debe establecerse entre dos delitos y no entre un concurso y un delito<sup>611</sup>.

La última de las soluciones planteadas siendo la que, a mi juicio, parece más convincente, suscitaría, no obstante, alguna que otra cuestión problemática. Porque, qué pasaría con los delitos o faltas que se cometieran a partir del tercer acto, acto con el que entiendo debería establecerse el concurso ideal ¿darían lugar a un concurso ideal del art. 153 con cada uno de ellos dado que existen ya los presupuestos fácticos del art. 153?, ¿darían lugar a tantos más delitos de violencia doméstica cuanto actos se cometieran desde ese momento?, y ¿por qué no plantear el concurso ideal con el último de los delitos cometidos o con el delito más grave?<sup>612</sup>.

Una vez constatada la complejidad del panorama con el que nos enfrentamos<sup>613</sup>, entiendo que debemos preguntarnos

---

<sup>611</sup> Vid., en este sentido, GARCÍA ALBERO, R.: Non bis in idem..., cit., pág. 313.

<sup>612</sup> Por esta última solución es por la que se decantan autores como TAMARIT SUMALLA y SANZ MORÁN, tal y como se pronunciaron expresamente en el seminario que tuvo lugar en Valencia, el día 28 de febrero de 2003, sobre el concurso de delitos.

<sup>613</sup> El propio GARCÍA ALBERO, después de analizar todas las posibles soluciones de este concurso, acaba reconociendo la incoherencia dogmática que preside cualquiera de ellas, así como el callejón sin salida al que conduce aceptar la mera identidad parcial de los procesos ejecutivos típicos como requisito suficiente del concurso ideal. Desde mi punto de vista, se echa en falta por parte del mencionado autor un pronunciamiento más expreso respecto a si definitivamente acepta o no esta categoría, y en su caso, porqué solución concreta se decanta, vid. GARCÍA ALBERO, R: Non bis in idem..., cit, pág. 313 y ss. Vid., también, reconociendo la existencia de tal categoría aunque sin pronunciarse a favor o en contra: VIVES ANTÓN, T.S/COBO DEL ROSAL, M.: Derecho penal..., cit., pág. 772; MIR PUIG, S.: Derecho penal..., cit., pág. 663.

por el fundamento mismo del concurso ideal así como por la justificación última de otorgar un diferente tratamiento penológico al concurso real y al concurso ideal de delitos, tal y como prevé nuestro Código penal<sup>614</sup>.

Respecto al fundamento del concurso ideal, coincido con GARCIA ALBERO en que aquél ha de encontrarse no tanto en el principio *non bis in idem*, cuanto en el principio de proporcionalidad, pues de otra forma no se entendería el

---

<sup>614</sup> En contra del sistema penológico establecido por nuestro vigente Código penal, y, en concreto, en contra de mantener un diferente tratamiento penológico para los distintos concursos de delitos, *vid.* VIVES ANTÓN, T.S.: La estructura de..., *cit.*, pág. 42, por entender que la diferencia conceptual existente entre las dos modalidades de concurso no tiene porqué traducirse en un distinto régimen penológico, desde el momento en que se trata de una diferencia puramente naturalística, pues en el orden valorativo las hipótesis son idénticas, concurriendo en ambos casos una pluralidad de infracciones. En palabras del citado autor, la unificación del régimen punitivo es, a la vez que una exigencia de justicia, una demanda de claridad legislativa. Mostrándose a favor de un tratamiento uniforme de los concursos real o ideal, o, en su caso, de un tratamiento penal diferente, si bien con consecuencias punitivas no demasiado dispares en uno y otro, *vid.* SANZ MORÁN, A.J.: "Reglas relativas a la unidad...", *cit.*, pág. 513, así como SANZ MORÁN, A.J.: "El concurso de delitos...", *cit.*, pág. 215 (comprobad, no obstante, cómo en un primer momento el citado autor se mostraba únicamente a favor del tratamiento diferenciado, por entender que la realización de varias infracciones a través de un solo hecho supone siempre un solo momento de rebelión frente al ordenamiento jurídico, *vid.* SANZ MORÁN, A.J.: El concurso de..., *cit.*, pág. 257. Igualmente, poniendo de manifiesto lo inadecuado de la diferencia, entre otras razones, porque muchas veces hay supuestos de unidad de acción que son más graves que supuestos de pluralidad de acciones, mostrándose por ello a favor de un sistema más flexible, *vid.* CUELLO CONTRERAS, J.: "La frontera entre...", *cit.*, págs. 74-75, 89-90; A favor de unificar los criterios punitivos por exigencias de justicia, ya que no ha de ser importante el número natural de acontecimientos subyacentes cuanto el número de típicas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que se lleven a cabo, *vid.* GUINARTE CABADA, G.: "El concurso real...", *cit.*, pág. 206. *Vid.*, finalmente, todas las ventajas alegadas por la doctrina mayoritaria en Alemania a favor de la unificación de los concursos real e ideal en CUERDA RIEZU, A.: "El concurso de delitos en...", *cit.*, pág. 826-830, quien sin embargo, siguiendo a la tesis de PUPPE, se muestra partidario del tratamiento diferenciado por entender que la unificación es inconstitucional al oponerse al principio *non bis in idem*, *vid.*, *ibidem*, págs. 849-850.

último inciso del precepto que permite sancionar las infracciones por separado<sup>615</sup>. Según esto el mero castigo en concurso real de dos infracciones cometidas a través de un solo hecho no es suficiente para afirmar su inconstitucionalidad, ya que el principio *non bis in idem* material no está detrás del art. 77 del vigente Código penal<sup>616</sup>. Lo que sí puede suponer una vulneración de la Constitución es castigar por las reglas del concurso real dos o más infracciones cometidas mediante un solo hecho cuando la pena resulte desproporcionada, esto es, cuando se de la circunstancia de que esas varias infracciones que se han cometido a través de un solo hecho suponen un menor injusto o una menor culpabilidad que aquél que resultaría si los delitos se hubieren cometido mediante dos o más hechos<sup>617</sup>.

Pues bien, si esto es así, entiendo que al art. 153 no le es aplicable el concurso ideal, pero no por la razón que

---

<sup>615</sup> Siempre que ello sea más beneficioso para el reo que aplicar la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, GARCÍA ALBERO, R.: *Non bis in idem...*, cit., pág. 288 y 294.

<sup>616</sup> Por otra parte, aunque lo estuviera, tampoco podríamos hablar de una vulneración de este principio desde el momento en que para que podamos hablar de *bis in idem* tiene que haber identidad de hecho, de sujeto pero también de fundamento, identidad ésta última que debiera ser puesta en duda en relación con el supuesto que nos ocupa al estar normalmente ante bienes jurídicos distintos.

<sup>617</sup> Por el contrario, entiendo que ese menor injusto concurre siempre por definición, CUERDA RIEZU, A.: "El concurso de delitos...", cit., pág. 849. Entendiendo que lo que hay en estos casos es una menor culpabilidad porque el momento de rebelión es único, vid. SANZ MORÁN, A.J.: *El concurso de...*, cit., pág. 257. En contra de esta última afirmación, sin embargo, vid. GUINARTE CABADA, G.: "El concurso medial...", cit., pág. 206.

suele alegar la doctrina, en el sentido de negar que estemos ante la presencia de un solo hecho<sup>618</sup>, sino porque, dada su peculiar estructura, en la que el hecho habitual de ejercicio de violencia está precisamente formado o integrado por la conjunción de los diversos actos violentos (por lo menos tres), resulta imposible, a mi juicio, afirmar, desde una concepción objetiva del injusto, la concurrencia en estos casos ni de ese menor injusto o dañosidad material ni de esa menor culpabilidad<sup>619</sup>.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones que teníamos abiertas, esto es, la de conocer cuál es la justificación última que cabe atribuir al diferente

---

<sup>618</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA: J.M: La reforma..., cit., pág. 181: por entender que no es posible afirmar la existencia de unidad fáctica entre el hecho de las lesiones y el ejercicio continuado de violencia, que forzosamente requiere una pluralidad de actos; ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J: Delito de..., cit., pág. 146: al ser muy discutible que en estos casos, aun pudiendo afirmar una unidad de intención, podamos hablar también de unidad de acción, dado que la habitualidad en cualquier caso requiere de una pluralidad de acciones que en modo alguno parecen tener cabida dentro de la expresión un solo hecho, empleada por el legislador al definir el concurso ideal; Vid. también la Circular de la Fiscalía de 1998 cuando señala que la acción en uno y otro caso son diferentes, pues una es permanente y la otra concreta, siendo la violencia habitual algo más y distinto que la simple suma de los actos concretos en que se manifiesta.

<sup>619</sup> Razones de culpabilidad son, en cambio, las que se pueden alegar en contra del concurso ideal, puesto que para que pudiera aplicarse éste entre los hechos aislados y el hecho habitual del art. 153, el sujeto tendría que tener en cada caso un dolo de cometer el delito contra la integridad moral y ello, va a ser difícilmente sostenible en la mayoría de los casos, sobre todo, por lo que respecta a la realización del primer acto de violencia. Por lo demás, no acaba de convencerme la justificación de la diferencia penológica que puede suponer el concurso ideal a través de la idea de que la comisión, por ejemplo, del atentado contra las torres gemelas supone una menor energía criminal o un menor desvalor de acción que acabar la vida de todos los fallecidos uno por uno. Ello por cuanto, la realización del delito a través de un solo hecho puede en el fondo traducirse en una mayor perversidad, en un mayor aseguramiento del éxito de la ejecución del

tratamiento penológico que el legislador ofrece al concurso ideal respecto del concurso real, la única respuesta que admite la misma, coherente con el planteamiento que se acaba de exponer, pasa por entender que dicho tratamiento penológico diferenciado estará justificado siempre y cuando la realización de las dos infracciones a través de un mismo hecho implique un menor injusto. No estándolo, en cambio, en los casos en que, como el que nos ocupa, ese menor contenido de injusto no sea apreciable. En definitiva, para aplicar o no el beneficio penológico del art. 77 se habrá de comprobar: primero, que se trata de un supuesto de unidad de hecho, y segundo, que la comisión de dos injustos a través de esa realización única supone una menor peligrosidad material.

El delito del art. 153 constituye un supuesto que cumple la primera de las condiciones pero no la segunda, esto es, que encaja con la estructura propia del concurso ideal en la modalidad de coincidencia parcial de los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes, pero que, sin embargo, no merece el trato de favor que frente al concurso real supone el mismo, por cuanto que dicha coincidencia no se traduce en una verificable disminución del desvalor de acción de la conducta objeto de

---

delito, y en definitiva en una energía criminal cualitativamente más grave que la que supondría realizar el hecho individualmente.



valoración<sup>620</sup>. En efecto, no debemos perder de vista que el concurso ideal del que estamos hablando enfrenta a un hecho global o total con varios hechos parciales, pues cada uno de estos últimos constituye una parte del substrato material o fáctico de aquél, y todos ellos sumados constituyen el hecho global. Hay, por tanto, coincidencia ejecutiva parcial desde la perspectiva del hecho total, pero coincidencia total desde la perspectiva del hecho parcial. Hay, en definitiva, unidad de hecho pero no hay menor injusto o dañosidad material porque ese hecho global está constituido por, por lo menos, dos hechos parciales más. La pregunta podría ser, cómo entonces es posible hablar de concurso ideal. La respuesta es sencilla: porque el concurso ideal admite la posibilidad de coincidencia parcial de los procesos ejecutivos concurrentes.

En conclusión, no veo inconveniente en afirmar que el concurso por el que se han de castigar los delitos o las faltas en que se concreten los actos de violencia que integren la habitualidad y el delito del art. 153 ha de ser el real: lo permite el tenor literal de la cláusula concursal; lo aconseja una interpretación sistemática de los delitos contra la integridad moral; con ello se evitan todos los problemas prácticos que plantea la resolución del complejo concurso ideal por efecto de abrazamiento y, sobre

todo, dicha aplicación no supone una vulneración de los principios constitucionales de nuestro sistema penal: no hay vulneración del principio *non bis in idem*, porque no es éste el fundamento del concurso ideal<sup>621</sup>, pero tampoco del principio de proporcionalidad, desde el momento en que no cabe demostrar que en estos casos concurra la disminución de injusto en la que debe cifrarse el beneficio penológico de dicho concurso.

#### **2.5. Algunas consideraciones relativas a la problemática concursal**

Una vez resuelto que el concurso que ha de aplicarse entre el art. 153 y los distintos actos que integran la habitualidad del delito de violencia doméstica, en virtud de la cláusula concursal, ha de ser el concurso real de delitos, considero conveniente referirme a dos o tres aspectos relativos a la problemática concursal que, a mi juicio, pueden resultar de interés.

Por un lado, se ha de poner de manifiesto, que tal conclusión convierte a la cláusula concursal en una especie de orden que el legislador dirige al intérprete para que castigue por concurso real los delitos o faltas en que se

---

<sup>621</sup> Sí lo es para establecer la diferencia entre el concurso de normas y el concurso ideal, pero no para diferenciar al concurso real del

hallan concretado los distintos actos de violencia. La novedad que lleva consigo esta afirmación deriva de la mención expresa del castigo de las faltas, pues con tal redacción queda clara la extensión de la cláusula concursal al castigo de las faltas de malos tratos del art. 617.2, que podían entenderse excluidas con la anterior redacción de la misma: "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causare"<sup>622</sup>.

Por otro lado, se trata de una cláusula concursal específica en el sentido de que se refiere a infracciones concretas: todas aquéllas que deriven del ejercicio de violencia física o violencia psíquica<sup>623</sup>.

Por lo que respecta a la violencia física, el art. 153 podrá concurrir con las faltas de maltrato corporal, las faltas de lesiones, los delitos de lesiones, los delitos de homicidio o asesinato, los delitos y faltas de coacciones y

---

ideal.

<sup>622</sup> Afirmando la aceptación, por prácticamente toda la doctrina, de entender subsumidas en el delito del art. 425 las lesiones reiteradas constitutivas de falta al estar sus resultados insitos en el término violencia física, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia..., cit., pág. 121.

Según OLMEDO CARDENETE la ampliación de la cláusula concursal fue consecuencia directa de la introducción del castigo de la violencia psíquica habitual, cuyo ejercicio no tiene por qué conducir necesariamente a la producción de un resultado, vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito..., cit., pág. 141. Respecto al castigo de las faltas de malos tratos en concurso con el delito del art. 153, se pronuncia en el sentido de aceptar sin problemas el concurso real, siempre y cuando se mantenga que el bien jurídico protegido es la salud física de la víctima frente a comportamientos que ponen en concreto peligro la integridad de dicho bien jurídico, vid. *ibidem*, pág. 144.

las agresiones sexuales fundamentalmente. Por lo que respecta a la violencia psíquica, el concurso podrá establecerse con las faltas y delitos de injurias, faltas y delitos de amenazas, faltas y delitos contra la integridad moral y faltas y delitos contra la libertad sexual - distintos de la agresión sexual-, en la medida en que éstos pueden ser reconducidos a la falta de vejaciones.

Partiendo de que el bien jurídico protegido en el delito no es otro que el de la integridad moral, el único concurso real que puede plantear problemas es el que se establezca con los actos de violencia física o psíquica que sean constitutivos de un agresión contra la integridad moral, bien del delito del art. 173, bien de la falta del art. 620.2 en su modalidad de vejación injusta. La mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de que en ese caso podamos hablar de un concurso de delitos<sup>624</sup>. Sin embargo, es

---

<sup>623</sup> Vid. *supra* cómo deben interpretarse ambos términos.

<sup>624</sup> Vid., en este sentido, GÓMEZ RIVERO, : "Algunos aspectos...", *cit.*, pág. 82; También, manifestándose en contra del concurso de delitos y a favor del concurso de normas a resolver por el principio de especialidad, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia..., *cit.*, pág. 310; Finalmente, OLMEDO CARDENETE distingue diversos supuestos: si todos los actos violentos integrantes de la habitualidad constituyen agresiones del art. 173, entonces deberá apreciarse un concurso real de todos ellos con la agravante de parentesco; si sólo alguno es susceptible de integrar el tipo del art. 173, entonces deberá apreciarse un concurso de normas a favor de la aplicación del art. 153, al contemplar éste un marco punitivo más amplio que desvalora en su conjunto el atentado a la integridad moral. No obstante, el autor acepta excepcionalmente la apreciación de un concurso de delitos entre el art. 153 y el art. 173 allí donde la concurrencia del primero se fundamente sobradamente sobre conductas diversas al grave trato degradante ocasionalmente practicado, pues entonces la identidad de sujeto y fundamento no irá acompañado de identidad de hecho, vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., *cit.*,

mi opinión que también en estos casos cabrá aplicar un concurso real de delitos pues, aun siendo el bien jurídico protegido el mismo, entiendo que no llega a haber idéntico fundamento entre ambas infracciones, ya que el art. 153 incorpora la tutela de un aspecto (el de que el atentado contra esa integridad moral se lleve a cabo a través de una previa reiteración de ataques contra la integridad física o psíquica de la persona), que en absoluto tiene porqué estar presente en la valoración aislada del concreto atentado contra la integridad moral<sup>625</sup>.

Finalmente, deben ser traídos a colación dos problemas más. El primero hace referencia a la posibilidad de que el delito del art. 153 concorra con delitos o faltas que no

---

págs. 144 y 155.

<sup>625</sup> Afirmando esta diferencia, pero rechazando la posibilidad de concurso de delitos por infracción del *non bis in idem*, vid. GOMEZ RIVERO, C.: "Algunos aspectos...", cit., pág. 82. Aceptando que cabe el concurso de delitos cuando el bien jurídico es el mismo si lo que se atacan son aspectos o parcelas diferentes del bien jurídico, vid. CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios al Código penal, Barcelona, 1972, T.II, pág. 355. Afirmando, respecto al delito del art. 153, que dos modalidades de ataque al mismo bien jurídico e incluso al mismo objeto material sólo es posible que entren en la relación del concurso de delitos, pues la del concurso de leyes dejaría siempre de valorar datos realmente concurrentes que son jurídico penalmente relevantes, y que, al valorarse datos distintos, aplicar un concurso ideal no supone un quebrantamiento del principio *non bis in idem*, vid. GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág. 487. Admitiendo que el concurso real se puede dar solamente cuando "se cumplan las siguientes condiciones: que esté probada la comisión de un hecho concreto que constituye grave trato degradante conforme al art. 173; que esté igualmente probada la comisión reiterada de conductas violentas en el seno familiar, en la que se enmarca el hecho antes mencionado, con la suficiente relevancia como para integrar el delito del art. 153 y, finalmente, que la relevancia y gravedad de las conductas anteriores sean en ambos casos tan manifiestas como para que la consideración por separado de ambas no afecte en absoluto a la calificación penal de cada una de ellas tomada aisladamente", vid. BARQUÍN SANZ, J.: Delitos contra..., cit., pág. 110.

tienen cabida en el ámbito de aplicación del cláusula concursal por exceder de aquello que se entiende por ejercicio de violencia física o psíquica: abandono de familia, quebrantamiento de condena, etc. Queda fuera de toda duda que en estos casos el concurso también deberá ser real.

El segundo, de mayor dificultad, versa sobre la posibilidad de que como consecuencia del ejercicio habitual de violencia llevado a cabo sobre la víctima, además de la lesión de la integridad moral, propia del delito del art. 153, se produzca una lesión psíquica prevista en el art. 147 del vigente Código penal. No me atrevo a articular la compleja relación concursal a que este supuesto nos podría conducir de pensar en el concurso ideal, de manera que intuyo que, como en los demás casos, la solución deberá estar del lado del concurso real. Es cierto que no ha habido hasta la fecha ninguna sentencia que recoja el supuesto arriba descrito, supongo que debido a que resulta difícil diferenciar en estos casos el daño a la integridad moral del daño a la salud mental. Sin embargo, sería conveniente hacer un esfuerzo en ese sentido, en la medida en que, en el art. 177, la cláusula concursal relativa a los delitos contra la integridad moral obliga a castigar por separado el atentado contra la integridad moral y la lesión contra la salud.

## 2.6. La habitualidad y las formas imperfectas de ejecución

Es lugar común en la doctrina el rechazo a una posible admisión de la ejecución imperfecta de este delito. Sin embargo, la razón por la cual no cabe imaginar la ejecución del delito en grado de tentativa no se halla tanto en el hecho de estar ante un delito de mera actividad cuanto, a mi juicio, en la particularidad que reviste uno de los elementos objetivos integrantes del delito, esto es, la habitualidad<sup>626</sup>. Sobre todo, desde el momento en que entendemos que aquélla ha de venir constituida por un mínimo de tres actos que en si mismos considerados suponen ya una infracción penal cada uno. La constatación de la realización de dos actos violentos podrá llevar a la apreciación de un concurso de los delitos o faltas en que

---

<sup>626</sup> Vid. en el mismo sentido: CUENCA SÁNCHEZ, J.C.: "El nuevo artículo...", cit., pág. 1187; ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., cit., pág. 193; OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., pág. 137; Vid., sin embargo, fundamentándolo de diversa manera: CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de...", cit., pág. 65, la autora entiende que los actos por separado no son ilícitos, pues de serlo, la tentativa debería ser posible; TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios..., cit., pág. 746, considerando que no cabe la tentativa porque estamos ante un delito de mera actividad; CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de...", cit., pág. 15, afirmando que el delito existe o no existe desde el momento en que se configura como un delito continuado; GRACIA MARTÍN, L.: Comentarios..., cit., pág.480, porque al entender la habitualidad como un elemento subjetivo de lo injusto debería estar completamente presente en la realización de los actos ejecutivos para poder estimar que se da la tentativa, esto es, la presencia de la habitualidad sólo es posible si el sujeto lleva a cabo en el mundo exterior un número determinado de actos que permitan inferir esa tendencia del autor a realizarlos.

tales actos se hayan traducido<sup>627</sup>, pero difícilmente se va a poder demostrar que el dolo del sujeto se extendía también a la realización de futuros actos violentos que todavía no han sido cometidos y que, por tanto, estamos ante una delito de violencia doméstica cometido en grado de tentativa. Consentir lo anterior supondría la aceptación de una habitualidad de autor -que no de hecho- camino éste que debe ser descartado en un derecho penal liberal como el nuestro.

## **2.7. La habitualidad en el derecho comparado**

Este elemento no viene exigido expresamente ni por el derecho penal italiano ni por el derecho penal alemán. Sin embargo, mientras que en éste último cabe admitirla con respecto a alguna de las tres modalidades descritas en el precepto, en el primero es un elemento que viene exigido por la jurisprudencia.

---

<sup>627</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J.: Compendio de Derecho penal español, parte especial, dir. Por COBO DEL ROSAL, Madrid, 2000, pàg. 106. El autor afirma que no cabe la tentativa porque o los actos de ejecución son insuficientes para conformar la habitualidad, y no habrá delito alguno, o son bastantes, y entonces darán lugar automáticamente al mismo. Estoy de acuerdo con dicho autor si bien con la salvedad hecha en el sentido de que de concurrir sólo dos actos de ejecución entonces lo que tendremos será un concurso de faltas, o en su caso, de delitos.



**Capítulo VI**  
**La omisión propia e impropia**



## **CAPÍTULO VI**

### **LA OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA**

La admisión de una posible realización omisiva de este delito plantea un sinnúmero de cuestiones difíciles de resolver. La respuesta ofrecida por doctrina y jurisprudencia a muchas de estas cuestiones es tan rica como diversa.

#### **I. DISCUSIÓN DOCTRINAL**

Dentro de la doctrina, básicamente cabe destacar dos posturas: la de quienes admiten la posibilidad de responsabilidad omisiva de este delito -normalmente autores que conciben el delito como un delito de resultado y en consecuencia aceptan una posible comisión por omisión del mismo- y la de quienes niegan tal posibilidad, admitiendo sólo su comisión activa por entender que estamos ante un delito de mera actividad o porque la configuración del tenor literal del precepto impide la realización del mismo por omisión.

Veamos más detalladamente los argumentos esgrimidos por alguno de estos autores.

GRACIA MARTÍN, en contra de la mayoría, y utilizando el criterio del dominio de la violencia como fundamento de la identidad entre acción y omisión, fue uno de los primeros en manifestarse a favor de la admisión de la realización omisiva del ejercicio de violencia física: "el no impedir, pudiendo hacerlo, que una fuerza física extraña actúe en el cuerpo de otro puede ser entendido también como realización de esa fuerza sobre el cuerpo de la víctima por el omitente, si es que éste tenía el dominio de aquélla: el autor ejercita actos de violencia física también cuando no impide que el perro doméstico acometa y muerda a su hijo menor, o que sea otro de sus hijos menores, a quien el padre podría controlar y dominar absolutamente, el que ejercite violencia física sobre su hermano"<sup>628</sup>.

Sentada la posibilidad de que la violencia física se lleve a cabo por omisión, y trasladando el problema a la habitualidad, GRACIA MARTÍN entiende que hay que distinguir dos supuestos: aquellos en los que el comportamiento habitual o global del sujeto está compuesto por unidades de comportamiento activas y omisivas, en cuyo caso, no se

---

<sup>628</sup> Según el citado autor, todos los delitos se pueden cometer por omisión siempre que se den los requisitos constitutivos de la equivalencia a la conducta activa, pues entiende el resultado del art. 11 como producción de un efecto en el mundo exterior y no como

puede apreciar el delito, a no ser que haya suficientes comportamientos activos para integrar la habitualidad, ya que un sólo acto de omisión no puede revelar la tendencia del sujeto, y aquellos en los que el comportamiento global está compuesto todo él de unidades omisivas, por ejemplo, cuando los padres permiten que un hijo mayor golpee a otro menor habitualmente pudiendo controlar esa violencia. Este supuesto sí que sería un supuesto de responsabilidad por omisión de los padres, según el citado autor, porque cabría hablar entonces de la omisión habitual de impedir el ejercicio habitual de violencia física sobre el sujeto pasivo. Se podría decir, en definitiva, que el padre ha realizado el tipo por omisión si aquél ha tolerado conscientemente, sin hacer nada para evitarlo, que un hijo apalee a otro hijo menor o al abuelo cuando se le antoje, en su presencia, porque el padre, una vez creado el factor objetivo de riesgo permanente, ya tiene dominio o control sobre la misma y la omisión es ya un comportamiento disponible, en el sentido de que el padre puede decidirse por apalearlo él mismo a su hijo o dejar que su otro hijo le apalee, pues, en tal caso, cabe afirmar que en el padre existe un hábito en la tolerancia- omisión de impedir- de

actos violentos sobre cuya realización tiene pleno dominio<sup>629</sup>.

GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, sin pronunciarse si a título de autoría o de participación, admiten que pueda incurrir en responsabilidad penal en comisión por omisión la madre que teniendo posición de garante no hace nada por impedir los malos tratos inferidos por su compañero sobre su hijo<sup>630</sup>.

MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, afirma que "no hay inconveniente alguno para que los actos individuales de violencia se pueden cometer en comisión por omisión<sup>631</sup>, y que el art. 153 se puede componer de todos o algunos actos individuales de omisión ya que pueden concurrir conjuntamente conductas omisivas y comisivas para integrar el delito de violencia doméstica o sólo por conductas omisivas".

DEL MORAL GARCÍA, por su parte, considera que desde el momento en que se introdujo la violencia psíquica en el precepto cabe admitir la posibilidad de comisión por omisión del art. 153, ya que determinadas conductas omisivas (falta de asistencia o cuidado, ignorar

---

<sup>629</sup> No obstante, no deja de extrañar que el autor, aun admitiendo la posibilidad teórica del supuesto, se muestre tan escéptico a la hora de considerarlo como una posibilidad real, vid. GRACIA MARTÍN, L.. Comentarios..., cit., pág. 467.

<sup>630</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P/DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de..., cit., pág. 63.

<sup>631</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: La violencia..., cit., pag. 220.

despectivamente la existencia del otro, etc,) pueden encajar en la nueva modalidad comisiva<sup>632</sup>.

OLMEDO CARDENETE se manifiesta a favor de la admisión de la realización del delito del art. 153 mediante comisión por omisión porque cabe pensar en el cumplimiento de todos los requisitos del art. 11: "el encontrarnos ante un delito de resultado, la presencia de un deber de garante por parte del omitente y la equivalencia entre el hecho de causar habitualmente el maltrato y la no evitación del mismo por parte de quien estaba en condiciones de hacerlo, conducen necesariamente a esta conclusión"<sup>633</sup>. El citado autor, después de comentar distintas sentencias adoptadas por la jurisprudencia, respecto al supuesto de malos tratos ejercidos por un cónyuge (o conviviente) sobre algún hijo menor ante la total pasividad del otro cónyuge (o conviviente), llega a la conclusión de que en todos los casos que analiza hay fundamento suficiente para considerar la conducta pasiva del cónyuge contemplador como merecedora de reproche penal, pues "aunque es evidente que la agresión la causa el primero también cabe estimar la cuasicausalidad de la omisión impropia dolosa del segundo desde el momento en que se puede afirmar con plena seguridad que el resultado no acaecería si el sujeto garante hubiera

---

<sup>632</sup> DEL MORAL GARCÍA, A.: "El Delito de...", cit., pág. 324.

<sup>633</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de...., cit., pág. 65.

adoptado las medidas oportunas que para ello estaban a su alcance y que hubieran evitado la persistencia del tratamiento violento del agresor. En suma, siempre que se compruebe la posición de garante del sujeto que contempla los malos tratos y quepa afirmar el juicio de equivalencia entre la omisión y la comisión de aquél (lo cual sucederá cuando sea posible afirmar con total seguridad que el resultado no se habría producido de haberse adoptado las medidas oportunas y no sólo la denuncia de la agresión sino otras medidas como puede ser la del alejamiento material del menor del domicilio o cualquiera otra imaginable)"<sup>634</sup>, cabrá pensar en una responsabilidad omisiva del delito.

Pues bien, aunque el citado autor no especifique expresamente si ésta se tiene que imputar a título de autoría o de participación, entiendo, por las sentencias que elogia, que opta la autoría: STS 20-12-93, y 25-3-96, en las que se habla de autoría en cooperación necesaria y STS 26-6-2000, decantándose por la consideración de autoría en comisión por omisión<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup> Para apoyar la posibilidad de admitir este juicio de equivalencia se refiere a que se trata de casos en los que las víctimas son menores, eso convierte en más grave la conducta pasiva y la hace más fácilmente asimilable a la conducta activa: OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit, pág. 66.

<sup>635</sup> El citado autor se muestra crítico con aquellas sentencias que han considerado a la madre o padre contemplador, bien como encubridores (SAP Catellón 23-2-99), bien como autoría directa de forma activa (12-6-92), o bien no se les ha castigado por su omisión por entender que no cabe en estos supuestos establecer el juicio de equivalencia según el sentido de la ley al no poderse afirmar que quien no denunció las agresiones físicas sufridas por el menor ejerció violencia física



Finalmente, MORENO VERDEJO entiende que supuestos de omisión pura son posibles en aquellos casos en los que la reiterada inactividad del sujeto activo suponga respecto a los pasivos la causación de un daño físico o psíquico<sup>636</sup>. Respecto a la responsabilidad omisiva del cónyuge o progenitor contemplador de los malos tratos distingue según que el sujeto sea garante o no. En el primer caso estaríamos ante un supuesto de participación y en el segundo ante un delito de omisión pura.

En parecido sentido ya se pronunció DEL MORAL GARCÍA, al señalar, para poder aceptar la cooperación necesaria omisiva del cónyuge, además de la posición de garantía y la contribución con su pasividad a la persistencia de la situación de maltrato, la necesidad de que el sujeto contemplador fuera alguno de los sujetos que menciona el art. 153, dejando para la posible participación omisiva de un extraneí la posibilidad de apreciar el delito de omisión del deber de denuncia del art. 450.2 CP<sup>637</sup>.

En contra de ésta última posición se manifiesta, a su vez, OLMEDO CARDENETE por entender que "no es necesario para el surgimiento de la responsabilidad omisiva a título

---

habitual sobre éste y lo lesionó (SAP Barcelona 20-2-98, Ar 1890) Vid. OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., págs. 66-73.

<sup>636</sup> MORENO VERDEJO J.: "Prevención y protección frente...", cit., pág. 20. pone un ejemplo de la jurisprudencia de instancia que no asume con convencimiento: un padre que no abría la puerta a su familia y les obligaba a pernoctar toda la noche.

<sup>637</sup> DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de...", cit., pág. 319

de interviniente accesorio que tenga que ser uno de los sujetos del art. 153, puesto que a los partícipes no le son exigibles las relaciones exigidas por tal precepto que, naturalmente, sólo están pensadas para los autores". Por lo demás, OLMEDO CARDENETE no ve problema en aceptar cualquier tipo de autoría respecto al delito, incluyendo la forma de autoría mediata, así como cualquier forma de participación con la única salvedad a tener en cuenta de que estamos ante un delito especial propio y, por tanto, es posible pensar en una posible atenuación del partícipe extraño sobre el que no concurren los deberes propios de las relaciones especiales de parentesco y análogas a las que hace referencia el precepto, sin que eso quite para admitir igualmente la posibilidad de participación omisiva en este delito de terceros extranei sobre los que recaiga el deber de garante, pues basta tan sólo pensar en algunas lagunas que se evidenciaron en materia de sujetos de esta infracción<sup>638</sup>.

La postura de MORILLAS CUEVAS es muy semejante a las anteriores por cuanto entiende que es un delito de resultado y que dos pueden ser las soluciones correctas al problemático supuesto de la madre o el padre que contemplan pasivamente el ejercicio de malos tratos habituales sobre alguno de sus hijos por parte de su pareja sentimental: un

---

<sup>638</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de..., cit., págs. 138-140.

delito de omisión de denunciar el delito de malos tratos del 450.2 CP o bien autoría en comisión por omisión del art. 153 CP. Lo diferente de su propuesta radica, no obstante, primero en que el autor da por buenas ambas alternativas -aunque sin distinguir cuando se ha de apreciar una u otra-, y segundo en que sugiere como conveniente, para aclarar definitivamente la cuestión, la introducción en una futura necesaria reforma del precepto de una alusión a "hacer responsables por las mismas penas que los autores materiales a aquéllas personas que ostentando alguna de las posiciones a que se refiere el precepto y pudiendo hacerlo, sin riesgo propio para su persona, no impidan el desarrollo de los actos descritos en el mismo"<sup>639</sup>.

De los autores que se han manifestado en contra de la admisión de la responsabilidad omisiva de este delito atendiendo a la redacción del precepto merecen una especial atención las posturas que a continuación se exponen, si bien debe hacerse constar que la de los tres primeros autores fueron pronunciadas antes de la Reforma de 1999, cuando el tipo sólo admitía la comisión del mismo a través del ejercicio de violencia física.

---

<sup>639</sup> MORILLAS CUEVAS, L.: "Respuestas del Código penal..", *cit.*, pág. 683.

CERVELLÓ DONDERIS afirma que el ejercicio de violencia física exige una clara conducta comisiva que no permite la actuación omisiva. Señala igualmente que la posibilidad de comisión por omisión es también de difícil aplicación, ya que a diferencia de los Códigos penales alemán e italiano, la rigidez de los términos empleados en el código español a la hora de describir el delito impiden castigar por esta vía el descuido o la desatención o la falta de prestación de alimentos, concluyendo que debería incluirse en la tipificación una alusión a estas conductas omisivas, sobre todo, por lo que respecta al incumplimiento de los deberes legales básicos<sup>640</sup>.

CUELLO CONTRERAS admite únicamente la coautoría de ambos padres cuando ejercen malos tratos sobre los hijos, debiendo descartar todas las demás formas de participación aunque la complicidad en forma de encubrimiento suela darse frecuentemente en los casos en que la madre y hermanos encubren el maltrato habitual cometido por un padre sobre alguno de los hijos. El autor se manifiesta también contrario a la posibilidad de castigar como coautora a la madre que omite impedir, pese a su deber de garante, que el padre maltrate a los hijos por la sencilla razón de que el tipo contempla una relación personalísima entre el autor y la víctima, basada en la continuidad de la acción y el

---

<sup>640</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V.: "El delito de...", cit., pág. 56.

vínculo que les une, que exige en todo caso una conducta activa del autor<sup>641</sup>.

DEL ROSAL BLASCO señala que quedan fuera de la violencia física todos los comportamientos que no consistan en la utilización de la fuerza física o el acometimiento material contra el cuerpo del sujeto pasivo, y que no son pensables, por tanto, las formas omisivas. Este autor se centra fundamentalmente en el argumento gramatical como impedimento de la admisión de la responsabilidad omisiva, esto es, destaca la connotación eminentemente activa del verbo ejercer<sup>642</sup>.

Finalmente, ACALE SÁNCHEZ, al definir el verbo ejercer desde un punto de vista activo, incluso en relación con la violencia psíquica, entiende que de ambos, del maltrato físico y del psíquico, hay que excluir los maltratos que tengan carácter omisivo<sup>643</sup>. Afirma, asimismo, que la comisión por omisión no cabe, no porque no estemos ante un delito de resultado, sino porque, además de que se trata de un tipo de medios determinados, la acción no es equiparable a la omisión según el sentido del texto de la ley<sup>644</sup>. Por todo ello, entiende que se impone una reforma del código para, o bien sustituir el verbo ejercer por someter a

---

<sup>641</sup> CUELLO CONTRERAS, J.: "El delito de...", *cit.*, pág. 15.

<sup>642</sup> DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos tratos...", *cit.*, pág. 161.

<sup>643</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de..., *cit.*, pág. 100.

maltrato, o bien tipificar expresamente el castigo de las formas omisivas<sup>645</sup>.

Pues bien, a la luz de las posturas doctrinales que se acaban de exponer, por ser desde mi punto de vista las más interesantes, baste adelantar en este momento alguno de los problemas sobre los que seguro nos vamos a tener que pronunciar en adelante, y que una lectura de las mismas sugiere: por un lado, si la violencia física o psíquica se puede llevar a cabo omisivamente; por otro lado, si el cónyuge que no hace nada ante los malos tratos que ejerce su otro cónyuge al hijo menor de ambos es o no responsable penalmente por su omisión, y si lo es, en qué título o medida; finalmente, si es necesario o no reformar el precepto que recoge el delito de violencia doméstica a dichos efectos.

## **II. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL**

El problema de responsabilidad omisiva, a mi juicio, más complejo y, por ende, mas interesante que se suscita y viene planteando ante la jurisprudencia, resulta ser, no tanto el de la posibilidad de admitir conductas negativas a

---

<sup>644</sup> *Ibidem*, pág. 65.

<sup>645</sup> *Ibidem*, pag. 100.

la hora de integrar los distintos actos de violencia habitual<sup>646</sup>, cuanto el de encontrar el modo y manera de castigar adecuadamente a la madre o al padre que contemplan cómo su cónyuge o conviviente ejercen habitualmente actos de violencia física o psíquica sobre alguno de sus hijos menores sin hacer nada para evitarlo.

El punto de partida de un estudio jurisprudencial sobre esta materia debemos situarlo en la década de los años 90, con la particularidad de que, sobre todo, en los primeros pronunciamientos, aunque como veremos también en pronunciamientos más recientes, en ocasiones, se trata de claros supuestos de violencia doméstica que son calificados o tenidos en cuenta, sin embargo, únicamente, por las lesiones en que se concretan o en que concluyen los continuos malos tratos.

Así, la STS 22-6-91 (ar. 4793) que confirma el castigo del padre que no impide que su esposa lesione y maltrate a su hija menor **a título de autoría y no de complicidad** debido a que *la conducta pasiva del padre fue condición necesaria para la producción del resultado lesivo pues la*

---

<sup>646</sup> En la STS de 22-1-2002 se toma en consideración, además de las repetidas quemaduras en el dorso de la mano y la reiteración de golpes en la cabeza, la desatención y maltrato sanitario, higiénico y alimenticio que presentaba la menor, todo ello para inferir la responsabilidad penal de ambos padres, al no haber, dada la edad de la menor, prueba directa sobre los hechos. En este caso, si bien no se tiene en cuenta dicho abandono como acto o agresión individualmente considerada, sí que se valora en cuanto que circunstancia que acredita el maltrato reiterado de los padres sobre el hijo (FJ° 3° y 5°).

*esperada y obligada intervención protectora del padre habría impedido que su hija Estefanía sufriera las múltiples fracturas...ya que la lesión se causó en presencia del marido que no intervino para guardar la integridad física de la niña(FJ° 2°)"<sup>647</sup>.*

La STS 31-10-1991 (Ar. 7473), después de referirse en sus fundamentos a la admisión de la participación omisiva y mencionar los tres requisitos que han de concurrir para poder apreciar la complicidad omisiva (la eficacia de la omisión en orden a la producción del resultado, el *animus adjuvandi* y el deber de garante), considera a la madre, que había sido absuelta en la instancia, **coautora de un delito de lesiones en la categoría de cooperadora necesaria** pues *aunque la coprocesada no haya maltratado personalmente a su hija, no ha impedido dicho maltrato por parte de su esposo, y de haberlo realizado, bien denunciando los hechos, abandonando con su hija el domicilio o de cualquier otro modo lícito y con virtualidad impeditiva de los golpes y heridas inferidas, no se hubiera producido el grave resultado*<sup>648</sup>. Tal actitud omisiva, cuando por su condición

---

<sup>647</sup> Según los hechos, la acusada Isabel, maltrató a su hija de cinco meses causándole traumatismo en el brazo izquierdo y en el hospital le diagnosticaron, además de aquella lesión como fractura de cartílago humeral, múltiples fracturas en "diferentes estados de consolidación" consistentes en fractura de ambas tibias, de radio derecho y de fémur izquierdo. El entrecomillado es de quien escribe con la sola intención de resaltar que los hechos no constituyen supuestos de lesiones puntuales sino, más bien, largos episodios de malos tratos.

<sup>648</sup> Según los hechos, el marido de la madre, tutor de la hija de tres



de madre se encontraba obligada a actuar, velando por la salud e integridad de la hija, de la que se hallaba constituida en garante por mandato legal, la constituye en coautora del delito de lesiones por el que fue procesada, en la categoría de cooperadora necesaria..., porque con su intervención hubiera evitado el resultado lesivo para la menor (FJ° 3°).

En suma, las dos sentencias se refieren a la **autoría de un delito de lesiones** resultándonos de mayor interés la segunda de ellas por cuanto se decanta claramente por un concepto amplio de autor al considerar al cónyuge omitente como cooperadora necesaria del 14.3°, y en cuanto que procede a justificar con mayor detalle su responsabilidad: porque la madre era garante y debía y podía haber evitado el resultado con su intervención.

Por lo demás, tal y como ha sido puesto de manifiesto, ambos supuestos constituyen un claro reflejo de la reticencia inicial de los operadores jurídicos, sobre todo miembros del Ministerio Fiscal, a hacer uso del delito de violencia doméstica existente en nuestro Código penal desde 1989, aplicando en su lugar solamente delitos de lesiones (del art. 422 o del 420.4° del anterior Código penal

---

años venía ejerciendo malos tratos de obra y lesiones a la misma "desde hacía aproximadamente un mes". Los golpes pegados en varias partes de su cuerpo le produjeron diversos hematomas y heridas en manos que habían sido apreciados por los abuelos de la menor. Respecto

respectivamente), probablemente porque, al no contener el precepto la cláusula concursal, dichos operadores preferían optar por el mayor castigo. La crítica no puede hacerse directamente a los jueces y tribunales ya que éstos vienen siempre vinculados por el principio acusatorio. Sin embargo, también es verdad que en todo momento disponen de la posibilidad de hacer constar en sus argumentaciones, aquellas calificaciones que, a su juicio, hubieran sido más correctas, siempre que no lesionen, se sobreentiende, dicho principio acusatorio ni comprometan su imparcialidad objetiva.

Posteriormente, nos encontramos con una sentencia, ya referida a malos tratos, la STS 12-6-1992 (Ar. 5202), en la que el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia de la Audiencia que condenó a la madre como cómplice (por omisión) de los delitos de malos tratos y lesiones, causados por el padre sobre el hijo menor en ausencia de aquella. La Audiencia la consideró en su día cómplice y no cooperadora necesaria porque *no concurría la necesaria imprescindibilidad con respecto al resultado, pues los hechos podían haber ocurrido aunque ella estuviera presente*. El Ministerio Fiscal, por su parte, entiende, sin embargo, que la madre tenía que haber sido castigada como

cooperadora necesaria del delito de lesiones porque ostentaba posición de garante y porque dejar al niño con el padre fue condición necesaria para la producción de los resultados acaecidos. Pues bien, el Tribunal Supremo afirma que, al ser un comportamiento omisivo, ni se le puede castigar como cómplice ni se le puede castigar como cooperadora necesaria: porque la participación exige un aporte causal al hecho y la omisión nada puede causar. Se refiere, por otro lado, y de una forma no muy precisa, a la teoría de la causalidad hipotética en virtud de la cual, en los delitos de omisión sólo cabe requerir la comprobación de que la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la "probabilidad"<sup>649</sup>. Excluida la causalidad hipotética, poco importa si la acusada era o no garante en el sentido de los delitos de omisión impropios. No obstante lo dicho, el Tribunal afirma que lo anterior no puede ni debe conducir a la absolución de la procesada por lo que fundamenta la condena impuesta por la Audiencia en el comportamiento activo de la madre consistente en dejar al niño indefenso de 21 meses en manos de una persona que tendía a maltratarlo, es decir, sin haber tomado las medidas de

---

<sup>649</sup> El entrecomillado, que es mío, pretende destacar la imprecisión con la que el Tribunal se refiere a la teoría de la causalidad hipotética por referirse a una seguridad rayana en la probabilidad en lugar de referirse a una seguridad rayana en la certeza.

prevención que exigía el peligro generado por el otro procesado. El Tribunal Supremo afirma, al respecto, que incluso se podría considerar que estamos ante un supuesto de **autoría confluente o accesoria**, caracterizada por la producción conjunta de un resultado sin que exista un plan común para la ejecución de un hecho, aunque sólo en lo relativo a los malos tratos pues el **dolo eventual** de la madre únicamente se podría afirmar de la causación de tales malos tratos y no de las lesiones más graves causadas el 1-6-90, ya que nada hacía pensar que ese día el autor material fuera a intensificar inesperadamente los malos tratos de los que venía siendo objeto el niño hasta el momento. Por lo que respecta al delito de lesiones, el Tribunal se plantea si puede haber en los hechos una responsabilidad omisiva de forma independiente -pues la comisión activa de un delito puede ser seguida de una omisión punible independientemente-, siendo negativa la conclusión a la que llega por haber ocurrido el hecho totalmente fuera del ámbito de intervención posible de la madre del niño, al encontrarse ésta fuera de la casa y en su lugar de trabajo (F°. J°. único)

Sea como fuere, el recurso no prospera debido a que sólo había sido interpuesto en relación con el delito de lesiones y no con el delito de malos tratos.

En esta sentencia ya es posible apreciar la gran complejidad que existe respecto a cuál pueda ser la responsabilidad del cónyuge omitente: la Audiencia condena como cómplice por omisión tanto del delito de malos tratos como del delito de lesiones; el Ministerio Fiscal solicita que se le condene como autora por cooperación necesaria del 14.3 respecto al delito de lesiones; el Tribunal Supremo entiende que la procesada podía haber sido considerada por la Audiencia como autora confluente o accesoria de su compañero sentimental (vía art. 14.1), aunque sólo respecto al delito de malos tratos. El recurso finalmente no prospera porque sólo venía referido a las lesiones y no a los malos tratos<sup>650</sup>.

La STS 20-12-1993 (Ar. 9578) estima los dos motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia en la que se condenaba a la madre de un niño de 16 meses y a su compañero sentimental como autores de un delito consumado de lesiones y otro de malos tratos, y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado (autor material de los hechos) como autor de un delito de asesinato cualificado por la alevosía en grado de frustración, imponiendo a la madre del menor (**autora por cooperación**) la privación de la patria potestad de su hijo,

---

<sup>650</sup> Repárese en el hecho de que el Tribunal no absuelve a la madre del delito de lesiones a pesar de que en su argumentación excluye tanto la

manteniéndose el resto de pronunciamientos. El Ministerio Fiscal en relación con la petición de que se calificarán los hechos como un delito de asesinato en grado de frustración excluyó del recurso a la acusada porque quedó probado que su intervención evitó el resultado de muerte (FJ°1°).

La STS 6-10-1995 (Ar. 7399) resulta especialmente interesante, primero porque constituyendo de nuevo un claro supuesto de malos tratos habituales solamente se discute acerca de la responsabilidad por ambos sujetos respecto al delito de lesiones más graves en que concluyó dicho episodio de violencia continuada, y segundo porque los hechos de la misma van a ser objeto de dos recursos distintos: uno que termina con la sentencia que nos ocupa, y otro que deriva en la STS 15-4-1997. Pues bien, la primera de ellas confirma la condena a la coacusada establecida por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca por **autoría en las lesiones con la agravante de parentesco** y niega su participación por omisión en el delito de parricidio frustrado *por no ser partícipe del ánimo parricida que anímicamente guiaba al coacusado* (FJ° 4°), admitiendo en cambio, su **participación omisiva en el delito de lesiones porque la conducta pasiva se convirtió**

*en una condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora para la consumación de las lesiones (FJ° 6°).*

La sentencia también se pronuncia acerca de la no procedencia de aplicar en dicho caso la figura de la omisión pura con una argumentación más que rechazable por su poca claridad a la hora de deslindar la autoría de la participación. En un primer momento, se señala que la autoría delictiva por omisión nace tras la existencia de un primer delito que no se ha querido evitar o en dependencia con una situación anterior que no es otra que el peligro manifiesto y grave en que otra persona se encuentra, mientras que la comisión por omisión supone la participación, desde el principio del periplo, en la infracción penal independiente, autónoma y única. Para seguidamente afirmar que en la comisión por omisión, como se acaba de decir se actúa en concepto de autor desde el principio del iter criminis<sup>651</sup> (FJ 8°).

La STS 25-3-96 (Ar. 2192) trae causa de una sentencia de la Audiencia Provincial que había castigado a los dos padres como autores de un delito de malos tratos físicos y como autor y cómplice de un delito de parricidio; el Ministerio Fiscal pide que se le castigue a ella además como autora en cuanto que cooperadora necesaria y no como

---

<sup>651</sup> Vid., haciéndose eco de esta crítica, VIANA BALLESTER, C.: "La participación omisiva en delitos de maltrato físico a menores", en

cómplice del delito de parricidio, porque desde su posición de garante la madre con su reiterada conducta omisiva contribuyó a generar, causal y necesariamente, el contexto violento en el que tuvo lugar la muerte, además de que su inactividad implica una conducta necesaria y no accesoria en el resultado de la acción. El Tribunal Supremo, sin embargo, en su FJ° 2°, considera correcto el criterio seguido por la Audiencia a la hora de castigar a la madre como autora por cooperación necesaria en comisión por omisión respecto a los malos tratos pero como cómplice respecto al parricidio, porque, para poder hablar de autoría por cooperación necesaria, la madre tendría que haber colaborado con actos necesarios para la producción del resultado, y no tan sólo eficaces, y porque el criterio de equivalencia entre acción y omisión no se agota en la posición de garante, sino que la omisión ha de ser de una trascendencia tan importante que transforme al cooperador en protagonista principal de aquéllas por tener una intervención de máxima trascendencia, lo cual, según el Tribunal no ha sucedido respecto al parricidio. La falta de eficacia causal de la no intervención de la acusada en la dinámica comisiva -también la justifica la Sala- atendiendo a que la acusada ni creó la situación de peligro desencadenada por su esposo, ni debido a la rapidez con que



los hechos debieron acaecer, al parecer, la acusada podía haber evitado los hechos. Finalmente, y en lo que me parece una desacertada justificación y una muestra de la necesidad de justificar en exceso su proceder por parte del Tribunal, se afirma que *de los hechos declarados probados no parece que la acusada haya puesto una causa sin la cual el resultado no se hubiere producido y que resultase indispensable para que el delito se hubiere podido efectuar, ni que tuviese el dominio del hecho, pudiendo haberse realizado éste sin su colaboración la cual no constituyó una aportación imprescindible para el resultado.* No parece, en efecto, que sean éstos los criterios a seguir a la hora de valorar cual es la eficacia causal de la conducta pasiva, que no activa, del cónyuge o conviviente que contempla sin hacer nada como su pareja maltrata al hijo de ambos o de alguno de ellos, puesto que si lo que hace el cónyuge es sólo observar, desde luego que siempre el autor material de los hechos va a poder realizar el hecho sin la otra parte.

La STS 15-4-1997 (Ar.2931) destaca, sobre todo, porque, como ya se ha indicado anteriormente, los protagonistas y los hechos son los mismos que ya fueron examinados por la STS 6-10-95. Lo cierto es que en esta segunda resolución, además de considerar a la mujer autora del 14.1, y no partícipe por omisión, tal y como concluía

aquella, se aprecia en la mujer, junto a la circunstancia de parentesco, que ya había sido aplicada en la primera de ellas, la circunstancia atenuante analógica de eximente incompleta de miedo insuperable pese a que la misma había sido claramente denegada en la primera sentencia de casación.

La STS 28-6-99 (Ar. 6109) confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo en la que se castigaba a los dos padres como autores materiales porque, o golpeaban al menor los dos juntos, o le golpeaban uno de ellos y el otro no lo evitaba. Les castiga a los dos como autores directos pero en la fundamentación distingue los supuestos de **coautoría** (cuando ambos golpeaban), de los supuestos en los que sólo uno de los dos era **autor directo y el otro era autor en comisión por omisión** al ser garante. De nuevo, no deja de extrañar que, tratándose claramente de tres delitos de lesiones, ni el Ministerio Fiscal primero ni el Tribunal después se refieran a un posible castigo por malos tratos habituales.

La STS 19-5-2000 (Ar. 4896) resulta interesante porque, rompiendo con la línea mas o menos frecuente hasta la fecha, y en relación con hechos similares: madre que no hace nada ante las violencias continuadas ejercidas sobre el hijo menor por su compañero sentimental, lejos de cuestionarse si estamos ante un supuesto de autoría o de

participación del art. 153, considera que los hechos son constitutivos de un delito de omisión del deber de impedir determinados delitos del art. 450.2, limitándose a confirmar el pronunciamiento de la Sala de instancia. En esta sentencia se tratan otros temas polémicos como el de, por un lado, si la agravante de parentesco es compatible con el delito de omisión de impedir determinados delitos, y por otro, el de si el cónyuge (o persona ligada a él por análoga relación de afectividad) puede o no beneficiarse de la dispensa legal concedida por el art. 261.1° de la LECRIM en cuanto a no denunciar los delitos cometidos por su pareja. Respecto a lo primero está claro que resuelve en positivo; en cuanto a lo segundo entiendo -aunque no acabo de comprender por qué razón- que la respuesta ofrecida es negativa por cuanto *la acción típica desvalorada es la de no impedir el maltrato del menor recabando para ello el auxilio de la autoridad, no la de abstenerse de denunciar el maltrato ya cometido antes* (FJ° 3°)<sup>652</sup>.

---

<sup>652</sup> Respecto a esta sentencia, OLMEDO CARDENETE, M: El delito de..., cit, pág.70, realiza dos afirmaciones que no comparto: la primera, más clara, es que se refiera al delito de encubrimiento cuando la sentencia claramente condena por el delito del art. 450.2 del CP; la segunda es que parece justificar el proceder del Tribunal por cuanto venía éste vinculado por el principio acusatorio de donde no podía plantearse ni entrar en el tema de si estamos o no ante un delito de violencia doméstica también por parte de la madre. Obviamente el tribunal no podía condenar por ese delito debido a tal principio pero si que podía haber criticado o puesto de relieve dicha calificación a modo de aclaración para próximos pronunciamientos.

La STS 26-6-2000 da la razón al Ministerio Fiscal y condena a la madre de un niño de cinco meses que había sido absuelta en instancia como autora de un delito de malos tratos habituales porque, teniendo que conocer las continuas agresiones físicas ejercidas por el padre sobre su hijo (continuos manotazos y pellizcos para que el niño se callara produciéndole hematomas en cara, cuello cabelludo y orejas que necesitaron de dos ingresos hospitalarios, además del tercero en el que, presentando un estado de parada cardiorrespiratoria sin respuesta a ningún estímulo, se le llegaron a detectar nueve fracturas costales), y ostentando posición de garante, *nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran dichos malos tratos reiterados, no solamente no denunciando los hechos, sino materialmente apartando al niño, para protegerle, de la presencia de su padre, impetrando el auxilio judicial preciso en tal sentido (FJ°2°)*. En esta misma línea, el Tribunal no entiende responsable a la madre de la última y más grave de las lesiones causadas al bebé, por considerar probado que la madre en los momentos finales de tan lamentables hechos, en que su marido al ir a pegar al niño, se puso en medio para evitarlo, llevándose ella los golpes dirigidos al niño (FJ°4°).

La STS 22-1-2002 trae causa de una sentencia de la

Audiencia Provincial que había condenado a la madre de una niña de dos años y al compañero sentimental de ésta, que convivía con ambas, como autores los dos de un delito de violencia doméstica del art. 153 en concurso real con un delito de homicidio intentado y dos faltas de lesiones, además de condenar al compañero, autor material de los hechos, por un delito de lesiones del art. 148.3. De la misma, muy rica en pronunciamientos interesantes, debemos destacar los siguientes aspectos: por un lado, frente al recurso interpuesto por la condenada, el Tribunal reitera su responsabilidad omisiva en los hechos en grado de autoría, tanto en los malos tratos como en las distintas agresiones individualmente consideradas, como en el homicidio intentado, respecto al cuál la Sala afirma que *la omisión consciente de la recurrente frente a las graves agresiones de su compañero sentimental a una niña de dos años implica una aceptación del probable resultado de muerte derivado específicamente de la última agresión, dada la naturaleza y entidad de la misma y el lugar del cuerpo afectado*<sup>653</sup> (FJ°11°). En relación con los motivos alegados por el Ministerio Fiscal, reviste gran importancia la afirmación que hace el Tribunal en el sentido de

---

<sup>653</sup> Resultan probadas, según los hechos, reiteradas quemaduras de cigarrillos en el dorso de la mano y continuos golpes en la cabeza, así como un continua desatención y maltrato sanitario, higiénico y alimenticio.

considerar, partiendo de que el bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica no es personal sino familiar, que la agravante de alevosía no es predicable del delito globalmente considerado sino, más bien, de los actos individuales, por lo que acaba apreciando la circunstancia de abuso de superioridad solamente respecto al delito de homicidio intentado (esta decisión también la justifica el Tribunal atendiendo a que la norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas más débiles dentro del ámbito familiar frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, por lo que el tipo lleva ínsito, al menos un cierto abuso de superioridad) (FJ°11°), y solamente respecto al autor material de los hechos. Finalmente, el Tribunal se pronuncia también respecto a un tema conflictivo cual es el de si se puede aplicar a la madre la agravante de parentesco, haciéndolo en el sentido de negar tal posibilidad desde el momento que *la posición de garante por infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco, porque la condena ya integra el presupuesto de la agravación* y derivar de la misma infracción de deberes parentales la circunstancia adicional implicaría una vulneración del *non bis in idem* (FJ°13°).

Recientemente, la STS 31-10-2002, casando una sentencia de instancia en la que se absolvía a los acusados del delito de homicidio alevoso o asesinato y de un segundo delito de

lesiones, y se condenaba al padre, autor material de los hechos por un delito de homicidio doloso, autor de un delito de lesiones y autor de un delito de violencia doméstica habitual, y a la madre a los mismos años como autora también del delito de lesiones y del delito de violencia doméstica habitual (no así del asesinato), ha estimado el único motivo interpuesto por el Ministerio Fiscal al entender que el padre de la menor maltratada efectivamente cometió un delito de asesinato por cuanto es compatible la circunstancia agravante de alevosía con el dolo eventual, manteniendo el resto de pronunciamientos. Respecto a la responsabilidad omisiva de la madre, y en relación con los dos primeros delitos, el Tribunal justifica su responsabilidad en que al menos en forma *comisiva de comisión por omisión e infringiendo los deberes derivados de su posición de garante, participó en las lesiones y violencia habitual sufridas por ésta, al no impedir, en todo caso, los padecimientos de la niña, apreciables sin duda alguna ni excusa posible, por las señales y marcas evidentes en su frágil cuerpo, reveladoras de las persistentes y reiteradas agresiones sufridas a lo largo de los meses de su corta existencia (FJ°6°)* . Mientras que del asesinato no se le considera responsable - al parecer aunque ello no se hace constar ni se trata en la argumentación jurídica de la sentencia- porque la madre se

encontraba ausente cuando aquél se llevó a cabo.

De este análisis jurisprudencial cabe extraer las siguientes conclusiones:

1°- Reticencia de los operadores jurídicos, o en su caso falta de diligencia -fundamentalmente del Ministerio Fiscal- a la hora de apreciar el delito de violencia doméstica. Muestra de ello pueden leerse los siguientes pronunciamientos: STS 22-6-91, STS 31-10-91, STS 6-10-95 y STS 28-6-99<sup>654</sup>.

2°- Utilización de un concepto amplio de autor que incluye dentro de la autoría la cooperación necesaria (STS 31-10-91; STS 6-10-95 y STS 25-3-96).

3°-Confusión a la hora de deslindar los delitos de omisión propia de la participación por omisión. Como ejemplo, véase la STS 6-10-95 y la STS 15-4-97.

4°- Diferente consideración a la hora de entender aplicable o no la circunstancia de parentesco en los casos de violencia doméstica y, en especial, de apreciarla compatible con la responsabilidad omisiva del cónyuge contemplador. Se excluye dicha posibilidad por posible vulneración del principio *non bis in idem*, en la STS 22-1-2002; se aprecia, en cambio en los siguientes

---

<sup>654</sup> Puede verse también la STS 24-07-92, ED 1992/8342, en la que se condena a los dos padres solamente por tentativa de parricidio siendo que resulta probado que la procesada hacía objeto a su hijo de cuatro meses de reiterados malos tratos, golpes, caídas, estiramiento de



pronunciamentos: STS 6-10-95 y STS 15-4-97 y STS 19-5-2000.

5°- Cambio de criterio jurisprudencial en cuanto a cómo calificar la conducta de dicho cónyuge: como autor en cooperación necesaria (STS 31-10-91; STS 25-3-96) o como autor del 14.1 (STS 22-6-91 y STS 12-6-92), en un principio, y como autor en comisión por omisión en los últimos pronunciamentos (STS 26-6-2000; STS 22-1-2002 y STS 31-10-2002) <sup>655</sup>.

6°- Exceso de justificación cuando se quiere razonar la decisión de castigar al cónyuge contemplador como autor por cooperación necesaria hasta el punto de incurrir en una cierta confusión por trasladar al campo de la omisión criterios de la eficacia causal de la acción. Así, la STS 25-3-96.

7°- Posibilidad de apreciar en el cónyuge que no interviene para evitar los malos tratos la eximente incompleta o atenuante analógica en relación ambas con la eximente completa de miedo insuperable, cuando dicho cónyuge teme seriamente por las consecuencias negativas que se pueden derivar para el menor si hace algo para evitar o dificultar los hechos de violencia. Así, la STS 15-4-97.

---

extremidades, falta de los debidos cuidados higiénicos y alimenticios, maltratos y abandono conocidos y consentidos por el procesado.

<sup>655</sup> En el mismo sentido, vid. VIANA BALLESTER, C.: "La participación omisiva en...", cit. En prensa.

8°- Criterio vacilante en torno a calificar la conducta del cónyuge contemplador en los casos de malos tratos habituales que terminan en asesinatos u homicidios, entendiéndola, en todo caso, responsable omisivamente por el delito de violencia doméstica, pero adoptando soluciones distintas cuando se entra a valorar su participación en relación con esos homicidios o asesinatos en los que concluyen los episodios de malos tratos: o bien se le absuelve o bien se le castiga como cómplice, sin que falten pronunciamientos en los que se le considera autora de un delito de lesiones o autora de un delito de asesinato. Así, respecto a lo primero, la STS 6-10-95 por no ser partícipe del ánimo parricida que anímicamente guiaba al coacusado; la STS 31-10-2002 absuelve también, al parecer, porque la madre se encontraba ausente cuando aquél se llevó a cabo; considerándola cómplice y no autora, la STS 25-3-96: por falta de equivalencia entre acción y omisión e imposibilidad de evitar los hechos debido a la rapidez con que aquéllos debieron acaecer. Calificando su conducta como de autoría, sin embargo, la STS 22-1-2002: porque la omisión consciente de la recurrente frente a las graves agresiones de su compañero sentimental a una niña de dos años implica una aceptación del probable resultado de muerte derivado específicamente de la última agresión; Castigando, finalmente, por autoría de un delito de

lesiones consumadas y no de asesinato frustrado porque su intervención evitó el resultado de muerte, *vid.* STS 20-12-93.

9°-Posibilidad de apreciar en estos casos el delito del art. 450.2 aunque sin una argumentación clara que justifique cuando se debe apreciar dicho delito y no el de violencia doméstica del art. 153. Así, la STS 19-5-2000.

10°-Finalmente, aunque el problema de la responsabilidad omisiva del cónyuge contemplador se suele plantear de la forma vista, esto es, en relación con los malos tratos ejercidos a hijos menores, quizá sea conveniente destacar la posibilidad de encontrar sentencias semejantes a las anteriores pero en las que el maltrato se hace respecto a los padres ya ancianos. Así, la STS 520/1997 de 17 de abril en la que se califica el comportamiento omisivo de una mujer y de su compañero en relación con los cuidados esenciales del padre de la primera, que convivía con ellos porque ambos lo habían trasladado a su domicilio desde la residencia en la que vivía y cuya desatención determinó la muerte del anciano o la STS 1286/1997 de 27 de octubre en donde la desatención es de un hijo adulto hacia su madre enferma y anciana<sup>656</sup>.

---

<sup>656</sup> *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Madrid, 2002, pág. 126.

### III. TOMA DE POSTURA

El panorama doctrinal y jurisprudencial arriba expuesto entiendo que se caracteriza por un denominador común cual es el de la disparidad de opiniones doctrinales y de soluciones jurisprudenciales vertidas al respecto, en las que en no pocas ocasiones se suele apreciar, por parte de las primeras, una cierta superficialidad, al tratar el tema de forma breve, y, por parte de las segundas, una cierta imprecisión, sobre todo, a la hora de referirse a las distintas categorías jurídicas de la acción y de la omisión<sup>657</sup>, de un lado, o de la autoría y la participación, de otro, alcanzando en este punto su mayor expresión en el tratamiento diferenciador que han venido haciendo hasta la fecha los tribunales, en relación con la autoría material en comisión por omisión frente a la participación omisiva (también en comisión por omisión). Y esto último, sobre todo, cuando se ha tratado de brindar una adecuada calificación a la conducta del cónyuge que contempla sin hacer nada, con total pasividad, cómo su otro cónyuge maltrata a un hijo menor<sup>658</sup>. Como hemos visto, los

---

<sup>657</sup> Vid., en este sentido, la STS 25-3-96.

<sup>658</sup> Vid., especialmente, la fundamentación jurídica de la STS 6-10-95, que si bien se refiere sólo a la calificación de la responsabilidad omisiva del cónyuge pasivo respecto a un delito de lesiones, recoge un

tribunales, con un criterio vacilante, y sin perjuicio de tender mayoritariamente a considerarlo autor, optan, en tal caso, por castigar al sujeto contemplador, algunas veces, como autor en comisión por omisión<sup>659</sup>, algunas otras, como cooperador necesario o cómplice en comisión por omisión<sup>660</sup>, sin faltar pronunciamientos donde se le castiga a título de autoría en calidad de cooperador necesario en comisión por omisión<sup>661</sup>, así como a título de autoría activa<sup>662</sup> o de autor de un delito de omisión propia<sup>663</sup>, esto es, del delito de omisión de impedir determinados delitos del art. 450.2 CP<sup>664</sup>.

Pues bien, para ofrecer un poco de claridad a tan complejo panorama, sería conveniente, en mi opinión, empezar por deshacer una aparente primera imprecisión. Me estoy refiriendo a la de calificar en algunas ocasiones

---

claro supuesto de violencia doméstica.

<sup>659</sup> Vid. STS 26-6-2000, considerándola autora del delito de violencia doméstica; STS 22-1-2002: autora del delito de violencia doméstica, de homicidio y de dos faltas de lesiones; STS 31-10-2002: autora del delito de violencia doméstica y del delito de lesiones, pero no del asesinato.

<sup>660</sup> Vid. STS 6-10-95, si bien, confusamente en relación con las lesiones aunque con más claridad respecto al parricidio. También con gran claridad aunque sólo por lo que respecta a la sentencia de la Audiencia que después es revocada por el TS, vid. STS 12-6-92 con respecto al delito de violencia doméstica.

<sup>661</sup> Vid. STS 31-10-91 respecto al delito de lesiones y STS 25-3-96 respecto al delito de violencia doméstica.

<sup>662</sup> Vid. STS 12-6-92 sólo en la fundamentación jurídica al no verse dicha calificación reflejada en la sentencia que dio fin al recurso debido a que el Ministerio Fiscal sólo había solicitado una modificación respecto al delito de lesiones.

<sup>663</sup> Vid. STS 19-5-2000.

<sup>664</sup> Vid. el interesante y completo análisis de CLARA VIANA sobre la jurisprudencia del TS en materia de participación omisiva en delitos de maltrato físico a menores, CLARA VIANA, C.: "La participación

dicha conducta como de **autoría por cooperación necesaria** en lugar de como participación por cooperación necesaria, y es que son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a la cooperación necesaria como una forma de autoría (STS 31-10-91 y STS 20-12-93 y STS 25-3-96).

Sin duda, tanto el Tribunal Supremo como el Ministerio Fiscal están utilizando un criterio amplio de autoría que desde aquí debe ser criticado aunque en cierta forma disculpado. Criticado porque para evitar imprecisiones sería preferible por su parte que se hiciera uso de un concepto material, restrictivo, de autor, en virtud del cual la cooperación necesaria queda fuera del mismo al constituir claramente un supuesto de participación, esto es, de colaboración en el hecho de otro y no de realización del hecho propio. Disculpado por dos razones: primero, porque la ley, tal y como está redactada, permite dicha construcción<sup>665</sup> y segundo, porque existe además un

---

omisiva...", *cit.*, en prensa.

<sup>665</sup> *Vid.*, en este sentido, LUZÓN PEÑA D.M.: "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en Estudios penales, Barcelona, 1991, pág. 249, quien señala que la terminología del CP es incorrecta porque induce a confusión, no obstante, lo que afirma el precepto, en todo caso, es que se consideran autores a los cooperadores necesarios a efectos de equiparación de pena, no que lo sean auténticamente.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se refiere también a este punto cuando señala en la nota pie n°. 39 que el partido socialista no debía estar por la labor de un concepto restringido de autor a juzgar por la oposición mostrada a las enmiendas del Grupo popular que preferían que el CP estableciera que son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los partícipes (en lugar de los cómplices) y que partícipes son los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "¿Es necesaria la

importante sector doctrinal que precisamente defiende un concepto amplio de autoría. A dicho sector se refiere profusa y críticamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO a propósito de un trabajo en donde se pregunta acerca de la necesidad o no de la cooperación necesaria. Destaca el mencionado autor en dicho trabajo cómo, según los seguidores de la teoría del dominio funcional del hecho, la cooperación necesaria puede ser constitutiva en ocasiones de coautoría. Ello sucederá siempre que el cooperador necesario domine el hecho, esto es, siempre que contribuya de forma esencial al hecho en fase ejecutiva en el marco de un acuerdo o decisión común. Sólo estaremos, por tanto, ante un supuesto de cooperación necesaria legal del art. 28.2b cuando la cooperación preste una contribución esencial pero en fase preparatoria, cuando aun prestándola esencial en fase ejecutiva se lleve a cabo de manera unilateral o, finalmente, cuando se trate de sujetos que no son autores idóneos por carecer de la cualidad requerida al autor en el caso de delitos especiales<sup>666</sup>. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, siguiendo a LUZÓN PEÑA, y desarrollando su tesis de la determinación objetiva y positiva del hecho, es partidario, sin embargo, de ofrecer un concepto restringido de autor en

---

cooperación necesaria?" en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor CEREZO MIR, 2003, pág. 654.

<sup>666</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "¿Es necesaria...", *cit.*, págs. 647 y 648.

virtud del cual también quienes contribuyen de forma esencial en fase ejecutiva son cooperadores necesarios del 28.2b; y es que la esencialidad no debe, según el autor, fundamentar la coautoría al conferir al sujeto un dominio meramente negativo del hecho y no positivo, esto es, al detentar tales sujetos únicamente un poder sobre la no producción del mismo (igual que los cooperadores necesarios), pero no sobre el sí del hecho, y sin que, por mucho que se empeñen, puedan llegar a decidir positivamente que el hecho se produzca<sup>667</sup>. Dicho criterio resulta, como se ve, también más restringido que el defendido por la teoría objetivo-formal, en virtud de la cual es coautor cada uno de los que realizan actos ejecutivos según el verbo típico, pues, sobre todo, la versión amplia de esta última teoría conduce, en mi opinión, a un concepto de autor casi tan amplio como el de la teoría del dominio funcional, al considerar que a la acción ejecutiva pertenecen no sólo los actos inmediatamente descritos por el tipo, sino también otros actos previos, con los que aquéllos forman una unidad inescindible<sup>668 669</sup> .

---

<sup>667</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "Es necesaria...", *cit.*, pág. 650.

<sup>668</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES-ANTÓN, T.S: Derecho penal..., *cit.*, págs. 744 y 747.

<sup>669</sup> Tanto para una como para otra el sujeto que vigila cómo se comete un robo y espera fuera para huir del lugar con el botín o el que sujeta a la víctima para que un tercero le golpee serían autores y no cooperadores necesarios, a diferencia de lo que entiende la teoría de la determinación positiva para la que dichos sujetos serían partícipes por cooperación necesaria.



Pues bien, por la coherencia de todo su planteamiento, por lo acertada que me parece la conclusión a la que llega DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO en el sentido de entender necesaria la cooperación necesaria como figura legal para mantener un concepto restrictivo de coautoría, siempre más ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho, así como por permitir dicha construcción contemplar de modo satisfactorio las diferencias que, en cuanto a merecimiento y necesidad de pena, reflejan diferentes conductas de cooperación al delito<sup>670</sup>, pero, sobre todo, por la claridad con la que fija la teoría de la determinación positiva del hecho la distinción entre autoría y participación en cuanto que el sujeto autor posea el dominio positivo del hecho y el partícipe sólo el negativo, es por lo que me adhiero y asumo en este trabajo dicha forma de entender la autoría y la participación.

La segunda aparente, a mi juicio, imprecisión, que debe ser oportunamente resuelta, por más que, en principio, pudiera existir en quien escribe una cierta resistencia a

---

<sup>670</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "Es necesaria...", cit., pág. 668. Interesante también resulta la constatación que hace el citado autor de la no necesidad de exportar de Alemania esta tendencia a ampliar el concepto de autoría por cuanto en España sí que contamos con una figura como la del cooperador necesario, entre el autor y el partícipe cómplice, siendo que el ordenamiento jurídico alemán carece de ella. De ahí que para evitar rebajar la pena del sujeto interviniente en conductas de participación muy graves tengan que recurrir a dicha ampliación. *ibidem*, pag. 653.

aceptar tal construcción<sup>671</sup>, sería la constituida por la referencia que se hace, en no escasas sentencias, a la **participación en comisión por omisión**. Tal resistencia cede en cuanto se comprende que la comisión por omisión puede y debe servir también como un título de imputación de la responsabilidad penal al partícipe omisivo, entendido el tipo de partícipe como un tipo de resultado, donde lo que se ha de imputar al partícipe no es la actividad reiterada sino su contribución a la producción de dicha actividad, entendida a estos efectos como un resultado y respecto a la cual tiene que ser causal: el sujeto con su omisión ayuda o colabora en la realización de un hecho ajeno, ya sea este último de mera actividad o de resultado<sup>672</sup>.

*Breve excursus acerca de la participación omisiva en general: doctrina y jurisprudencia*

La jurisprudencia exige a la participación omisiva, por regla general, tres requisitos: un elemento objetivo constituido por la omisión que debe ser causal (en la

---

<sup>671</sup> Por pensar que se tiene que hablar de autoría en comisión por omisión, o bien de participación omisiva, pero no de participación en comisión por omisión.

<sup>672</sup> Afirmando que la complicidad y la cooperación necesaria se configuran como tipos de resultado, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: El delito de omisión, concepto y sistema, Zaragoza, 1986, pág. 352. Aceptando que la construcción de la comisión por omisión sirve para imputar la participación omisiva, vid., como muestra del sentir doctrinal mayoritario, SILVA SÁNCHEZ, J-M.: "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario.", en CPC, n°38, 1989, pág. 389.

cooperación necesaria) o simplemente eficaz (en la complicidad) del resultado típico; un elemento subjetivo o voluntad de cooperar causalmente al resultado o de facilitarlo en el caso de la complicidad; y un elemento normativo, que es la posición de garante del omitente que le obliga a asegurar la no producción del resultado<sup>673</sup>.

Lo cierto es que, como oportunamente indica LUZÓN PEÑA, el criterio que acaba adoptando la jurisprudencia para calificar la omisión o pasividad de un sujeto ante la realización activa de un delito por un tercero, que es realmente el supuesto global de participación omisiva que nos interesa, descansa fundamentalmente en la comprobación de la existencia o no de la llamada posición de garante en dicho sujeto: si la posee, estaremos ante un supuesto de participación o autoría delictiva del delito realizado, y si carece de la misma, ante un delito de omisión propia<sup>674</sup>,

---

<sup>673</sup> Vid. STS 23-10-1991, ED 1991/10011; STS 06-04-1992, ED 1992/3363; STS 09-07-1997, ED 1997/4837 STS 13-10-99, ED 1999/33713. En el mismo sentido, citando la STS 10-04-1991 (R.1624), vid. también PORTILLA CONTRERAS, G.: "La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, en El nuevo Código penal: presupuestos y..., cit., pág. 468.

<sup>674</sup> Vid. STS 26-12-1994, ED 1994/10071, donde el Tribunal absuelve al recurrente de complicidad omisiva en delito de homicidio, condenándole como autor responsable de un delito de omisión del deber de socorro, por no existir en él un deber específico de evitar, sino un deber genérico de socorrer. Vid., como ejemplo de la apreciación de la participación omisiva cuando se determina la posición de garante del sujeto omitente, la STS 18-12-96 (Ar. 1996/9661), en la que además la posición de garante que se atribuye a los tíos de un menor por no evitar un delito de corrupción de menores es más que dudosa al no haber una asunción voluntaria de dicha posición.

La crítica de esta línea jurisprudencial no es sino el núcleo del interesante trabajo de LUZÓN PEÑA que venimos comentando: dicha crítica parte de dos premisas fundamentales: el automatismo de

no siendo, sin embargo, pocas las ocasiones en las que, comprobado que falta la posición de garante, se absuelve al procesado sin indagar demasiado o nada en si su conducta puede o no encajar con algún delito de omisión propia<sup>675</sup>.

Esta forma de proceder está reñida con las opiniones de autores como LUZÓN PEÑA o SILVA SÁNCHEZ por entender que, igual que en la autoría en comisión por omisión lo determinante es comprobar la equivalencia estructural de la omisión con la acción, en la participación omisiva el núcleo fundamental ha de situarse, no en la constatación de que el sujeto omitente sea garante de que el resultado delictivo no se produzca, sino básicamente, en la equivalencia entre la omisión del partícipe y lo que sería la participación por acción<sup>676</sup>.

---

considerar que la pasividad, o no intervención, de un sujeto frente a la comisión de un delito por otras personas deja de ser omisión y se convierte en participación en comisión por omisión cuando el omitente está en posición de garante, originada por cualquier situación y circunstancia, por un lado, y la referencia que se hace en muchas sentencias a la causalidad material, siendo que en la comisión por omisión sólo cabe hablar de una causalidad hipotética, esto es, sólo cabe comprobar que la acción omitida habría con seguridad o casi seguridad podido evitar el resultado, vid. LUZÓN PEÑA, D.M: "La participación...", cit., págs. 231 y 232.

Rechazando que dicha fórmula permita afirmar la equivalencia entre omisión y acción, al exigir ésta última una causalidad mucho más fuerte, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Causalidad, omisión e imprudencia", en Ensayos penales, Madrid, 1999, pág. 250 y ss.

<sup>675</sup> Como muestra de la absolución del sujeto omitente cuando carece de la posición de garante, sin comprobar si la conducta del omitente no garante encaja en algún delito de omisión propia, vid. la SAP Granada, 17-4-01, ED 2001/5103 y la STS 09-07-1997, ED 1997/4837 en la que si se refiere expresamente el Tribunal a que, más que ante un deber específico de salvaguardar el bien jurídico que resultó lesionado, se encuentra ante un deber general de impedir la comisión de hechos delictivos, en la que, por otra parte, no entra por no ser motivo ése del recurso.

<sup>676</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M: "La participación...", cit., pág. 244 y SILVA

De ahí que sea posible encontrar también sentencias que han intentado recoger ese cuarto requisito, cuál es, el de la equivalencia entre la acción y la omisión. Sin embargo, ocurre entonces que, en lugar de requerir la equivalencia de la omisión con el hecho activo de participación, de lo que se suele hablar es de equivalencia entre la omisión y el delito cometido por acción o de equivalencia entre la ilicitud omisiva y el delito de omisión<sup>677</sup>.

Pues bien, siendo más que abundantes las posturas doctrinales diferentes que se pronuncian al respecto de la

---

SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la comisión...", cit., pág. 389.

Otros autores lo que recogen es la necesidad de que exista en estos casos una cuasicausalidad en la omisión. Para constatar lo anterior se han formulado distintas teorías de entre las que merece ser destacadas dos: la Teoría de la causalidad hipotética, a la que algunas veces ha hecho referencia en sus fundamentos jurídicos el TS y, frente a ésta, la Teoría de la predecibilidad general. A la primera de ellas se refieren MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, entendiendo que sólo se podrá imputar el delito al omitente si se tiene como seguro, o al menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción esperada no se hubiera producido el resultado. La segunda, elaborada por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, exige la concurrencia de dos requisitos: la realización de la acción o la afirmación de la posición de garante y la predecibilidad de la producción del resultado, tanto el la acción como en la omisión, definiendo la "predecibilidad", por referencia la conjunto de conocimientos teóricos y prácticos que objetivamente posee la sociedad. En consecuencia, existirá causalidad "cuando las consecuencias de la conducta pueden ser prevista por un espectador imaginario, situado en el momento de la acción y provisto del conocimiento del autor y de todo saber público de la humanidad", vid. recogida esta idea en VIANA BALLESTER, C.: "La participación...", cit., en prensa. Es cierto que dichas teorías han sido formuladas a propósito de la omisión, sin embargo, entiendo que ello no tiene por qué ser óbice para que puedan ser pensadas también en clave de participación omisiva, siendo que este última, viene a ser, en definitiva una forma intermedia de omisión, entre la omisión pura y la comisión por omisión, pero omisión al fin y al cabo.

<sup>677</sup> El FJ° 4° de la STS 12-1-98 exige como requisito de la participación omisiva "la equivalencia entre la ilicitud omisiva y el delito de comisión"; el FJ° 2° de la SAP de Baleares 21-06-199, ED 1999/21576 se refiere a "la equivalencia de la ilicitud omisiva con

participación omisiva<sup>678</sup>, cuatro son desde mi punto de vista aquéllas en las que debemos reparar.

---

la del delito de omisión".

<sup>678</sup> Tan variadas son las posturas que se mantienen en torno a la participación omisiva que prácticamente todos los autores que tratan el tema con detenimiento se encuentran con la tesitura de tener que establecer una enumeración, esquema o clasificación de las mismas. Así, LUZÓN PEÑA habla de cinco formas posibles de resolver esta cuestión, de cinco soluciones, con seguidores todas ellas de autores alemanes y españoles: 1) cuando el omitente se encuentra en posición de garante, no es posible distinguir entre autoría y participación porque en la comisión por omisión sólo hay autoría de modo que todo el que es garante responde, si se lesiona el bien jurídico, como autor en comisión por omisión, aunque el hecho lo haya cometido activamente otro sujeto y éste también sea autor del mismo; 2) sí que cabe la participación omisiva en su forma de cooperación omisiva y su distinción con la autoría porque cuando el garante no impide la comisión activa del hecho por otra persona, es ésta la que tiene el dominio del hecho necesario para la autoría y no el garante omitente que es por eso partícipe; 3) como regla general, el garante omitente será autor, igual que quien lo causa activamente, siendo necesario acudir a la participación en comisión por omisión cuando para evitar su impunidad se le considere como tal por no poder ser considerado autor al requerir el tipo especiales formas de ejecución, cualidades especiales o requisitos adicionales, esto es, cuando se trate de delitos de mera actividad, de propia mano, de delitos especiales, o delitos que contengan elementos subjetivos del injusto; 4) admisión de la participación omisiva en un delito comisivo sin que tenga que haber posición de garante; 5) rechazo de la participación omisiva porque lo impide el término o vocablo "actos" eminentemente activo o porque si no serían superfluos aquéllos preceptos especiales que castigan el no impedir delitos. Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: "La participación por omisión...", cit., págs. 232-234.

SILVA SÁNCHEZ, por su parte, distingue también cinco soluciones en el ámbito alemán: 1) el sujeto en condiciones de actuar en comisión por omisión es siempre autor, con independencia de que lo que no impida sea un fenómeno natural o un proceso humano delictivo, pues lo decisivo es la infracción de un deber, y ésta es idéntica en ambos casos; 2) variante de la anterior en el sentido de excepcionar de lo dicho sólo un supuesto, según el cual el sujeto será partícipe, y no autor, cuando el hecho típico por él no impedido no se pueda realizar por omisión; 3) el garante omitente sólo puede ser partícipe porque el dominio real del hecho del autor del delito comisivo no impedido desplaza el dominio del hecho potencial del omitente; 4) criterio jurisprudencial según el cual lo determinante será el animo con el que intervenga el sujeto omitente, si éste es *animus auctoris* será obviamente autor y si es un *animus socii*, será partícipe; 5) si el garante lo es por función de protección de un bien jurídico será autor, siempre con el límite de que el delito no impedido pueda cometerse por omisión, mientras que sí lo es por función de control de una fuente de peligro, se constituirá, en general, como partícipe. Vid. SILVA SANCHEZ, J.M.. "Aspectos de la comisión por omisión....", cit., pág. 386.

Cinco son también las posturas que recientemente ha distinguido

Según SILVA SÁNCHEZ<sup>679</sup>, aunque toda comisión por omisión es una omisión de autor desde el momento en que la omisión tiene que ser estructuralmente idéntica a la comisión activa de la realización del tipo de la parte especial y éste incluye siempre la autoría (los tipos de la parte especial lo realizan sólo los autores), la participación en comisión por omisión existirá siempre que se pueda afirmar la identidad estructural y material del sujeto que omite, no con la realización activa de la parte especial, como ya se ha dicho, sino con el tipo de partícipe. En concreto, estaremos ante un cooperador necesario cuando el sujeto no impide un acto de cooperación necesaria activa y ante un cómplice cuando el sujeto omisivo no impida un hecho activo de complicidad. Pero

---

PORTILLA CONTRERAS dentro de los autores que admiten la participación omisiva: 1) la participación por omisión exige los mismos requisitos que la autoría: el partícipe por omisión debe ser garante, bien debe crear o incrementar el riesgo de lesión; 2) la participación por omisión es factible cuando la omisión procede de un no garante en un delito de comisión doloso; 3) el garante omitente sólo es partícipe en supuestos en los que el tipo exige especiales elementos de autoría; 4) la autoría o participación del garante omitente depende del hecho de ostentar una posición de protección o una posición de control, respectivamente; 5) la participación en comisión por omisión es factible cuando el omitente ha asumido el control del riesgo de lesión pero el tipo requiere especiales elementos de autoría o cuando el omitente que tiene el control del riesgo actúa como partícipe, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G.: "La participación...", *cit.*, págs. 447-463.

Por último, desde un punto de vista más genérico, SÁNCHEZ VERA, refiriéndose solamente a tres posiciones: responsabilidad del omitente como autor,; responsabilidad del omitente, como autor o como partícipe, según de que tipo de posición de garante se trate; y responsabilidad del omitente como partícipe, *vid.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.: "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", en ADPCP, 1995, pag. 250 y ss.

<sup>679</sup> *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la comisión...", *cit.*, págs. 388-390.

también estaremos -y esto es lo más significativo de la postura de SILVA SÁNCHEZ- ante un cooperador necesario cuando el sujeto, omitiendo la intervención o impedimento de un hecho principal, no pueda responder como autor por no permitirlo la configuración del tipo de la parte especial al contener éste elementos subjetivos del injusto o al tratarse, por ejemplo, de un delito de mera actividad, de propia mano o de medios determinados, pues en ese caso sólo de modo indirecto puede hablarse de que el riesgo dominado por el garante se realice en el resultado, habiendo en conclusión identidad estructural con el hecho de participación.

En definitiva, el que se mantiene pasivo frente a la agresión de otro puede ser, para SILVA SÁNCHEZ, tanto autor como partícipe. Será autor cuando el omitente no interviene en el hecho delictivo comisivo de otro sino que realiza el suyo propio, dominando su propio hecho<sup>680</sup>, y será partícipe cuando lo que no evite sea un hecho de participación o cuando, no evitando un hecho principal, no pueda ser autor porque dicho hecho no puede cometerse por la omisión de ese sujeto.

---

<sup>680</sup> La situación de concurrencia entre hecho principal comisivo y hecho omisivo idéntico es comparable según el autor a la concurrencia de varios omitentes en condiciones de comisión por omisión, que serán coautores o autores accesorios según la existencia o no de acuerdo previo, *ibidem*, pág. 389.



Según LUZÓN PEÑA<sup>681</sup>, las premisas que se deben seguir a la hora de resolver el complejo problema de la participación omisiva son las siguientes:

1º) por lo que respecta a la autoría, para poder hablar de comisión por omisión no basta con comprobar la existencia de una posición de garante en el sujeto que omite sino que ha de mediar una exacta equivalencia: la realización omisiva debe ser estructural y materialmente idéntica a su realización activa, de tal forma que la omisión sea directamente subsumible en la descripción legal de la parte especial sin quebrantar el principio de legalidad y sin necesidad de tener que forzar el tenor literal del precepto o el espíritu de la norma;

2º) en la realización activa, el sujeto interviene, o bien en una situación del mundo exterior que es pacífica, con control o dominio del hecho, creando un riesgo o peligro de lesión para el bien jurídico, peligro que a continuación va a desembocar en el resultado lesivo, o bien, si ya había un cierto peligro abstracto o general (no controlado o bajo control), incrementando de modo decisivo el riesgo, que se convierte en peligro concreto y se transforma en lesión;

3º) en la realización omisiva, en la que el peligro ya existe, ya sea por un acontecer natural, ya sea por la creación del mismo por un tercero, limitándose el sujeto a

---

<sup>681</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: "La participación...", cit., págs. 235-24601

no hacer nada dejando que el peligro siga su curso normal pero sin originarlo ni aumentarlo, estamos ante una omisión pura que será delito si encaja con alguna de las descripciones típicas que contiene el Código Penal;

4°) dicha realización omisiva constituirá un supuesto de comisión por omisión cuando sea la omisión la que cree o aumente el riesgo de lesión, independientemente de la posición de garante que tenga o no el sujeto, al no ser la comisión por omisión un delito de infracción de deber según el cual todo el que incumple el deber tiene que ser autor;

5°) teniendo en cuenta que el no impedir no tiene porque significar facilitar (aunque el peligro aumente por sí sólo sin que el sujeto omitente lo conjure), cabe entender que la omisión aumenta el peligro de lesión cuando el sujeto que omite se encuentra en una especial posición según la cual, de haber cumplido éste con su función normal y específica, no habría habido peligro o, de haberlo, éste habría de haber sido conjurado con su actuación (por considerar dicho peligro social y normativamente conjurado en caso de que el sujeto cumpla con dicha función);

6°) estos mismos criterios establecidos para la autoría debe ser trasladados a la participación: para que la pasividad de un tercero, frente a quien realiza activamente y con control del hecho como autor un tipo delictivo comisivo de la clase que sea, constituya algo más que una

pura omisión y se convierta en participación omisiva, es preciso que equivalga exactamente a la participación activa. En suma, el criterio determinante para saber si hay participación omisiva en un delito comisivo doloso no debe ser tampoco la posición de garante sino la identidad de la omisión con la participación activa, esto es, se ha de comprobar que la omisión favorece o facilita la comisión del hecho, aumentando o colaborando a aumentar en ese sentido el riesgo, riesgo que ha creado el autor material del delito, y comprobar también que el sujeto que omite carece de la posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización de dicho peligro;

7°) supuestos de participación omisiva, según esto, serán, por un lado, aquéllos en los que el sujeto que presencie ostensiblemente la comisión del delito, con su pasividad auxilie moralmente al autor, reforzando su ánimo al concurrir en él, por su aprobación tácita del hecho, al menos, un dolo eventual, y por otro lado, aquéllos en los que, social, normativa o facticamente, se da por descontado que la propia presencia del sujeto va a ser ya un obstáculo para la comisión del delito debido, o bien a que otra cosa no puede esperarse, de cumplir el sujeto con su función normal o específica, o bien porque el sujeto se ha comprometido con un contrato a evitarlos o a desempeñar una función protectora, y luego el sujeto contra lo que podría

considerarse seguro y normal no se opone al delito, pues en estos casos, como la propia presencia o función normal supone (se da por seguro) un obstáculo para el delincuente, el no impedirle a éste su actividad tiene el sentido de quitarle un obstáculo y, por tanto, facilitarle la ejecución;

8º) para determinar si ese auxilio constituye una contribución esencial o no para el autor y si, por tanto, se considera cooperación necesaria o complicidad habrá que acudir al criterio de la necesidad, en abstracto o en concreto, o al de los bienes escasos.

Según PORTILLA CONTRERAS<sup>682</sup>, frente a las posturas que niegan la posibilidad de participación omisiva -porque los delitos omisivos impropios constituyen delitos de infracción de un deber o porque el término actos impide su admisión- hay que entender, para poder graduar la responsabilidad participativa, en función de la mayor o menor gravedad del injusto omisivo, que el comportamiento omisivo del que ostenta una función de protección o de control, con dominio actual de las circunstancias que generan o contribuyen al resultado, dará lugar a la autoría o a la participación según la contribución de la omisión respecto al resultado, pues sólo de este modo se producirá

---

<sup>682</sup> Vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: "La participación omisiva...", cit., págs. 446 y 465.

una total equivalencia entre acción y omisión. Así, será autor el "garante omitente" que reúne los elementos de la autoría requeridos por el tipo, y que además, no sólo genera o incrementa el riesgo de lesión del bien jurídico con su pasividad, sino que mediante su intervención, hubiera evitado el resultado con cierta seguridad. Por el contrario, habrá participación omisiva cuando el garante omitente sólo facilite la realización del hecho por el tercero y una hipotética intervención suya no hubiera evitado la producción del resultado sino tan sólo la hubiere dificultado.

Recientemente, LASCURAÍN SÁNCHEZ niega que la participación pueda generar deberes de garantía, ello debido a que sólo se nos pueden asignar deberes específicos por los riesgos propios, pero no por los riesgos ajenos a los que contribuyen mis riesgos: la participación no genera deberes de garantía de control del comportamiento del autor. No obstante, reconoce, como excepción de lo dicho, la de los llamados garantes de protección, citando como ejemplos el del guardaespaldas que debe evitar como garante la lesión del ministro y el de la madre que debe evitar que un tercero agrede sexualmente a su hija. Si el resultado lesivo contra la integridad o contra la libertad sexual se comete ante la pasividad de dichos garantes, cuando podían haberlo impedido, afirmaremos que tenían un deber de evitar

el comportamiento lesivo de terceros que actúan libremente, y que al no haberlo observado -si la conducta típica no presenta elementos que comporten un desvalor inexistente en la omisión- responderán como autores a pesar de la existencia de otra imputación, aparentemente preferente, a título de autor por comisión dolosa<sup>683</sup>.

Pues bien, fijadas estas premisas acerca del proceder de la jurisprudencia así como de las posturas doctrinales, a mi juicio, más interesantes sobre la participación omisiva en general, y por supuesto, sentado el concepto de autor que vamos a utilizar, el siguiente paso de la presente investigación, dirigida a averiguar cómo debe resolverse el problema de una posible realización por omisión del delito de violencia doméstica en su forma intermedia de participación omisiva, debe ser necesariamente, a mi juicio, el de diferenciar con la mayor nitidez posible los siguientes planos: el plano de la autoría del plano de la participación, por un lado; el plano de la omisión pura del plano de la comisión por omisión, por otro lado; y finalmente, debe distinguirse con gran claridad lo que es el delito propiamente de violencia doméstica, en su consideración global, de lo que son cada

---

<sup>683</sup> Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: "Los delitos de omisión...", cit. págs 106 y 108. Pese a lo dicho, el citado autor parece cuestionar que el cónyuge tenga que ser considerado autor al no estar claro el fundamento de la posición de garantía de los padres respecto a la

uno de los actos que integran la habitualidad de dicho delito.

## **1. La Autoría y la omisión en el delito de violencia doméstica**

### **1.1 Autoría/ actos individuales de violencia/ omisión propia**

Dentro de la autoría, y por lo que se refiere a los distintos actos de violencia integrantes de la conducta habitual del art. 153, entiendo que son dos los problemas que nos podemos plantear: uno, si esa violencia física o psíquica se puede realizar mediante una conducta negativa, esto es, si el tenor literal admite la realización negativa u omisiva de esta parte del tipo o, por el contrario, sólo admite la activa, y dos, si alguno de esos actos integrantes o todos pueden consistir en delitos de omisión pura. Respecto a lo primero, entiendo que no cabe admitir la realización de comportamientos omisivos o comisivos negativos por parte del sujeto activo, pero, no porque lo vede el tenor literal del precepto, que ya hemos repetido es ambiguo, sino porque así lo aconseja una correcta interpretación de los términos violencia física y violencia psíquica. Ya vimos como, antes de la Reforma de 1999, la antigua redacción del precepto ofrecía más claridad en ese

---

indemnidad de los bienes más importantes de sus hijos, *vid. ibidem*, pág. 140.

sentido al incluir una única referencia al ejercicio de violencia física como modalidad comisiva del delito. Dicha expresión denotaba un carácter activo, fácilmente identificable con el maltrato corporal del art. 617.2 del CP, esto es, un medio comisivo concreto. Tras la citada Reforma, al introducirse la violencia psíquica, dijimos también que cabía una doble interpretación: o bien aceptábamos que el legislador lo que pretendía era cambiar de enfoque en el sentido de no entender dichas violencias como medios comisivos o meras actividades, sin exigirles resultado concreto alguno, sino de concebirlas como resultado violento realizable a través de cualquier medio; o bien entendíamos que la novedosa expresión violencia psíquica debía interpretarse de forma pareja a como venía siendo interpretada la violencia física, esto es, como una especie de maltrato verbal o de palabra, que no limitándose al medio comisivo intimidación alcanzaba otras posibles vías como la del insulto o la descalificación<sup>684</sup>. Pues bien, al decantarnos por esta segunda opción, resulta evidente que dicha actividad violenta no va a poder llevarse a cabo omisivamente, por hechos omisivos o negativos en cuanto a no hacer (no cuidar, no alimentar, no dar dinero, no

---

<sup>684</sup> Lo físico y lo psíquico también podían entenderse como facetas del ser humano a los que debía afectar la actividad violenta, pero en ese caso lo que hacíamos es abrir los medios debiendo proceder después a una interpretación restrictiva de la misma.



dirigir la palabra...), debido a que ambas exigen un comportamiento claramente activo: o el maltrato corporal o el verbal<sup>685</sup>. Pero es que, aun en el supuesto de que se defendiera la primera de dichas posturas creo que la conclusión debiera ser la misma pues, aunque en principio, al no haber limitación de medios, pareciera que cabría la causación a través de una conducta negativa o no activa, ello no debería ser así porque habría que mantener, en ese caso, una interpretación restrictiva del tipo en el sentido de limitar el ejercicio de violencia a conductas activas - repito- no porque lo prohíba el tenor literal del precepto, sino porque así lo aconseja, desde mi punto de vista, el principio de intervención mínima, dada la vaguedad que rodea a algunos elementos del delito. En concreto, resultan imprecisos, como ya hemos visto, los términos habitualidad, y violencia psíquica, además de estar ambos tratando de tutelar un bien jurídico en si mismo difuso y difícil de delimitar: la integridad moral<sup>686</sup>.

---

<sup>685</sup> Los supuestos mencionados por BENÍTEZ ORTÚZAR, de llamar por teléfono y no decir nada o de seguir a la víctima, yo creo que se podrían reconducir al medio intimidación, sin que sea necesario por ello cambiar la perspectiva en el sentido de, para poder incluir estos supuestos, tener que decir que caben también otros supuestos que consiguieran dañar la psique. Quedando, además, como última opción la de castigar tales actos en concurso si el sujeto realiza dicho acto dentro de un delito de violencia doméstica del art. 153, y sin perjuicio de que en el caso de que lo que se realice sea solamente un sólo acto, poder castigarlo de forma autónoma como una falta del art. 620.2, en su modalidad de vejación leve, vid. BENITEZ ORTUZAR, I.F.: "La violencia psíquica...", cit., págs. 193 y 194.

<sup>686</sup> Negando la realización omisiva de cualquier delito de mera actividad, entendida la omisión como una forma de realización típica

Esto por lo que respecta a la posible realización omisiva o comisiva negativa de actos de violencia física o psíquica a título de autoría, ¿qué pasa entonces si uno de los actos que se quieren valorar dentro de la habitualidad es un abandono de los deberes asistenciales tipificado como delito de omisión propia en el art. 226 del CP? Pues que, sin duda, la conducta deberá castigarse por constituir un injusto típico pero no como integrante de la habitualidad sino más bien a través de las reglas del régimen general de concursos<sup>687</sup>.

### **1.2. Autoría/ delito considerado globalmente/ omisión propia**

Por lo que respecta al delito de violencia doméstica considerado éste globalmente, parece claro también que no estamos ante un delito de omisión pura. Desde una perspectiva formal, dicha afirmación se sostiene por cuanto nos encontramos ante una norma -la contenida en el art. 153 CP- que encierra una prohibición. Norma que se ha de vulnerar, por tanto, realizando lo que la misma prohíbe,

---

contrapuesta a la comisión y no como una forma de conducta en cuanto a suponer un no hacer algo frente al hacer algo que implica la acción, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: El delito de omisión..., cit., pág. 354.

<sup>687</sup> La STS de 22-01-2002 vimos como tenía en cuenta el abandono sanitario e higiénico pero, para acreditar la habitualidad, y no como un concreto acto de violencia. En estos casos, independientemente de que en algunos supuestos pueda servir para acreditar la habitualidad por prueba indiciaria, es mi opinión que habría de plantearse un concurso real con aquél delito, entre otras razones, porque muchas veces sucede que si se utiliza para acreditar el delito del art. 153 luego no tiene castigo por separado a través de la cláusula concursal de dicho precepto, siendo mejor por ello quizá, desde el punto de

esto es, ejerciendo habitualmente violencia física o psíquica. Pero también desde una concepción material de la omisión, como la que defiende SILVA SÁNCHEZ, se ha de llegar a la misma conclusión pues no se me ocurre cómo el ejercicio de violencia habitual puede llevarse a cabo mediante una conducta omisiva que signifique una falta de la prestación positiva de salvaguarda del bien jurídico protegido por el art. 153 del CP, exigida por su previa puesta en peligro. Atendiendo al planteamiento de SILVA SANCHEZ, habría que decir que la pretensión incumplida en este caso consiste en una no injerencia en la integridad moral del otro y no en una falta de la prestación positiva necesaria para salvaguarda de dicha integridad moral puesta en peligro previamente<sup>688</sup>.

### **1.3. Autoría/ perspectiva global del delito/ comisión por omisión**

Rechazada la posibilidad de la omisión pura -en su perspectiva global-, así como de la realización negativa del verbo ejercer violencia o la posible inclusión dentro de tales actos da algún delito de omisión -en su

---

vista de la víctima, no considerarlo y castigarlo con autonomía.

<sup>688</sup> SILVA SÁNCHEZ, tras afirmar que los delitos de mera actividad sólo se pueden realizar por comisión, señala que en ningún caso puede llegar a estimarse típica en el sentido de un delito de mera actividad la no realización de una prestación positiva de salvaguarda del bien jurídico en é protegido cuando éste se encuentre en peligro, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: El delito de omisión..., cit., pág. 356.

perspectiva del acto individual-, y sin salirnos de la autoría, todavía nos resta por resolver si el tipo se puede realizar en comisión por omisión u omisión impropia. Aquí, de nuevo, debemos distinguir los dos planos: el global y el individual del acto. Respecto al primero entiendo que no es posible la comisión por omisión porque hemos dejado establecido que el delito de violencia doméstica es un delito de mera actividad. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ niega, a mi juicio acertadamente, la posibilidad de que un delito de mera actividad se pueda realizar en comisión por omisión por dos razones: por un principio lógico de no contradicción pues la no realización de la acción no puede equipararse a su realización, y por un argumento de naturaleza histórico-dogmática y es que la comisión por omisión precisamente nació como respuesta al fracaso de intentar dar una explicación adecuada a la causalidad natural *strictu sensu* en ciertos casos de omisión. Hay, en definitiva, una íntima vinculación entre la estructura de la comisión por omisión y los delitos de resultado.<sup>689</sup>

---

<sup>689</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: El delito de omisión..., cit., págs. 351 y 352. Entendiendo que la estructura de la comisión por omisión no es aplicable a los delitos de mera actividad: LUZÓN PEÑA, D.M.: "La participación por...", cit., pág. 235; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal..., cit., pág. 394; QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J.M.: Manual de Derecho penal. Parte General, Pamplona, 1999, pág. 379. En contra del mantenimiento de la distinción de los delitos de resultado y los delitos de mera actividad, por entender que en estos segundos se produce el mismo resultado que en el primero, concebido, a su vez, éste como modificación del mundo exterior, sólo que se produce de forma simultánea a la actividad, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: "La distinción entre delitos propios (puros) y

#### **1.4. Autoría/ perspectiva individual del acto violento/ comisión por omisión**

Por último, y por la misma razón, no es posible aceptar, tampoco que alguno de los actos que integran la habitualidad del delito se realice en comisión por omisión, esto es, porque ello lo impide el entendimiento que venimos haciendo de la estructura del delito del art. 153 en cuanto que delito de mera actividad, donde lo que se pretende castigar es el mero ejercicio de violencia habitual sin prejuzgar ni tener en cuenta los resultados en que se pueden concretar tales actos de violencia. En efecto, el núcleo del injusto del art. 153 del CP está integrado por la mera actividad violenta reiterada en el tiempo, sin que ésta tenga que traducirse necesariamente en un resultado material concreto (ya sea de lesiones, ya de coacciones, de homicidio, etc.) para que podamos apreciar un delito de violencia doméstica. Si estos resultados llegan a producirse, porque la violencia física o psíquica deriva en ellos, los mismos deben ser castigados y reconducidos a la cláusula concursal del art. 153, pero no por ello entran en lo que realmente quiere castigar el precepto, ni cambian la estructura del delito en una de resultado. En suma, si alguna de las conductas violentas con que nos encontramos a

---

delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)" en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al

la hora de valorar la habitualidad o no del supuesto maltratador reviste la forma de comisión por omisión, no deberemos tenerla en cuenta para apreciar el art. 153, debiendo quedar aquélla extramuros de dicho delito, sin perjuicio de que la misma obtenga o pueda obtener su correspondiente castigo a partir de la aplicación de las reglas del régimen general de concursos.

Como conclusión de todo lo dicho, es posible entonces afirmar que no cabe la realización omisiva, ni por omisión, ni por comisión por omisión, por autoría del delito de violencia doméstica básicamente por tratarse de un delito de mera actividad en el que la violencia física y psíquica exigen de la realización de un comportamiento activo.

## **2. La participación omisiva del cónyuge pasivo o contemplador**

Otra cosa es, y en otro plano nos sitúa, el problemático supuesto del cónyuge o pareja sentimental que no impide los malos tratos ejercidos por su pareja a un hijo menor. En efecto, en mi opinión, estamos en ese caso ante un claro tema de participación que debe resolverse del modo, y por las razones, que a continuación expongo.

No sería extraño pensar, sin embargo, que se trata de un supuesto de autoría en comisión por omisión, en la medida en que dicha es la respuesta mayoritaria de la última jurisprudencia<sup>690</sup>. No obstante, entiendo que encaja mejor con la participación omisiva porque, como ya hemos dicho, se trata -el delito de violencia doméstica- de un delito de mera actividad respecto al cual no cabe hablar de autoría en comisión por omisión, ni siquiera en relación con alguno de los actos que integran el delito.

Dicha conclusión, a la que se llega normalmente por exclusión; el sujeto es partícipe porque no puede ser autor,<sup>691</sup> se adapta perfectamente a los parámetros de la participación en cuanto que la conducta del cónyuge contemplador o pasivo parece ciertamente, más que realizar el hecho como propio, colaborar con el hecho de otro, esto es, del otro cónyuge<sup>692</sup>, y en cuanto que, aun siendo una

---

<sup>690</sup> Esta solución también fue una opción frecuente de la primera jurisprudencia que se forjó sobre el tema, si bien, en la confusa forma de autoría en cooperación necesaria en comisión por omisión.

<sup>691</sup> Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la comisión...", cit., pág. 390; PORTILLA CONTRERAS, G.: "La participación omisiva...", cit., pág. 446; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: "Los delitos de omisión...", cit., pág. 106.

<sup>692</sup> En este sentido, LUZÓN PEÑA donde afirma que cuando un tercero provoca activamente un resultado típico, y con dominio o control del hecho, la mayoría de la doctrina entiende que es imposible decir que el sujeto que se limita a no impedir que el otro produzca el resultado ha realizado la conducta típica, o sea, que ha lesionado, matado o dañado, y, por tanto, que es autor en comisión por omisión de ese delito, porque está claro que quien ha matado, etc, y por eso es autor -pues ha realizado el hecho típico- es el otro, vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: "La participación por omisión...", cit., pág. 244.

contribución esencial respecto a la fase ejecutiva, debemos mantener un concepto restringido de autor<sup>693</sup>.

Téngase en cuenta, por lo demás, que el hecho de establecer si la conducta debe ser calificada como de autoría o de participación no resulta baladí, y ello aunque ambas lleven aparejada la misma pena, pues tal calificación puede traer importantes consecuencias en torno a una posible participación de un tercero en los hechos, que deberá ser admitido si la calificación es de autor, pero rechazado si es de partícipe.

Pues bien, resuelta la disyuntiva autoría-participación a favor de ésta segunda, queda finalmente por concluir si se trata de una participación por cooperación necesaria o por complicidad<sup>694</sup>.

El criterio que suele seguir la jurisprudencia atiende fundamentalmente a la llamada causalidad hipotética, esto es, a la posibilidad que tenga el sujeto omitente de evitar por completo, o solamente de dificultar, la producción del

---

<sup>693</sup> En apoyo de esta conclusión puede también mencionarse la incoherencia denunciada por GIMBERNAT ORDEIG en contra de la consideración de autor en estos casos, ya que se puede llegar a castigar más gravemente a la madre que permanece inactiva mientras el padre maltrata a su hijo que a la madre que proporciona al maltratador un instrumento lesivo para que lo haga. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Recensión al libro de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión", en ADPCP, 1970, pág. 725.

<sup>694</sup> No debe olvidarse, por más que dicha postura no se comparta, tal y como ha sido puesto de manifiesto anteriormente, que los términos de esta distinción se establecen, en ocasiones, entre la participación por complicidad y la autoría (por cooperación necesaria, pero autoría), vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: "La participación omisiva...", cit., pág.446.



resultado causado por el autor principal. En el primer caso, la responsabilidad se establecerá en grado de cooperación necesaria; en el segundo, en grado de complicidad<sup>695</sup>.

Desde mi punto de vista, de seguir las coordenadas fijadas por el Tribunal Supremo, no cabe duda que estamos ante un supuesto de colaboración necesaria y no de mera complicidad, si bien, como ya se ha hecho hincapié, aquélla debería quedar enmarcada dentro de la participación y no de la autoría. Lo anterior se deduce de la posibilidad que, entiendo, siempre tiene el cónyuge de evitar la realización del delito con su intervención, sin perjuicio de que pueda quedar demostrado en el juicio que al cónyuge no se le podía exigir actuar de otra forma, por ejemplo, por concurrir un supuesto de miedo insuperable, en cuyo caso no

---

<sup>695</sup> Vid., como muestra de lo expuesto, el FJ° 3° de la STS 12-01-1998, ED 1998/47, en virtud del cual se considera a la madre de una menor sometida a abusos sexuales por su padre como cómplice omisiva del delito de abusos sexuales porque de haber actuado como lo exigía su posición de garante, *habría dificultado -no se puede asegurar que hubiera impedido- que su marido hubiere realizado los actos contrarios a la libertad sexual de su hija*. Dicho criterio es, por otra parte, el manejado por PORTILLA CONTRERAS para analizar la participación omisiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de distinguir la participación por complicidad de la autoría por cooperación necesaria, vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: "La participación omisiva...", cit., págs. 465-477. Vid., criticando dicho criterio, por entender que es la otra cara de la teoría de la *conditio sine qua non*, utilizada en los delitos de acción, siendo imposible realizar la comprobación de esa hipótesis en la realidad y siendo, por tanto, un criterio insuficiente para sustentar una causalidad en la omisión y, por ende, una equivalencia de la omisión con la acción, GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Causalidad, omisión...", cit., págs. 216-218. Por el contrario, el mencionado autor entiende la comisión por omisión como la omisión de una medida de precaución desestabilizadora de un foco de peligro preexistente, vid. *ibidem*, pág. 253.

habrá cooperación necesaria pero tampoco complicidad. A dicha conclusión considero además que conducen la mayoría de las posturas expuestas, si bien no con la misma argumentación, ni con la misma solución en el sentido de entender la cooperación necesaria como una forma de autoría o de participación.

En primer lugar, según SILVA SÁNCHEZ, porque el que venimos llamando cónyuge contemplador encajaría en el supuesto de cooperación necesaria por exclusión al no poder ser autor, esto es, por no evitar o impedir un hecho principal que el sujeto omitente no puede realizar por omisión, al tratarse en este caso de un delito de mera actividad. Pues, en ese caso, el citado autor entiende que "sólo de modo indirecto puede hablarse de que el riesgo dominado por el garante se realice en el resultado, habiendo en conclusión identidad estructural no con la autoría sino con el hecho de participación"<sup>696</sup>.

En segundo lugar, no sería autor, según LUZÓN PEÑA, porque el cónyuge contemplador o pasivo carece de la posibilidad de decisión, control o dominio positivo del hecho de los malos tratos, encajando en la participación omisiva dentro del supuesto del sujeto respecto al cual no puede esperarse la lesión del bien jurídico, de cumplir él

---

<sup>696</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la comisión...", cit., pág. 390.

mismo con su función normal o específica, y encajando específicamente en el apartado de la participación por cooperación necesaria, y no en la complicidad por la importancia de su contribución al hecho principal<sup>697</sup>.

Por lo que respecta a LASCURAÍN SÁNCHEZ, también llegaríamos a la misma solución porque aunque reconoce como excepción de la regla general que a los padres, como garantes de protección, se les puede hacer responsables en grado de autoría por delitos que se cometan contra los bienes jurídicos más importantes de sus hijos, se refiere también a la necesidad para que ello ocurra de que la conducta típica no presente elementos que comporten un desvalor inexistente en la omisión, elemento este último que fallaría en nuestro caso por la razón ya repetida, esto es, porque se trata el delito de violencia doméstica de un delito de mera actividad<sup>698</sup>.

Por último, según la postura de PORTILLA CONTRERAS, entiendo también que el caso que nos ocupa constituiría un supuesto de cooperación necesaria. Y lo entiendo, en contra de lo que el propio autor manifiesta, porque considero, como ya he puesto de manifiesto, que el cónyuge contemplador o pasivo, lejos de poder solamente dificultar

---

<sup>697</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: "La participación por...", cit., pág. 245.

<sup>698</sup> El citado autor aunque no se decanta por ninguna clase de participación, al menos expresamente, entiendo que no es ilógico pensar que lo hace por la cooperación necesaria por cuanto en

la realización del delito de malos tratos, puede siempre evitarlo, si no por medio de la denuncia, sí por medio de lograr la separación del menor respecto al maltratador. PORTILLA CONTRERAS, sin embargo, es partidario de entender que dicho supuesto se debe calificar como complicidad por omisión cuando los malos tratos se llevan a cabo delante del cónyuge pasivo, y como autoría de un delito de omisión propia cuando los malos tratos se producen en ausencia del cónyuge pasivo<sup>699</sup>. Mi opinión, sin embargo, es que, independientemente de que los malos tratos se lleven a cabo delante o no del otro cónyuge, éste último siempre va a tener que ser considerado cooperador necesario por dos razones: primero porque si no se le considera autor de los hechos es porque nos encontramos ante un delito de mera actividad, razón ésta que justifica de sobra que, ya que se le va a tener que castigar como partícipe, se le castigue de la forma más grave posible, y segundo, porque de seguir las reglas de la teoría de la causalidad hipotética, sólo se podría entender su responsabilidad a título de complicidad respecto al primer acto de violencia ejercido contra el menor, individualmente considerado, o como mucho, respecto al concurso del primer acto con el segundo. Pero, desde el momento en que hubiera lugar a un tercer acto, ya

---

principio al sujeto le correspondería una calificación de autor. Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: Los delitos de omisión..., cit., pág. 106.

no podríamos hablar de complicidad sino de cooperación necesaria, pues el sujeto, esté o no delante cuando se lleve a cabo dicho tercer acto, siempre habría podido evitarlo una vez conocida la tendencia del sujeto a maltratar al menor<sup>700</sup>. Cosa distinta sería preguntarnos acerca de cuál debe ser el castigo del sujeto maltratador en el supuesto de que se le considere también partícipe responsable por cada uno de los actos en que se ha concretado la habitualidad del delito, al hacerse extensible la cláusula concursal también a la participación omisiva. En ese caso, considero que sí se podría dar entrada al criterio de PORTILLA CONTRERAS en el sentido de castigarlo normalmente como cómplice, si el maltrato se ha llevado a cabo cuando el cónyuge estaba delante, y autor de un delito de omisión propia del 450.2 del CP cuando, estando ausente, se enterara después de que aquél se había producido<sup>701</sup>. Y ello sin perjuicio de que el maltrato individualmente considerado no viniera constituido por un delito de lesiones u otro cuya estructura fuera de

---

<sup>699</sup> Vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: "La participación...", cit., pág. 474.

<sup>700</sup> Vid., como ejemplo de lo dicho, la STS 31-10-1991, Ar. 7473 , anteriormente comentada.

<sup>701</sup> Una posible explicación de esta conclusión a la que llega el citado autor podría hallarse en la utilización que hace el mismo de un concepto amplio de autoría en el que se da cabida a la cooperación necesaria. Así, dado que autor no puede ser, y dado que no existe la posibilidad de cooperación necesaria fuera de la autoría, tendría que admitirse, por exclusión, que es cómplice. Estaríamos pues ante un claro ejemplo de las negativas consecuencias a las que nos puede conducir la utilización de un concepto amplio de autoría.

resultado material, porque en ese caso, el sujeto omitente debería responder a título de autoría en comisión por omisión y no de participación.

En conclusión, el cónyuge que no hace nada para evitar los malos tratos que comete su otro cónyuge a un hijo menor en su presencia o ausencia, deberá ser castigado, siempre que se demuestre el conocimiento de los mismos, por dolo directo -cuando sepa que se produzcan los mismos- pero también por dolo eventual -cuando el sujeto no sabe ni quiere que aquéllos se produzcan pero lo presume y no hace nada para evitarlo-, en primer lugar, **como partícipe omisivo** al no poder ser autor en comisión por omisión, por tratarse el delito de violencia doméstica de un delito de mera actividad y, en segundo lugar, **como cooperador necesario**, fundamentalmente, por la importancia de su colaboración, así como por la siempre posibilidad de apartar al menor de la presencia del cónyuge maltratador.

Ahora bien, si hemos dicho que cuando las palizas se dan encontrándose ausente el cónyuge del domicilio, aun sin querer que aquellas se lleven a cabo, pero presumiéndolo, debemos entender que existe dolo eventual ¿qué pasa entonces si ni siquiera lo presume, pero debería haberlo hecho por las secuelas evidentes que los malos tratos están dejando en el menor? En ese caso, entiendo que pueden pasar dos cosas: una que el juez interprete por prueba indiciaria

que es imposible que no los conozca y los dé por aceptados configurando dolo eventual; dos, que tengamos que concluir que lo que existe es un supuesto de participación omisiva por imprudencia. Pues bien, sin perjuicio de que ya contemos con pronunciamientos en el primero de los sentidos<sup>702</sup>, procede ahora preguntarnos acerca de la posibilidad o no de castigar en el delito de violencia doméstica la que hemos llamado participación omisiva por imprudencia.

En principio, parece que aquélla no debería castigarse por diversas razones: porque sería contradictorio con el elemento subjetivo que siempre se exige a la participación, porque no existe un precepto en la parte general del Código penal que castigue la participación omisiva por imprudencia y, en definitiva, por la excesiva expansión del Derecho penal que ello supondría, habida cuenta que el delito del art. 153 es un delito doloso que no puede castigarse por imprudencia.

Sin embargo, también es verdad que, dada la gravedad y particularidad del supuesto, cabría pensar en una cierta justificación del castigo de estos supuestos, sobre todo, desde la consideración de la posición de garantía que ostentan los padres con respecto a sus hijos menores.

Pues bien, la solución que debe ofrecerse al dilema

---

<sup>702</sup> *vid.* STS 26-6-2000.

planteado, pasa, desde mi punto de vista, por entender que en los casos donde el maltrato a menores es evidente, lejos de pensar en el castigo de una posible participación por imprudencia, al cónyuge pasivo se le debe castigar como partícipe cooperador necesario por dolo eventual, a menos que se demuestre que concurre en dicho cónyuge un déficit de socialización o un déficit cultural. En el primer caso, lo que habría es un supuesto de error de prohibición que sólo de ser invencible llevaría, como es sabido, a la exención de responsabilidad penal, pero de ser vencible a la responsabilidad atenuada en uno o dos grados. En el segundo, podría haber un tema de error y de falta de imputabilidad que habría que reconducirse a las causas de semiimputabilidad.

Difícil, por lo demás, será la apreciación de un delito de encubrimiento en estos casos por cuanto dicha figura delictiva se tiene en cuenta una vez excluida la participación por cooperación o complicidad.

Los delitos de omisión propia en sus modalidades de omisión del deber de socorro, regulado en el art. 195 del vigente CP, y omisión del deber de impedir determinados delitos, descrito en el art. 450.1 del mismo texto, deben quedar descartados porque ambos preceptos incluyen una cláusula de exclusión de la responsabilidad del sujeto



omitente cuando la intervención pueda suponer un riesgo propio o de terceros.

El delito de omisión de promover la persecución de esos mismos delitos para que la autoridad o sus agentes lo impidan, recogido en el art. 450.2, en la medida que dicho precepto no contiene tal cláusula y siempre que no concurra ninguna causa que convierta la intervención del sujeto en inexigible, tales como el error o la eximente de miedo insuperable, será de más fácil aplicación en aquellos casos en que el sujeto omitente no sea garante<sup>703</sup>.

Finalmente, en cuanto a la necesidad o no de incluir una cláusula en el delito que expresamente castigue el comportamiento del partícipe, entiendo que, sin ser necesario, podría resultar oportuno debido a la complejidad de esta materia. Con todo, no puedo compartir la propuesta que en tal sentido ofrece MORILLAS CUEVAS por incluir en la misma una referencia a que la hipotética intervención del sujeto omitente se hubiere podido llevar a cabo "sin riesgo propio". En efecto, lo normal en estos casos será que el

---

<sup>703</sup> Piénsese en supuestos en los que quienes permanezcan pasivos ante los malos tratos habituales sean amigos o vecinos de la familia. En el mismo sentido, vid. MORENO VERDEJO J.: "Prevención y protección frente ...", cit., págs. 18-20. Interesante resulta la referencia que hace el autor a la posibilidad de aplicar otros delitos de omisión propia, en concreto el tipificado en el art. 408 del CP, cuando el sujeto omitente sea funcionario público. Vid., también, OLMEDO CARDENETE, M: El delito de..., cit., pág. 139, entendiendo en contra de DEL MORAL GARCÍA que existirá participación omisiva cuando el sujeto omitente sea garante, ya sea intranei o extranei, esto es, sin necesidad de que se trate de un sujeto de los que menciona el art. 153 del CP, y pensando, sobre todo, en alguna de las lagunas que evidenció el

cónyuge, de intervenir, lo haga con mucho riesgo tanto para él como para la víctima maltratada, con lo que, a la larga, esa referencia haría la cláusula prácticamente inaplicable, convirtiendo en saco roto el intento de mejora. Pero a dicha propuesta cabe todavía lanzar una objeción más importante por cuanto que supondría elevar a la categoría de delito una forma de participación posibilitando entonces el castigo de las formas de participación en una ya conducta de participación.

Por ello, la redacción que aquí se propondría sería la siguiente: "En la misma pena incurrirán, a título de partícipes omisivos en cooperación necesaria, los cónyuges o convivientes que, conociendo o aceptando la posibilidad, cuando estos son evidentes, de que algún hijo menor o incapaz que con ellos conviva está siendo sometido a reiterados malos tratos ejercidos por el otro cónyuge o conviviente, no intervengan para impedir tales hechos".

### **3. La omisión en el derecho comparado**

En el derecho alemán es posible el castigo de la omisión, en relación con todas las modalidades de acción que describe el precepto: el tormento, el maltrato brutal y el abandono malicioso de los deberes de cuidado, con la

aquella modalidad de conducta que específicamente se refiere a la omisión exige que la misma produzca un perjuicio a la salud de la víctima.

No debe olvidarse, finalmente, la diferente estructura que presentan uno y otro delito, ya que la figura del derecho alemán no exige la habitualidad y para el derecho penal español este elemento es esencial en el delito.

Tampoco exige la habitualidad el tenor literal del precepto italiano, aunque dicho requisito se haya establecido jurisprudencialmente.

diferencia que en los dos primeros no se exige la maliciosidad o dolo específico<sup>704</sup>.

También, en el ordenamiento jurídico italiano, la doctrina mayoritaria acepta la realización del *maltrattamenti* por omisión<sup>705</sup>. No es de extrañar, por lo demás, que nadie ponga en duda la posible comisión del delito mediante omisión, dada la vaguedad del término utilizado para describir la conducta típica.

Como se ve, tanto uno, desde el casuismo, como otro, desde la imprecisión o utilización de conceptos amplios, admiten la comisión del delito por omisión, a diferencia de lo que ocurre con el derecho español que es, en mi opinión, acertadamente, más restrictivo al respecto.

Debe, además, matizarse que en el derecho alemán

---

<sup>704</sup> OLMEDO CARDENETE señala respecto a la regulación alemana que además de que cabe la realización omisiva de los tres modalidades, es posible también la comisión por omisión en los tres casos, aunque un sector minoritario señala que, al recoger una modalidad específica destinada a la omisión, las otras dos modalidades se han de realizar por un hacer positivo.

Respecto al supuesto concreto de la participación omisiva en el ordenamiento jurídico alemán, el autor señala que para algunos autores la consumación de esta modalidad omisiva requiere la materialización de un perjuicio para la salud corporal que algunos ven ya en el hecho de menoscabar o inhibir el desarrollo saludable de un menor, mientras que otros, yendo mas allá, exigen la provocación o continuación de una situación patológica en la persona del sujeto pasivo. Vid. OLMEDO CARDENETE, M.: "La violencia en el entorno doméstico: Un análisis de derecho comparado en Europa", en Estudios penales sobre violencia doméstica, cit., pág. 623.

<sup>705</sup> En cuanto a la regulación italiana, OLMEDO CARDENETE afirma que cabe la realización del maltrata por acción, por omisión o por actos de una y otra categoría. La comisión por omisión también parece admitirla con carácter general, si bien, reconociendo el intenso debate doctrinal al que viene sometido dicho punto. Finalmente, el citado autor se refiere a cómo el tribunal de casación admite la aquélla en supuestos del ámbito sanitario y asistencial a través de conductas consistentes en la privación sistemática de alimentos o

***Conclusiones***



## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El delito de violencia doméstica es una figura de reciente creación de la que no cabe encontrar un precedente equivalente en toda nuestra etapa codificadora. A pesar de que es en 1989 cuando el legislador decide introducir dicho delito para hacer frente al problema de la violencia ejercida reiteradamente dentro del ámbito familiar sobre menores y mujeres, fundamentalmente, y como consecuencia, sobre todo, de la alarma social que tales conductas suscitaron en la década de los años ochenta, el origen de esta figura puede remontarse al de las lesiones, al hallarse dicho origen estrechamente vinculado con la regulación histórica de las lesiones y de los malos tratos, y habida cuenta que tanto estos como aquéllas no fueron objeto de un claro tratamiento diferenciado en ningún momento anterior, viniendo en muchas ocasiones reguladas conjuntamente.

De dicho análisis histórico merecen ser destacados, desde un punto de vista general, fundamentalmente dos aspectos. El primero se refiere al juego agravatorio que desde siempre ha desempeñado el parentesco sobre los malos tratos o las lesiones, excepción hecha de los supuestos en los que el derecho de corrección terminó por desempeñar, dentro de la familia con carácter netamente patriarcal, una función exoneradora o atenuatoria de la responsabilidad penal. El segundo apunta a la progresiva delimitación que desde la época del derecho germánico han venido experimentando las figuras de lesiones, de injurias y de malos tratos. En efecto, si tales infracciones aparecieron durante el derecho romano comprendidas dentro de un concepto amplio de *iniuria* en el cual el injusto de la lesión se cifraba no tanto en el propio menoscabo de la integridad corporal de la víctima agredida como en el desprecio u ofensa que para la persona representaba la agresión física, posteriormente se fue intentando una cada vez mas precisa delimitación de los injustos específicos de las respectivas figuras. Primero se pretendió llevar a cabo la separación lesiones/injuria mediante la eliminación de la lesión de toda connotación anímica, durante la época del

derecho germánico; la escisión lesión /malos tratos no surgió hasta más tarde con el Código de 1848; finalmente, la idéntica y conjunta regulación de los malos tratos corporales y los malos tratos verbales estuvo en vigor hasta la reforma de 1989. En suma, si en el terreno de los delitos se pretendió dar sustantividad a las lesiones respecto de la injuria, en el ámbito de las faltas lo que se buscó fue independizar el maltrato corporal tanto de la lesión como, más tarde, también, del maltrato verbal.

En definitiva, de la evolución histórica de las lesiones y de la actual redacción del Código penal en esta materia, la conclusión que cabe extraer no es otra que la intención del legislador de establecer la diferencia conceptual entre los malos tratos y las lesiones.

**SEGUNDA:** Desde un punto de vista más específico y por lo que toca al delito del art. 153, los catorce años de historia que aquél cumple han puesto de manifiesto lo siguiente: por un lado, la gran dificultad del legislador penal a la hora de intentar hacer frente y dar una respuesta adecuada desde el Código penal a este grave problema social, evidenciada por las diversas reformas que han experimentado los preceptos relativos a la materia que nos ocupa, todo ello en tan poco tiempo. Por otro lado, se ha podido advertir un esperanzador cambio de actitud y mayor concienciación de las autoridades y operadores jurídicos intervinientes, no sólo en relación con la persecución y castigo de la violencia doméstica, sino también, aunque quizá en menor medida o, por lo menos, no con toda la disposición que el problema reclama, en relación con la protección y ayuda social y jurídica a las víctimas de estos delitos violentos, a su vez, constatada por una política criminal intensa que ha culminado con dos ambiciosos planes de lucha contra la violencia doméstica.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que este importante avance se ha visto ensombrecido por la precipitación y, a veces, falta de reflexión mostrada por las autoridades a la hora de introducir los distintos cambios en el Código penal, así como por la tendencia endurecedora que ha ido guiando, y por lo que parece, va siguiendo, al gobierno en su importante objetivo de combatir eficazmente esta grave lacra social. Endurecimiento, por lo demás, que no sólo se ha traducido



en un aumento de pena sino también en un intento de ampliar progresivamente el ámbito de aplicación del art. 153 con miras a poder castigar a más sujetos y por más conductas.

**TERCERA:** Por lo que se refiere al derecho comparado, la regulación alemana actual concibe la *misshandlung* (o maltrato corporal) como una modalidad de lesión y no como algo conceptualmente distinto de ésta. De ahí que el bien jurídico protegido discorra entre la "incolumidad corporal" y el "bienestar corporal", salvaguardado a través de la protección de la integridad corporal y la salud. Sea como fuere, es lugar común en la casi totalidad de la doctrina destacar la protección del elemento de la corporalidad, precisamente como consecuencia de entender que el maltrato corporal junto con el perjuicio a la salud, son las dos modalidades de la lesión. Este enfoque materialista que les lleva a establecer una distinción tajante entre cuerpo y psique puede encontrar una explicación en la histórica pretensión del legislador alemán de preservar a la lesión de la antigua confusión de dicha figura con la injuria.

Desde un punto de vista más específico, es posible afirmar que en el derecho alemán no existe una figura homóloga a la contemplada por nuestro Código penal en el art. 153. No obstante, hay que reconocer que dicho precepto guarda gran similitud con la infracción prevista en el § 225 del StGB denominada "Misshandlung von Schutzbefohlenen" en virtud de la cual se agrava la pena prevista para las lesiones en los supuestos en que la víctima se encuentra respecto al autor en una situación de gran indefensión como consecuencia de la especial relación de protección o cuidado que les une, no sólo en el ámbito familiar o tutelar sino también en la esfera laboral, y sin que reciba una específica protección a través de la misma la relación conyugal. Las razones que entiendo pueden explicar la no previsión de la relación conyugal en este lugar sólo pueden obedecer, a mi juicio, a la distinta cultura y forma de ser de la sociedad alemana, así como a su absoluta creencia de que el problema de la violencia doméstica encuentra mejor respuesta por la vía civil.

**CUARTA:** Por lo que hace a la regulación italiana, el golpe o *percosse*, que es el equivalente a la *misshandlung*

alemana o al maltrato corporal español, es elevado, como en Alemania, a la categoría de delito pero apareciendo claramente diferenciado de la lesión. Esta mayor claridad no es sino fruto de la utilización de una terminología más precisa, que se refiere al golpe o *percosse* en lugar de al maltrato, aunque, sobre todo, se desprende de la definición negativa que de la *percosse* ofrece el Código italiano, en virtud de la cual existirá lesión cuando del golpe derive una enfermedad del cuerpo o de la mente de la víctima, y *percosse* cuando tal enfermedad no se produce.

A diferencia de lo que sucede en el caso alemán, el delito del art. 153 sí que encuentra en la regulación penal italiana una protección equivalente a través del delito previsto en el art. 571: *abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, y más concretamente, a través del art. 572: *maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*. El ámbito de este último es más amplio porque se extiende al terreno de las relaciones laborales pero su redacción es también más imprecisa, sobre todo, por su referencia a la familia en general.

**QUINTA:** Del análisis comparado de estas tres regulaciones: la alemana, la italiana y la española, es posible extraer, en definitiva, una conclusión interesante en relación con el bien jurídico protegido en las figuras de lesiones y de malos tratos. Se trata del diferente planteamiento que se observa en cada una de estas regulaciones según cuál sea o haya sido la intención del legislador en torno a concebir conceptual y normativamente los malos tratos y las lesiones de forma separada o de forma conjunta. En efecto, las legislaciones que, como la alemana, han querido unificar conceptual y normativamente los malos tratos y las lesiones, han tenido necesariamente que ampliar el bien jurídico de las lesiones así como resaltar el elemento de la corporalidad. En cambio, en los países en que se ha optado, como en España o Italia, por separar o diferenciarlos, el bien jurídico de las lesiones se ha podido concretar más en el valor salud, reservándose la protección específica de la corporalidad al ámbito de los malos tratos.

**SEXTA:** El delito del art. 153 se introdujo en la reforma del 89 como agravación del actual art. 617.2 para suplir el vacío legal que se producía cuando los malos tratos corporales llegaban a ejercerse reiteradamente sobre personas pertenecientes al mismo ámbito familiar, siendo, en principio, insuficiente para cubrir el desvalor que para tales conductas representaba la pena resultante de un concurso de faltas.

Pese a su origen y a su específico modo de realización, primero sólo a través de violencia física, actualmente a través de violencia física del art. 617.2 o de violencia psíquica del art. 620.2, el delito del art. 153 no constituye propiamente un tipo agravado de estas faltas de malos tratos, porque la habitualidad de la conducta y el específico ámbito en el que aquéllas se llevan a cabo transforma los bienes jurídicos incolumidad corporal (del golpe o maltrato de obra), libertad de decisión (de la amenaza), libertad de ejecución (de la coacción), honor (de la injuria), integridad moral o libertad sexual (de la vejación), en el bien jurídico integridad moral.

Pese a su ubicación en el Capítulo III del libro II del Código penal, tampoco es un delito de lesiones. Su autonomía o independencia respecto a las lesiones se deduce de la misma estructura del delito del 153 que no exige efectivo menoscabo de la salud de la víctima y, asimismo, de la cláusula concursal que obliga a castigar por separado todos los delitos o faltas en que se hayan concretado los actos de violencia física o psíquica. Por otro lado, la idea de concebir el delito como un delito de peligro contra la salud, no puede desde aquí compartirse porque aunque es cierto que el ejercicio habitual de violencia sobre alguna de las personas del ámbito familiar genera siempre un riesgo contra la salud, sobre todo mental, de la víctima que las sufre, también lo es que antes que ese riesgo, o al tiempo que aquél, se produce un efectivo menoscabo de la integridad moral de dicha víctima.

**SÉPTIMA:** El bien jurídico de la falta de malos tratos es la incolumidad corporal entendida como "derecho a no ser molestado, perturbado o violentado" en el propio cuerpo. Puede entenderse también como un espacio acotado del bien jurídico libertad: la expresión mínima de la libertad se encontraría en la corporalidad. En consonancia con lo anterior debe señalarse que el art. 617.2 es una falta de mera actividad de lesión de la incolumidad corporal.

El bien jurídico de las lesiones es la salud física y psíquica de la persona, entendida como "estado en el que una determinada persona desarrolla sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, que constituye una de las condiciones previas que posibilitan una concreta relación de participación en el correspondiente sistema social". El concepto adoptado es, en todo caso, diferente de la mera incolumidad corporal que es el bien jurídico protegido en los malos tratos, respecto a los cuales la falta o el delito de lesiones representará, en muchas ocasiones, una simple progresión en el injusto.

Frente a los malos tratos corporales del 617.2 el legislador contempla implícitamente otro tipo de malos tratos en el art. 620.2 son los malos tratos verbales. El diferente tratamiento que otorga a unos y a otros se desprende no sólo de la menor pena que establece para los segundos sino, sobre todo, de que decida castigar los primeros sin exigirles resultado alguno. A los malos tratos verbales, en cambio, les exige un resultado concreto de injuria, amenaza o vejación injusta de carácter leve. Este diferente tratamiento podía considerarse coherente con la restricción que efectuaba, antes de la reforma de 1999, el delito del art.153, limitando la conducta típica, exclusivamente, a los actos de violencia física. Tras dicha reforma, esa diferente consideración debiera ser tenida en cuenta, a mi juicio, por los jueces y tribunales, quienes habrán de mostrar una mayor rigor cuando las conductas enjuiciadas consistan en actos de violencia psíquica.

Por lo demás, aunque el art. 620.2 lo podamos identificar principalmente con el maltrato verbal, también puede ser cometido a través de violencia física en lo que se refiere a la coacción y a la vejación injusta de carácter leve.

**OCTAVA:** Excluidos la incolumidad corporal y la salud como posibles bienes jurídicos del delito del art. 153 que lo acercaría a una figura agravada de los malos tratos corporales o a una figura de lesiones, estamos en disposición de afirmar que el delito del art. 153, por más que sea una infracción intensamente vinculada con aquéllas otras, está fundamentalmente protegiendo la "integridad moral" de la persona, valor reconocido por nuestra Constitución en su art. 15 y desde 1996 también protegido específicamente a través del Capítulo VIII del Código penal vigente. En efecto, el delito del art. 153 constituye, en definitiva, una figura agravada y específica del delito del

art. 173, tipo básico y común de los delitos contra la integridad moral, en cuyo Capítulo debería ser reubicado el precepto en futuras modificaciones, tal y como así parece apreciarse en el actual proyecto de reforma del mismo. Específica porque el ataque a la integridad moral ha de provenir del ejercicio habitual de violencia física o psíquica, así como por el preciso ámbito en el que se ha de llevar a cabo dicho ejercicio. Agravada porque esta particular forma de dañar la integridad moral lleva aparejada, por su mayor gravedad, una pena superior a la prevista por el art. 173.

De hecho, cabe incluso poner de manifiesto la relativa semejanza que se aprecia entre el delito de violencia doméstica del art. 153 y el delito de tortura del art. 174, en cuanto subtipos agravados de los delitos contra la integridad moral. El primero suponiendo una agravación de estos delitos por razón de los sujetos y la habitualidad. Y el segundo, en cuanto que agravación del trato degradante por razón de los sujetos y la finalidad con la que se comete la acción.

**NOVENA:** La integridad moral es un bien jurídico espiritual, abstracto y difuso cuyo contenido no ha podido siquiera ser concretado por el propio Tribunal Constitucional. No obstante, tres son las notas exigidas por dicho tribunal para que pueda hablarse de un acto atentatorio de la integridad moral: que se trate de un acto violento que contraríe la voluntad del sujeto pasivo de dicho acto, que el acto provoque sufrimiento o padecimiento de la víctima, y que suponga una humillación o vejación para el sujeto pasivo.

A partir de estas tres notas la doctrina ha elaborado un buen número de definiciones que bien pueden agruparse en dos bloques: aquél que se decanta por un concepto amplio al identificar la integridad moral con la inviolabilidad personal y el derecho a ser tratado como persona, y aquél que define la integridad moral desde un punto de vista más estricto al aludir al derecho a no padecer sufrimientos humillantes o vejatorios. Pues bien, las dos definiciones pueden darse por buenas si entendemos que la concepción estricta es la acogida por el Título VIII relativo a los delitos contra la integridad moral, pero el concepto amplio es el que, con apoyatura constitucional, resulta relevante en la interpretación de otros tipos penales.

**DÉCIMA:** Por lo que respecta a su naturaleza, el delito del art. 153 es un delito de mera actividad y de lesión de la integridad moral. Para que sea aplicable el delito de violencia doméstica será suficiente entonces con la producción del mero ejercicio habitual de violencia, sin que sea necesario que esa violencia se traduzca en un resultado material concreto, espacio temporalmente separado de la misma. No obstante, si esos resultados materiales, separables de cada acto violento, llegan a producirse, se castigarán en concurso con el delito de violencia doméstica, tal y como establece expresamente la cláusula concursal que incorpora el art. 153, pero sin que ello afecte en nada a la naturaleza del delito en el sentido de convertir a éste en un delito de resultado, pues lo que el legislador realmente pretende castigar a través del art. 153 del CP es la mera conducta de ejercicio sistemático de violencia, independientemente, repito, de que aquél se acabe traduciendo en un resultado o se quede, por el contrario, en la mera reiteración de violencias en su mínima expresión, esto es, en cuanto que faltas de maltrato corporal y verbal de los artículos 617.2 y 620.2.

**UNDÉCIMA:** Los elementos objetivos del tipo contenido en el llamado 'delito de violencia doméstica', según el tenor literal del art. 153 del vigente Código penal, son dos: los sujetos y la conducta típica. Ambos elementos, estrechamente imbricados participan de la configuración y caracterización de un delito que castiga a quien ejerce habitualmente violencia física o psíquica sobre personas especialmente vinculadas al autor por determinadas relaciones de parentesco, matrimonio o asimiladas.

**DUODÉCIMA:** El sujeto del delito de violencia doméstica desempeña en esta figura un papel esencial no sólo como delimitador de la conducta típica sino, sobre todo, en cuanto fundamentador del mayor injusto que dicho delito representa en relación con otras infracciones vulneradoras de la integridad moral. El sujeto es pieza clave en la delimitación de la conducta porque la violencia habitual que una persona ejerce sobre otra sólo puede castigarse con la pena prevista en el art. 153 si entre dichas personas media alguno de los vínculos que menciona el precepto. La función que este elemento desempeña en cuanto fundamento del mayor injusto puede afirmarse tanto desde una perspectiva ex ante, en la medida en que aquella especial vinculación posibilita que la conducta pueda realizarse con habitualidad, cuanto desde una perspectiva ex post, al ser más grave el menoscabo de la integridad moral cuando la

violencia reiterada se ejerce entre esas personas tan próximas a las que se refiere el art. 153, que cuando se ejerce entre extraños o entre sujetos relacionados entre sí por lazos distintos a los previstos en el precepto como puede ser, por ejemplo, por lazos de amistad.

**DECIMOTERCERA:** Se trata éste de un delito especial no sólo por lo que hace al sujeto activo del delito sino muy particularmente en relación con el sujeto pasivo del mismo, tal y como demuestra la técnica escogida por el legislador a la hora de describir la conducta objeto de reproche penal en el art. 153. En efecto, la redacción del precepto se refiere de forma expresa únicamente al sujeto pasivo del delito, quedando a cargo del intérprete la labor de averiguar, a partir del mismo y de la relación que aquél debe mantener con el autor, el correspondiente sujeto activo del delito de violencia doméstica. En concreto, cuatro son las relaciones amparadas por el art. 153: relación conyugal; relación de afectividad análoga a la conyugal; relación paterno-filial y relación de tutela o guarda, asimilada a la paterno-filial

Más difícil resulta pronunciarse acerca de la clase de especialidad que reviste este delito. No obstante, la conclusión a la que debemos llegar es que estamos ante un 'delito especial propio'. Y ello fundamentalmente porque lo que hace que nos podamos mover en el terreno de la integridad moral y no en el del honor, incolumidad corporal o libertad es la circunstancia de que el acto del maltrato se ejerza, además de habitualmente, entre esas determinadas personas. La habitualidad y los sujetos son, de esta forma, elementos constitutivos y cofundamentadores del injusto. Dos conceptos conjugados que no se pueden comprender el uno separado del otro y que vienen a justificar la afirmación antes hecha en el sentido de poner de manifiesto la indudable repercusión que los sujetos desempeñan en la esencia misma del injusto del art. 153.

**DECIMOCUARTA:** Respecto a la terminología empleada en la redacción de los sujetos, cabe afirmar, en principio, la naturaleza normativa y no descriptiva de los términos empleados en ella, así como la integración de la mayoría de ellos a partir de la normativa contenida en el Código civil. No obstante, se ha de exceptuar de la afirmación anterior el término 'incapaces', que ha de interpretarse según lo establecido en el Código penal, la fórmula 'análoga relación de afectividad', para la que se ha de estar a la definición que aquí se elabore, y el término

'pupilos', que ha de considerarse como una imprecisión del legislador a la hora de llevar al texto la protección específica de los menores, personas junto con los incapaces comúnmente susceptibles de estar sujetos a los correspondientes institutos de guarda que menciona el precepto.

**DECIMOQUINTA:** La 'relación conyugal', regulada en el Título IV del Libro I del Código civil, es aquella que nace a partir del matrimonio.

De la 'relación de afectividad análoga a la conyugal' cabe señalar, en primer lugar, la imprecisión del legislador a la hora de utilizar esta expresión para referirse al modelo de convivencia afectiva, conocido, tanto legal como comúnmente, con el apelativo de 'uniones o parejas de hecho'. Dicha expresión es la que desde este trabajo se postula, de *lege ferenda*, como fórmula más adecuada para designar normativamente tal modelo de convivencia. Ello, salvo que se opte por seguir manteniendo una fórmula descriptiva, en cuyo caso, se propone como preferible la de 'unido de forma estable por análoga relación de convivencia afectiva'.

En segundo lugar, es importante saber respecto a la 'relación de afectividad análoga a la conyugal' que, por más que la fórmula venga redactada descriptivamente, estamos ante un elemento o término normativo que debe integrarse a partir de la siguiente definición: la unión de hecho es la *unión de dos personas que de forma estable conviven afectivamente sin casarse, con independencia de su orientación sexual*, entendiéndose la estabilidad, no como duración temporal, sino como voluntad recíproca de compartir un proyecto de vida en común; la convivencia en un sentido, sobre todo, físico; y la afectividad como una vinculación especial esencialmente idéntica a la conyugal, que puede traducirse o no en una relación sexual pero que, en todo caso, excederá de aquellas otras convivencias cimentadas sobre otro tipo de relación que no sea marital, como la ayuda mutua, la asistencia o la compañía.

Finalmente, de dicha definición debe destacarse tanto su extensión a las uniones de hecho de personas del mismo sexo, por un lado, como el no establecimiento de un plazo de duración temporal concreto para la consideración de las mismas, por otro.

El tercer bloque de sujetos mencionados por el precepto de una forma especialmente confusa se concreta en



la relación paterno filial, por un lado, así como en relaciones tuitivas asimiladas a ésta, por otro. En concreto, pueden ser sujetos pasivos de la violencia doméstica prevista en el art. 153 tanto los hijos, propios o del cónyuge o conviviente, que convivan con el autor, como los hijos, propios o del cónyuge o conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, aunque no convivan con el autor. Por lo que respecta a las relaciones asimiladas, el precepto protege a los pupilos, ascendientes e incapaces en los dos mismos casos arriba mencionados, esto es, cuando convivan con el autor o cuando estén sujetos a especiales institutos de guarda.

En definitiva, de *lege ferenda*, se impone la necesidad de una mejor redacción del precepto, por lo que toca a este tercer bloque, que debiera, a mi juicio, pasar por mencionar a los ascendientes junto a los descendientes, y a los menores junto a los incapaces, abandonando la distorsionadora referencia a los pupilos.

**DECIMOSEXTA:** La convivencia física entre el autor y la víctima es un requisito implícito del delito de violencia doméstica que actúa como límite de la amplitud o imprecisión de la conducta descrita, a menos que el legislador haya introducido una previsión expresa para exceptuarla. Así lo hizo primero en 1995, en relación con los hijos, ascendientes o incapaces para los casos en que éstos se hallen sujetos a determinados institutos de guarda civil, y también años más tarde, en la reciente reforma de 1999, con respecto a los excónyuges o exparejas de hecho, esta vez, sin especificar ningún supuesto.

El fundamento último sobre el que descansa el delito del art. 153 reside precisamente en esa convivencia físico-afectiva. En unos casos: relaciones conyugales o de análoga afectividad, porque es ésta la que genera la indefensión de la víctima, al proporcionar al autor una mejor ocasión para la comisión del hecho antijurídico. En otros casos: menores o incapaces, porque, siendo ya la víctima en sí misma indefensa, la convivencia viene, sin embargo, a acentuar aquélla. Según esto, bastará con que el autor se prevalga de esa relación de convivencia afectiva que le une a la víctima, abusando de su confianza o aprovechándose de la circunstancia de lugar que supone vivir bajo el mismo domicilio, para que el hecho ya realice el desvalor típico del delito del art. 153, sin que sea necesario, por tanto, que la situación de superioridad o dominio del autor sobre la víctima preexista al maltrato.

**DECIMOSÉPTIMA:** La conducta típica del que venimos llamando 'delito de violencia doméstica' se construye sobre la base material que representa el "ejercicio de violencia", violencia que podrá ser tanto física como psíquica y que, como hemos visto, deberá proyectarse "reiteradamente" sobre "alguno de los sujetos que describe el art. 153". Dos son, pues, los elementos que integran la conducta típica: el ejercicio de violencia física o psíquica y la habitualidad.

**DECIMOCTAVA:** La violencia física, identificable con el maltrato corporal del art. 617.2 del Cp, puede consistir tanto en el golpe como en el maltrato de obra. Este último término debe interpretarse restrictivamente, como sinónimo de golpe, de donde el art 617.2 comprenderá el castigo tanto del golpe (que se proyecta directa -en forma de puñetazos o patadas- o indirectamente sobre el cuerpo de la víctima -cuando se golpea con algún instrumento el cuerpo de aquélla tales como palos, bastones, cinturones etc., o cuando se le empuja contra una pared, suelo u objeto similar-), como de cualquier otro comportamiento que se pueda asemejar a aquél, por suponer, además de un contacto corporal entre autor y víctima, un resultado equivalente en el cuerpo de esta última tales como empujones, zarandeos, agarrones, así como arañazos, pellizcos y mordiscos, y siempre que ninguno de tales actos se traduzca en un menoscabo apreciable de la integridad física, que recordemos es parte integrante del bien jurídico de las lesiones. En consecuencia, el maltrato de obra del art. 617.2 debe concebirse única y exclusivamente como maltrato de obra "físico o corporal", entendiendo por tal "la proyección de golpes sobre el cuerpo del sujeto pasivo así como cualquier otra forma de agresión o acometimiento ejercida sobre la víctima siempre que esta implique alguna forma de contacto corporal".

Por lo que se refiere a la violencia psíquica, hay que señalar que la introducción del castigo de ésta tras la reforma de 1999 merece un balance positivo siempre y cuando dicha violencia se interprete restrictivamente desde la perspectiva del medio comisivo, esto es, definiendo la misma cómo "intimidación, insulto, descalificación o menosprecio, realizados verbal o gestualmente que causen en la víctima una injuria, una amenaza o una vejación injusta de carácter leve". Se trata, en suma, de tipificar como medios comisivos del delito de violencia doméstica, junto a la violencia física, a la intimidación, el insulto, la

descalificación y el menosprecio, causados a la víctima verbal y, a veces, gestualmente, y siempre que aquéllos representen una falta contra la libertad en cuanto libre formación de la voluntad (en las amenazas), contra el honor (en las injurias) o contra la integridad moral (en las vejaciones) del sujeto pasivo, dignas de ser castigadas por sí mismas o individualmente consideradas.

**DECIMONOVENA:** La habitualidad del delito del art. 153 es una habitualidad de naturaleza objetiva, propia, e intermedia entre lo genérico y lo específico. Objetiva porque basta con que el sujeto realice la reiteración de actos de violencia sobre el sujeto pasivo en la forma que prevé la ley para poder considerar apreciable el elemento habitualidad, sin necesidad, por tanto, de entrar a valorar si dicha reiteración se traduce o no en un determinado carácter, tendencia o personalidad específica del maltratador. Propia por cuanto la habitualidad desempeña en el delito un papel nuclear en cuanto fundamentador del injusto específico del mismo y no simplemente de agravación. Finalmente, es una habitualidad que se sitúa entre lo genérico y lo específico en cuanto que no es posible afirmar la especificidad absoluta de los hechos que componen la habitualidad del delito del art. 153, pero sí que es posible, sin embargo, reconocer que entre dichos actos existe un vínculo más fuerte que el de simplemente poseer un carácter delictivo, cual es el de suponer todos los actos integrantes de la habitualidad el ejercicio de un acto de violencia.

**VIGÉSIMA:** En cuanto al concepto, la habitualidad debe interpretarse partiendo del mínimo de los tres actos, criterio numérico que ha de completarse además con la exigencia de que la continuidad con que se llevan a cabo tales hechos produzca en el sujeto pasivo una humillación grave de su persona. Lo anterior significa que sólo a partir de la acreditación de los tres actos es donde el juez dispondrá de cierto margen de discrecionalidad, para a la vista de las circunstancias del caso concreto, estimar si es aplicable o no el delito del art. 153 según que dicha reiteración se haya traducido o no en un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, y siendo imprescindible, por supuesto, en todo caso, que el juez o tribunal argumente su decisión pormenorizadamente en la sentencia, en aras de salvaguardar el principio de igualdad.

**VIGÉSIMOPRIMERA:** Por lo que respecta a las pautas legales introducidas por el legislador para una más fácil apreciación de este delito, cabe concluir lo siguiente:

En relación con la primera nota, aunque la ley se refiera al número de actos que resulten acreditados de una forma imprecisa sin concretar el número de actos, se ha de partir de la concurrencia al menos de tres agresiones, sin perjuicio de que esta regla, al constituir un mínimo, como se ha dicho, no ha de determinar la apreciación automática del delito del art. 153, pudiendo el juez decidir si son tres, cuatro, cinco o más las agresiones necesarias para considerar realizado el tipo delictivo que nos ocupa. La posibilidad de admitir como regla general, y no como excepción, que se aprecie la habitualidad con sólo acreditar dos agresiones, aunque ya haya sentencias en ese sentido, entiendo que, además de representar un grave peligro para el Derecho penal del hecho, contraría el propio significado gramatical de la palabra habitualidad, y con ello, el principio de taxatividad que debe inspirar la elaboración de la ley penal.

Por lo que se refiere a la nota que hace referencia a la necesaria proximidad cronológica que ha de mediar entre los distintos actos de violencia, tampoco considero acertada la idea de fijar límites exactos respecto al periodo de referencia sobre el que se ha de valorar la existencia o no de proximidad. Lo importante, a mi juicio, es que de los hechos se deduzca que estamos ante un comportamiento sistemático y que no se trata de agresiones que se producen de forma ocasional o esporádica, no pudiéndose establecer a priori ningún tipo de plazo razonable en orden a dicha apreciación.

En cuanto al tercer criterio legal enumerado por el precepto, referido a la indiferencia de cuál sea el sujeto pasivo sobre el que recaigan los distintos actos de violencia, cabe señalar que la única forma posible de interpretar dicha pauta sin contradecir el carácter individual y personalísimo del bien jurídico que, a mi juicio, fundamenta este delito, entiendo que pasa por considerar que la violencia psíquica se puede causar sobre la víctima también mediatamente, esto es, empleando a alguna de las personas que también menciona el precepto como instrumento en el sentido de ejercer violencia física o psíquica sobre ella para en realidad conseguir dañar o intimidar al verdadero sujeto pasivo del delito que en este caso no coincidiría con el de la acción agresiva. En definitiva, entiendo que las tres agresiones que se acrediten han de haberse cometido sobre la misma persona

aunque la violencia pueda recaer en ocasiones sobre una persona distinta (ej padre que ejerce violencia física sobre un hijo queriendo con ello intimidar o maltratar a la madre), y ello sin perjuicio de que el resto de agresiones que recaigan sobre otros miembros de la familia se castiguen igualmente por la cláusula concursal o puedan en su caso integrar dos delitos del art. 153 (si el maltrato se ejerce sistemáticamente contra varios miembros de la familia).

Finalmente, la referencia a que "la habitualidad se aprecie con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores", sólo puede, en mi opinión, entenderse pacíficamente en el sentido negativo de la expresión, esto es, como que no hace falta que exista denuncia, enjuiciamiento o condena de los actos violentos para poder luego apreciarlos a la hora de integrar la habitualidad, pudiendo valorarse todos ellos en un sólo proceso. La otra cara de la moneda, que sería la de atender al significado positivo de la frase, esto es, que se pueda volver a tener en cuenta el acto violento aunque éste ya haya sido objeto de enjuiciamiento, resolvería, en principio, muchos problemas de aplicación del delito pero supondría en algunos casos un peligro grave y evidente de vulneración de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem procesal*.

La toma en consideración de las sentencias condenatorias como criterio indicativo de la habitualidad del sujeto se puede explicar, a mi modo de ver, considerando que no hay vulneración del *non bis in idem* en su vertiente material porque el fundamento con el que se castiga el mismo hecho es distinto al tratarse de bienes jurídicos distintos, dado que para que se infrinja aquel principio tiene que haber identidad de hecho, de sujeto y de fundamento. Tampoco habría vulneración del principio en su vertiente procesal porque aquellos hechos no se vuelven a juzgar sino que la sentencia se trae al nuevo proceso como un dato que ya existe y la prueba de los mismos no se reabre.

Pero, en el supuesto de que hubiera habido un enjuiciamiento terminado con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre mi parecer es que no se podrían traer a colación los hechos afectados por la sentencia anterior porque en ese caso si que se produciría una clara vulneración del *ne bis in idem* en su vertiente procesal al menos, o lo que es lo mismo, de la cosa juzgada material en su efecto negativo.

**VIGÉSIMOSEGUNDA:** En estrecha vinculación con el elemento de la habitualidad han de tratarse dos cuestiones: la relativa a la cláusula concursal contenida en el precepto y la relativa a la posible realización imperfecta del delito.

La cláusula concursal debe interpretarse, según entiendo, en el sentido de exclusión del concurso de normas sin prejuzgar la clase de concurso de delitos que debe aplicar el juez. Pues bien, aunque pudiera parecer que la estructura del delito nos acerca o encaja mejor con la idea de que estamos ante un supuesto de concurso ideal, es mi opinión que el concurso de delitos por el que se deben castigar los delitos o faltas en que se concreten los distintos actos de violencia que integren la habitualidad debe ser el real. Ello por las siguientes razones: porque lo permite el tenor literal de la cláusula concursal; lo aconseja una interpretación sistemática de los delitos contra la integridad moral; con ello se evitan todos los problemas prácticos que plantea la resolución del complejo concurso ideal por efecto de abrazamiento y, sobre todo, dicha aplicación no supone una vulneración de los principios constitucionales de nuestro sistema penal: no hay vulneración del principio *non bis in idem*, porque no es éste el fundamento del concurso ideal, pero tampoco del principio de proporcionalidad, desde el momento en que no cabe demostrar que en estos casos concurra la disminución de injusto o de culpabilidad en la que debe cifrarse el beneficio penológico de dicho concurso.

Dicho concurso se establecerá, por lo demás, no sólo con los delitos y faltas en que se concreten los actos de violencia física o psíquica, sino también con todos aquellos delitos que puedan concurrir con las anteriores, independientemente de que no resulten abarcadas por la cláusula contenida en el precepto.

Por lo que respecta a la posible realización imperfecta del delito, hay que señalar que no cabe la tentativa de este delito, no porque estemos ante un delito de mera actividad, sino porque ello lo impide la configuración del delito precisamente a partir del elemento de la habitualidad, concebida ésta como exigencia de concurrencia de un mínimo de tres agresiones que en si mismas consideradas suponen ya una infracción penal cada una. La constatación de la realización de dos actos violentos podrá llevar a la apreciación de un concurso de los delitos o faltas en que tales actos se hayan traducido, pero difícilmente se va a poder acreditar que el dolo del

sujeto al tiempo de la realización de estos hechos se extendía también a la ejecución de futuros actos violentos que todavía no han sido cometidos.

**VIGÉSIMOTERCERA:** Tres son los problemas que inmediatamente plantea la idea de una posible realización omisiva del delito de violencia doméstica: por un lado, si la violencia física o psíquica se puede llevar a cabo omisivamente a título de autoría; por otro lado, si el cónyuge o compañero sentimental que no interviene ante los malos tratos ejercidos por su otro cónyuge o compañero sobre alguno de sus hijos, sobre todo, cuando estos son menores, incurre o no en responsabilidad penal por su omisión, y en su caso, en que título o medida, esto es, a título de autor o de partícipe; finalmente, si es necesaria o no la inclusión en el art. 153 de una cláusula que aclare estas cuestiones.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, si nos fijamos primero en el plano de los actos individuales de violencia, y en lo que se refiere a la realización omisiva por omisión propia, cabe extraer dos conclusiones: por un lado, aunque el tenor literal del precepto no lo impida, no cabe aceptar la realización omisiva o negativa de tales conductas (en la forma por ejemplo de no alimentar, no cuidar o no lavar) porque ello lo aconseja tanto el principio de intervención mínima como una interpretación coherente de dicha circunstancia con el modo y manera en que han sido descritos en este trabajo los términos 'violencia física' y 'violencia psíquica', en cuanto que medios comisivos que exigen de un comportamiento activo: o el maltrato corporal o el maltrato verbal. Por otro lado, dichos actos individuales de violencia tampoco pueden consistir en delitos de omisión pura, como por ejemplo, el delito de abandono de familia, en la medida en que tales conductas no están abarcadas por el ámbito de aplicación del precepto, y sin perjuicio, por supuesto, de que tanto éstas como las que consistan en una realización omisiva o negativa de violencia, sean oportunamente castigadas, en el caso de concurrir con el delito del art. 153, en concurso real con aquél, si encajan con algún tipo delictivo.

Por lo que se refiere al delito de violencia doméstica, globalmente considerado, parece claro también que no estamos ante un delito de omisión pura.

Si nos situamos en el plano de la comisión por omisión, debe concluirse que tanto desde la consideración del acto individual de violencia, como desde la perspectiva

global del delito, no cabe aceptar tampoco una posible realización omisiva en comisión por omisión del delito, en la medida en que se trata, el delito del art. 153, de un delito de mera actividad.

Por lo que respecta al problemático supuesto del cónyuge pasivo que no impide los malos tratos ejercidos por su otro cónyuge a algún hijo que con ellos convive, por más que la jurisprudencia reciente lo esté considerando como un supuesto de autoría en comisión por omisión, se ha de entender que estamos ante un supuesto de participación omisiva. Ello no puede ser de otra forma si partimos de que el delito de violencia doméstica es un delito de mera actividad respecto al cual no cabe hablar de comisión por omisión a título de autoría ni siquiera en relación con alguno de los actos que integran la habitualidad del delito.

A dicha conclusión se llega normalmente por exclusión: el sujeto es partícipe porque no puede ser autor, por lo que se adapta perfectamente a los parámetros de la participación en cuanto que la conducta del cónyuge contemplador o pasivo parece ciertamente, más que realizar el hecho como propio, colaborar con el hecho de otro, esto es, del otro cónyuge, y en cuanto que, aun siendo una contribución esencial respecto a la fase ejecutiva, debemos mantener un concepto restringido de autor en virtud del cuál es autor el sujeto que posee el dominio positivo del hecho y partícipe el que posee el negativo.

Se trata, por lo demás, de una cooperación necesaria, en la medida en que el cónyuge siempre tiene la posibilidad de intervenir de alguna forma para evitar, por lo menos, la tercera de las agresiones que, en principio, configuran el delito de violencia doméstica, y en cuanto que, además de lo trascendental de su colaboración, se afirma su condición de partícipe porque no puede afirmarse la de autor al tratarse de un delito de mera actividad.

En conclusión, el cónyuge que no hace nada para evitar los malos tratos que comete su otro cónyuge a un hijo menor en su presencia o ausencia, deberá ser castigado, siempre que se demuestre el conocimiento de los mismos, por dolo directo -cuando sepa que se produzcan los mismos- pero también por dolo eventual -cuando el sujeto no sabe ni quiere que aquéllos se produzcan pero lo presume y no hace nada para evitarlo-, en primer lugar, como partícipe omisivo al no poder ser autor en comisión por omisión, por tratarse el delito de violencia doméstica de un delito de mera actividad y, en segundo lugar, como





cooperador necesario, fundamentalmente, por la importancia de su colaboración, así como por la siempre posibilidad de apartar al menor de la presencia del cónyuge maltratador.

Finalmente, cabe afirmar lo oportuno de introducir en el precepto un cláusula que, sobre todo, aclare el problema del castigo del cónyuge pasivo en el siguiente sentido: "En la misma pena incurrirán los cónyuges o convivientes cuando algún hijo menor o incapaz que con ellos conviva sea sometido a reiterados malos tratos ejercidos por el otro cónyuge o conviviente, y siendo estos muy evidentes, no intervengan para impedir tales hechos".

## ***Apéndice***



## **APÉNDICE**

### **PROPUESTA DE NUEVA REFORMA**

Dentro del grueso de reformas que pretende llevar a cabo el gobierno en un futuro más que próximo<sup>706</sup>, no nos ha de extrañar que se hayan incluido toda un serie de preceptos destinados a modificar el panorama jurídico-penal relativo a los malos tratos que se producen en el ámbito familiar, pues aunque dicha materia viene representando, sobre todo en los últimos diez años, un inquebrantable caballo de batalla para dicho gobierno, fruto de lo cual hemos conocido ya dos reformas del delito del art. 153, el problema de la violencia doméstica no acaba de encontrar por parte de los operadores jurídicos una adecuada respuesta.

#### **1. Modificaciones previstas**

---

<sup>706</sup> Vid. Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, remitido por el Ministerio de Justicia al CGPJ, con informe favorable de éste emitido el día 26-2-2003.

En concreto, esta tercera reforma que se prevé incluye las siguientes modificaciones:

1°-El castigo como delito, junto con el tipo básico de lesiones en el art. 147, de la que podríamos denominar falta continuada de lesiones o malos tratos en el ámbito familiar:

*"Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código." (art. 147.2 CP)*

2°-El castigo, a través del art. 153, de un nuevo delito de lesiones, consistente en la comisión de una falta de lesiones o de malos tratos dentro del ámbito familiar:

*"El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito dentro de este Título o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando en ambos casos el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caos, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años."*

3°- El traslado y reubicación del delito de violencia doméstica dentro del art. 173 como una forma específica de atentar contra la integridad moral, con una considerable ampliación de los sujetos que pueden ser víctimas de este delito así como la incorporación, junto a la pena privativa de libertad, de la pena privativa del derecho a la tenencia y porte de armas, y la posibilidad de aplicar, junto a las anteriores, y en interés del menor o incapaz, la inhabilitación especial para el ejercicio de la potestad y demás institutos tutelares:

"El que habitualmente ejerce violencia física o psíquica contra 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 el 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 el 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.

*Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior se atenderá al número de actos 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."*

4°- Derogación del último párrafo del art. 617:

"Cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta a la posible repercusión económica que la pena



impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar"

5°- Modificación de la pena prevista en el art. 617 en el siguiente sentido:

*"1.El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este código será castigado con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses*

*2.El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días"*

6°-Sustitución del último párrafo del art. 620 con la intención de adaptar la redacción del mismo al nuevo sistema de penas establecido por el Anteproyecto de Ley Orgánica en la forma siguiente:

*"Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días o la de multa de diez a*

*veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias."*

Pues bien, la mayor parte de los cambios arriba enumerados vienen a dar respuesta a una de las ideas de reforma sugeridas por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001.

Sin duda, se trata de conseguir un endurecimiento del castigo penal previsto para las conductas relativas a la violencia doméstica en su mínima expresión: es lo que el CJPJ denominaba "germen de la violencia" que debe ser atajado desde el principio para evitar los notables perjuicios que para la familia y la sociedad de aquél se pueden derivar, y por tanto, incluso aun antes de que tales agresiones se hayan materializado en un resultado físicamente perceptible.

No obstante, dicha propuesta ha sido atendida tan sólo parcialmente, pues su sugerencia en este punto contenía una parte agravatoria que es la que ha sido recogida de alguna manera por el proyecto del gobierno en el sentido de

castigar como delito, y no como falta, cualquier conducta de lesión o malos tratos siempre que aquélla tenga lugar en el ámbito familiar y posea la entidad suficiente, pero también recogía una parte atenuatoria, si se puede llamar así, en el sentido de despenalizar las agresiones más leves, lo que ahora son las faltas del art. 617.1, 617.2 y 620.2, para que sea la jurisdicción civil a través del juez de familia que conozca de los procesos de nulidad, separación o divorcio la que adopte las medidas oportunas de todo orden que procedan para la corrección de estas conductas violentas más leves que suelen darse en los supuestos de crisis familiares. Todo ello, como consecuencia de la ineficacia del orden penal para dar una adecuada respuesta a estas conductas, esto es, permitiendo que aquél actúe como mecanismo de sanción y prevención, debido fundamentalmente a la imposibilidad legal de adoptar medidas cautelares y de protección de la víctima cuando tales conductas no alcanzan la entidad suficiente para ser consideradas delito.

Sentado lo anterior es posible entonces concluir que el proyecto ha recogido la idea del endurecimiento sugerida por el CGPJ haciéndola suya en el sentido de extenderla a todas las conductas de lesiones o malos tratos. Responderían, en este sentido, a dicho endurecimiento el proyectado delito del art. 173.2, por cuanto supone éste de

aumento cualitativo y cuantitativo de la sanción impuesta a las faltas de malos tratos y lesiones en el ámbito familiar: cuantitativa porque la pena pasa de ser de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses a ser de prisión de tres a seis meses 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; cualitativa porque ahora esa sanción hace que la conducta deje de ser falta y pase a considerarse delito, así como la creación de un peculiar delito de lesiones en el proyectado art. 147.1. *in fine* que se entiende cometido cuando cualquier persona, en el plazo de un año, realice cuatro veces la acción descrita en el art. 617 sobre cualquier otra.

De este último precepto, sin duda, merecen una especial mención los siguientes aspectos: por un lado, la no concreción de los sujetos que pueden ser autores o víctimas de tales delitos; por otro, la igual imprecisión del legislador a la hora de referirse a las conductas que repetidas pueden convertir la continuidad de faltas en un delito cualitativamente mucho más grave, pues el legislador al referirse a la acción del art. 617, sin especificar nada más, parece estar remitiendo a las dos conductas allí tipificadas: a la lesión no delito y a los golpes o malos tratos de obra; y finalmente, destaca el hecho de fijar en

cuatro el número de agresiones así como en un año el contexto cronológico imprescindible para transformar el concurso de faltas en delito.

## **2. Breve valoración personal**

En mi opinión, la reforma comentada sólo merece una valoración positiva por lo que aquélla significa de reubicación sistemática adecuada del delito de violencia doméstica en el capítulo de los delitos contra la integridad moral, así como por la ampliación que contempla de los sujetos que pueden ser víctimas del delito y de la pena asignada a la conducta del vigente art. 153.

El resto de medidas las entiendo innecesarias y en algunos casos perjudiciales por los problemas que a la hora de su aplicación pueden originar al juez. En efecto, no acabo de imaginar cuál puede ser la realidad criminal que quiere el legislador castigar con la introducción de los cambios proyectados a la que no ofrezca ya oportunamente respuesta el delito de violencia doméstica. De hecho, no es de extrañar que se vayan a producir solapamientos entre ambos preceptos. Pero, sin duda, la crítica mas dura que, a mi juicio, se puede hacer a esta reforma es el hecho de que se le haya dispensado idéntico tratamiento a la falta de malos tratos que a la falta de lesiones, no sólo a través

de este delito sino también a través del proyectado art. 153. Es cierto que el Informe del CGPJ recogía esta propuesta que ha sido plasmada en este art. 153, pero el proyectado artículo lejos de exigir cierta entidad a la agresión constitutiva hasta la fecha de falta, nada dice al respecto ofreciendo el mismo tratamiento a un empujón o bofetada que a una paliza.

Me surgen, por lo demás, los siguientes interrogantes: ¿cuál es el bien jurídico que se pretende proteger en el nuevo delito de lesiones?; si es el de la salud ¿por qué cuatro faltas de malos tratos ejercidas sobre cualquier persona en el plazo de un año se convierten en un delito contra la salud del proyectado art. 147.1 in fine y tres, en cambio, ejercidas sobre alguna de las personas protegidas en el art. 173.2 pueden integrar un delito contra la integridad moral?; y, en este último supuesto, suponiendo que lo que se ejercen entre los sujetos unidos por alguna de las relaciones que menciona el proyectado art. 173.2 son cuatro faltas ¿habrá que aplicar un concurso real de delitos entre el delito de lesiones del art. 147.1 in fine y el delito del art. 173.2 atendiendo a los distintos bienes jurídicos de ambas conductas así como a la cláusula concursal del art. 153 o habrá que entender que hay un concurso de normas que debe resolverse por especialidad a favor de la pena prevista en el art. 173.2?

general o la introducción de una cláusula aclaratoria del castigo que debe establecerse en los supuestos de participación omisiva.

y si las faltas ejercidas en un año sobre un mismo sujeto alcanzan el número de ocho ¿ habrá un concurso de delitos o un sólo delito?; y si hay seis ¿deberá apreciarse un concurso de delitos del nuevo delito de lesiones con dos faltas de lesiones o bastara con la aplicación de un delito de lesiones del art. 147.1 in fine? ¿por qué finalmente incluir una cláusula concursal específica del delito de violencia habitual en el ámbito familiar o tutelar, siendo que existe otra general para todos los delitos contenidos en el Título VII?

No creo, en definitiva, que estos nuevos preceptos vayan a mejorar la respuesta ofrecida por el derecho penal a las conductas más graves de violencia doméstica, y sí, por el contrario, que vayan a crear problemas al juez en su, ya de por sí, difícil actuación, por lo que éste al complicarse todavía más su labor lo más probable es que termine, o bien inaplicando el precepto, o bien dictando sentencias discrepantes dando lugar a una jurisprudencia vacilante.

El legislador pierde, en suma, por enésima vez, una oportunidad de oro para aclarar aspectos del delito que no están suficientemente especificados, tales como qué debe considerarse como violencia psíquica, cuántos actos requiere la habitualidad, la inclusión del castigo de sujetos tales como los hermanos, o los descendientes en



## ***Bibliografía***



## BIBLIOGRAFÍA

**ACALE SÁNCHEZ, M.:**

- El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, Valencia, 2000

**ALARCOS LLORACH, E.:**

- Gramática de la lengua española, Madrid, 2000

**ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.:**

- "Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el art. 242 del Código penal", en La Ley, D-9, 1997

**ANTOLISEI, F.:**

- Manuale di Diritto Penale Parte Speciale, I, 13 ed° integrata e aggiornata a cura di L. Conti, Milano, 1999
- Manuale di Diritto penale. Parte generale, 14 ed°, a cargo de CONTI, L., Milano, 1997

**ANTON ONECA, J./RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.:**

- Derecho Penal. Parte especial, Tomo II, Madrid, 1949

**ANTÓN ONECA, J.:**

- "Notas críticas al Código penal, las lesiones" en Libro homenaje al profesor R.P. Julián Pereda, Bilbao, 1965.

**ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J.:**

- Delito de lesiones, Pamplona, 1993

**ASUA BATARRITA, A.:**

- La reincidencia, Bilbao, 1982

**AYALA GARCÍA, J.M:**

- "Delito permanente, delito habitual y delito complejo" en Cuadernos de Derecho Judicial, Unidad y pluralidad de delitos, Madrid, 1995

**BAJO FERNÁNDEZ, M.:**

- "Relación de afectividad análoga a la de parentesco", en Comentarios a la legislación penal, Edersa, tomo V, vol. 1, Madrid, 1985

- Manual de Derecho penal, Parte especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1986

**BARQUÍN SANZ, J.:**

- Delitos contra la integridad moral, Barcelona, 2001

**BENÍTEZ ORTÚZAR I.:**

- "La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código penal en materia de violencia doméstica", en Estudios penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002

**BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.:**

- El delito de lesiones, Universidad de Salamanca, 1982

**BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I/ GARCÍA ARÁN, M.:**

- La reforma penal de 1989, Madrid, 1989

**BERISTAÍN IPIÑA, A.:**

- "Observaciones acerca de las lesiones en el derecho español y comparado" en Revista General de legislación y jurisprudencia, Febrero-Marzo de 1971

**BERNAL DEL CASTILLO, D.:**

- "Criterios para la distinción entre el delito y la falta de lesiones" en CPC, nº 65, 1998

**BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T.:**

- La reforma penal de 1989, Valencia, 1989

**BUSTOS RAMÍREZ, J.:**

- Manual de derecho penal. Parte especial, (Apéndice dedicado a la reforma de 1989), Barcelona, 1985

- Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 2ª Ed., Barcelona, 1991

**CAMPOS CRISTÓBAL, R.:**

- "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar", en Revista penal, núm. 6, Julio, 2000

**CARBONELL MATEU, J.C.:**

- Derecho penal, concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia, 1999

**CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:**

- Comentarios al Código penal de 1995, Valencia, 1996
- Derecho penal. Parte especial, 3ª Edº, Valencia, 1999

**CARDONA LLORENS, A.:**

- Estudio médico-penal del delito de lesiones, Madrid, 1988

**CARRECEDO BULLIDO, R.:**

- Familia y violencia: enfoque jurídico, Asociación española de abogados de familia, Madrid, 1998
- Otra frontera rota (I): aspectos jurídicos de la violencia doméstica, Comisión para la Investigación de Malos tratos a mujeres, Madrid, 1998

**CASTELLÓ NICAS, N.:**

- "Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido", en Estudios penales sobre violencia doméstica, coord. MORILLAS CUEVAS, L., Madrid, 2002

**CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.:**

- El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico, Valencia, 2000

**CEREZO MIR, J.:**

- Curso de derecho penal español. Parte General (II), 6ª ed., Madrid, 1999
- Derecho Penal, Parte General-Lecciones, Madrid, 2ª Edº, 1997º

**CERVELLÓ DONDERIS, V.:**

- "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección", en PJ, nº 33
- El delito de coacciones en el Código penal de 1995, Valencia, 1999,

**CHOCLÁN MONTALVO J. A:**

- "Estudio de los aspectos criminológicos y jurídicos, así como de las tendencias legislativas frente al fenómeno de la violencia intrafamiliar y la configuración típica de la conducta en la actual regulación", en La Ley, 21 de septiembre de 2001,
- "El concurso de infracciones en la reforma penal", en CPC, 1997

**COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.:**

- Derecho penal. Parte General, 5ª edº., Valencia, 1999
- Derecho penal. Parte general, edº completa adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983, Valencia, 1984

**COBO DEL ROSAL, M:**

- "La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963" en el Libro homenaje a JULIÁN PEREDA, S.J., preparado por Beristaín, A. Bilbao, 1965

**COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.:**

- Manual de derecho penal, parte especial , Madrid, 1990

**CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.:**

- "Encubrimiento de parientes" en Comentarios a la Legislación Penal, Edersa, Tomo V, Vol.1º
- "Las relaciones personales con la víctima en las lesiones", en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo V, Vol. II, Madrid, 1985.

**COPPI:**

- "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli" en Enciclopedia del diritto, vol.XXV, 1975

**CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:**

Comentarios al Código penal, Barcelona, 1972

**CÓRDOBA RODA, J.:**

- "El delito de detenciones ilegales", en ADPCP, 1965

**CORTÉS BECHIARELLI, E.:**

- El delito de malos tratos familiares, Madrid, 2000

**CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALÁ, G.:**

- Comentario breve al codice penale, Padova, 1999

**CUADRADO RUIZ, M.A./REQUEJO, C.:**

- "El delito de malos tratos en el ámbito familiar: art. 153 del Código penal", en La Ley, nº5072, 9 de Junio de 2000

**CUELLO CONTRERAS, J.:**

- El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general., Madrid, 1996

**CUENCA I GARCÍA, M.J.:**

- "La violencia habitual en el ámbito familiar" en Revista jurídica de Catalunya, n.4, 1998

**CUERDA RIEZU, A.:**

- "El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto del Código penal de 1990", en ADPCP, 1991, T. XLIV

- Concurso de delitos y determinación de la pena, Madrid, 1992

**DE LA VEGA RUIZ, J.A.:**

- Las agresiones familiares en la Violencia Doméstica, Pamplona, 1999

**DE VICENTE MARTINEZ, R.:**

- "Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas", en Actualidad Penal, nº 37, 1997

**DEL MORAL GARCÍA, A.:**

- "El delito de violencia habitual en el ámbito familiar", en Delitos contra las personas, Manuales de formación continuada del Poder Judicial, Madrid, 1999

**DEL ROSAL BLASCO, B.:**

- "Consideraciones generales sobre la reforma de los delitos de lesiones" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo XIV, Vol. I, Madrid, 1992

- "El tipo básico de los delitos de lesiones" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo XIV, Vol. I, Madrid, 1992.

- "Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar" en Mujer y Derecho penal, Valencia, 1995

**DÍAZ PITA, M.M.:**

- "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", Estudios penales y criminológicos, 1997

**DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.:**

- "¿Es necesaria la cooperación necesaria?" en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002

**DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.:**

- Sistema de derecho civil. Derecho de familia, derecho de sucesiones., Vol. IV, Madrid, 7ª edº

**DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.:**

- Los delitos de lesiones, Valencia, 1997

- Comentarios al Código penal, Parte especial. Coord. DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, Valencia, 1997

**DOLZ LAGO, M.J.:**

- "Violencia doméstica habitual: mitos y realidades", La Ley, 5-05-2000

**DOVAL PAIS, A.:**

- Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, Valencia, 1999



**ESER, A:**

- en SHÖNKE-SCHRÖEDER: Strafgesetzbuch Kommentar, 25 Aufl., München, 1997

**FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.:**

- Los delitos societarios en el Código penal español, Madrid, 1998

**FERRER SAMA, A:**

- Comentarios al Código penal, Tomo IV, Madrid, 1956

**FIANDACA, G./MUSCO, E:**

- Diritto penale. Parte generale, 3ª edº, Bolonia, 1995

**FONTÁN TIRADO, R.:**

- "Medidas frente a la violencia familiar y los malos tratos", en Diario la Ley, nº 5392, 9 octubre de 2001

**GANZENMÜLLER ROIG, C/ESCUDERO MORATALLA, J.F./ FRIGOLA VALLINA, J.:**

- "La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica" en Actualidad Penal, nº 16, 19 al 25 de Abril de 1999

**GARAVELI, M.:**

- en AAVV bajo la dirección de BRICOLA, F. y ZAGREBELSKY, V.: Gurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte especial., Tomo V, Torino, 1996

**GARCÍA ALBERO, R.:**

- Non bis in idem material y concurso de leyes, Barcelona, 1995

**GARCÍA ÁLVAREZ, P/DEL CARPIO DELGADO, J.:**

- El delito de malos tratos en el ámbito familiar, Valencia, 2000

**GARCÍA ARÁN, M.:**

- "La protección penal de la integridad moral" en La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro

homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002

- "Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor" en Protección de menores en el Código Penal, Manuales del CGPJ, Madrid, 1999

**GARCÍA ARÁN, M./GARRIDO LÓPEZ, D.:**

- El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Comentario al Texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996

**GIMBERNAT ORDEIG, E.:**

- "Causalidad, omisión e imprudencia", en Ensayos penales, Madrid, 1999

- "Recensión al libro de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión", en ADPCP, 1970

- "La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)" en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002

**GÓMEZ COLOMER, J.L.:**

- Derecho jurisdiccional, III, Proceso penal, Barcelona, 1996

**GÓMEZ NAVAJAS, J.:**

- Listas de delincuentes: ¿Pena de escarnio público?", en Estudios penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002

**GÓMEZ RIVERO, C.:**

- "Algunos aspectos del delito de malos tratos", en Revista penal, núm.6, julio, 2000

**GONZÁLEZ RUS, J.J.:**

- en COBO DEL ROSAL (Dir): Comentarios al Código penal, T.III, Madrid, 1999,

- Curso de derecho penal español. Parte especial, dir. por COBO DEL ROSAL, Madrid, 1996

**GRACIA MARTÍN, L.:**

- Comentarios al Código Penal, Parte especial, coord. GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO, Valencia, 1997

**GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA:**

- Código penal de 1870, Tomo V, Salamanca, 1893

**GUALLART DE VIALA, A.:**

- La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud, Madrid, 1992

**GUINARTE CABADA, G.:**

- "El concurso medial de delitos", en Estudios penales y criminológicos, T:XIII, 1990

**HIGUERA GUIMERÁ, J.F.:**

- El delito de coacciones, Barcelona, 1983

**HIRSCH, H.J. :**

- Hauptprobleme einer Reform des Delikte gegen die Körperliche Unversehrtheit, ZStW, 1971

- Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, GrossKommentar, 11, neubearbeitete Auflage, 37, 2001

**HORN, E.:**

- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil, 7 Auflage , 1998.

**JAREÑO LEAL, A.:**

- "El uso de armas en las lesiones y en el robo y el principio *non bis in idem*", en La Ley, nº 5216, 2001

**LANDROVE DÍAZ, G:**

- El delito de usura, Barcelona, 1968

**LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.:**

- Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Madrid, 2002

**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.:**

- En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: Códigos penales españoles, Akal, Madrid, 1988

**LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.:**

- Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia, Madrid, 1998

**LUZÓN DOMINGO, M:**

- Derecho penal del Tribunal Supremo II, Barcelona, 1964

**LUZÓN PEÑA D.M.:**

- "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en Estudios penales, Barcelona, 1991

**LUZÓN PEÑA, D. M.:**

- Curso de derecho penal. Parte general, Madrid, 1996

**MAGRO SERVET, V. :**

- "El congreso rechaza las enmiendas del senado a la reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del proyecto de ley inicial" en La Ley, n°4811, 4 de Junio de 1999

- "Los nuevos Juzgados especializados en violencia doméstica", en Diario La Ley, n° 5317, 28 mayo 2001

- "El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica, en Diario La Ley, n°. 5628, 8 de octubre de 2002

**MANZANARES SAMANIEGO, J.L.:**

- "Lesiones menos graves" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo V, Vol 2, Madrid, 1985

**MANZINI, V.:**

- Tratatto di Diritto Penale italiano, Volume VIII, Torino, 1985

**MAQUEDA ABREU, M.L.:**

- "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", El nuevo derecho penal español. Estudios

penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS (Coord.), Pamplona, 2001

**MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.:**

- La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado, Granada, 2001

**MAURACH, R.:**

- Strafrecht Besonderer Teil, 8 Aufl, 1995

- Tratado de derecho penal (vol.I), traducción por CÓRDOBA RODA, J., Barcelona, 1962

**MESTRE DELGADO, E.:**

- "La atenuante y agravante de parentesco" en Colección Jurisprudencia práctica, Madrid, 1995

**MEURER, W.:**

- Probleme des Tatbestandes der Misshandlung Schutzbefohlener (§ 223 b StGB), 1997, Heinsberg

**MIR PUIG, S.:**

- "La habitualidad criminal del art. 4 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social" en, Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, abril-junio, 1974

- Derecho penal, parte general, Barcelona, 1990

- Derecho penal. Parte General, 4ª edº., Barcelona, 1996

- Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1982

**MIR PUIG, S./CÓRDOBA RODA, J.:**

- La reincidencia en el Código penal: análisis de los artículos 10.14º, 10.15º, 61.6º y 516.3º, Barcelona, 1974

**MIRA BENAVENT, J.:**

- "El concepto de violencia en el delito de coacciones" en Cuadernos de política criminal, 1984

**MOMMSEN, T.:**

- El derecho penal romano, año 1898

**MORENO VERDEJO, J.:**

- "Prevención y protección frente a actos de violencia doméstica en el ordenamiento penal", en Revista Jurídica General, Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid, núm. 21, Mayo 2002

**MORILLAS CUEVAS, L.:**

- "Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma", en Estudios penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002

**MUÑAGORRI LAGUÍA, I.:**

- "Las violencias en el ámbito familiar "en Revista de Derecho Penal y Criminología, 4-1994

**MUÑOZ CONDE, F.:**

- En MUÑOZ CONDE, F./BERDUGO, I./GARCÍA ARÁN, M.: La reforma penal de 1989, Madrid, 1989

- "Protección de los derechos fundamentales en el Código penal" en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general), Madrid, 1996

-Derecho penal. Parte especial, (12ª ed) Valencia, 1999

-Derecho penal. Parte especial, (10ª ed), Valencia, 1995

-Derecho penal. Parte especial, Sevilla, 6ª ed., 1985

**MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M:**

- Derecho penal, parte general, 3ªed, Valencia, 1998

**MUÑOZ SÁNCHEZ, J.:**

- Los delitos contra la integridad moral, Valencia, 1999

**NAVAS CÓRDOBA, J.A./MONGE FERNÁNDEZ, A.:**

- "Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer", en Actualidad Penal, numº 9, 28 de marzo- 5 de Febrero, 2000

**NUÑEZ CASTAÑO, E.:**

- El delito de malos tratos en el ámbito familiar, Valencia, 2002

**OCALLAHGAN, X.:**

- "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho", Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1998

**OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.:**

- "La reforma del consentimiento en las lesiones" en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Tomo V, Vol.II, Madrid, 1985

**OLMEDO CARDENETE, M.:**

- El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial, Barcelona, 2001

**ORAA GONZÁLEZ, J.:**

- "Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas" en La Ley, 1996

**PACHECO, J. F.:**

- El Código penal concordado y comentado, segunda ed°. , Tomo I, Madrid, 1856

**PÉREZ ALONSO, E.J.:**

- "El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma" en ADPCP, mayo-agosto 1990

- "Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1999

**POLAINO NAVARRETE, M.:**

- "Maltrato a cónyuge o hijos menores" Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Edersa, Tomo V, Vol. 2°, Madrid, 1985

**PRATS CANUT, J.M.:**

- En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentarios al nuevo Código penal, Pamplona, 1996

**QUINTANO RIPOLLÉS, A:**

- Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, Tomo I, 2ª edición puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E, Madrid, 1972

**QUINTERO OLIVARES , G.:**

- Curso de Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1996

- en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J.M.: Manual de Derecho penal. Parte General, Pamplona, 1999

- "Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989" en ADPCP, 1989

- Los delitos especiales y la teoría de la participación, Barcelona, 1974

**RAMAJOLI:**

- "*Incostituzionalita del delitto di maltrattamenti en famiglia?*", in *Temì*, 1973

**RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.:**

- Derecho penal español. Parte especial, 9ª Ed., Madrid, 1983

**RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GOMEZ, A.:**

- Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, 1995

**RODRÍGUEZ MESA, M.J.:**

- Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Granada, 2000

**RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:**

- "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en Comentarios al Código penal, Madrid, 1983

- Comentarios al Código penal, Madrid, 1997

**RODRÍGUEZ RAMOS, L/COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.:**

- Derecho penal. Parte especial, Madrid, 1997

**ROMEO CASABONA, C.M.:**



- "Los delitos contra la integridad corporal y la salud" en El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Hje. al prof. Dr. D. ANGEL TORÍO LÓPEZ, Granada, 1999

**RUIZ VADILLO, E.:**

- "Las violencias físicas en el hogar", en Actualidad Jurídica Aranzadi, Año VII, n° 326

- Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1997

**SÁNCHEZ OSTIZ, P.:**

- "Consideraciones sobre el delito de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones", en La Ley, n° 5399, 2001

**SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.:**

- La violencia en el Derecho Penal, Barcelona, 1999

**SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.:**

- "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", en ADPCP, 1995

**SANZ MORÁN, A.J.:**

- "El concurso de delitos en la reforma penal", en Unidad y pluralidad de delitos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

- "Reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código penal de 1995", en El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al profesor Doctor Don ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, Granada, 1999

- El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Valladolid, 1986

**SEGRELLES DE ARENAZA, I.:**

- "Faltas contra las personas" en Curso de Derecho Penal español. Parte especial (I), dir.por MANUEL COBO DEL ROSAL, Madrid, 1996

**SERRANO GÓMEZ, A.:**

- Derecho penal. Parte Especial, 6ª Ed°, Madrid, 2001

- Derecho Penal. Parte especial, Madrid, 1997

**SILVA SÁNCHEZ, J.M.:**

- El delito de omisión, concepto y sistema, Zaragoza, 1986

**SUÁREZ GONZÁLEZ, C.:**

- Comentarios al Código penal (dir. por RODRÍGUEZ MOURULLO), Madrid, 1997

**TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.:**

- "Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España" en Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 10, Madrid, 1999,
- La unión de hecho y el derecho a no casarse, Granada, 2001

**TAMARIT SUMALLA, J.M.:**

- La reforma del delito de lesiones, Barcelona, 1990
- Comentarios al nuevo código penal, Pamplona, 1996

**TERRADILLOS BASOCO, J.M.:**

- "Agresiones a las mujer desde la perspectiva jurídico-forense: aspectos jurídicos" en Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer, Ed°. coord. Por LÓPEZ ARMINIO, M. J, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1999
- "Incidencia de la posición o situación personal, pública o privada, en la responsabilidad criminal" en Cuadernos del CGPJ, 1995, n°7

**TERUEL CARRALERO :**

- Las faltas, Barcelona, 1956

**VALLE MUÑIZ, J.:**

- Comentarios al nuevo Código penal, Pamplona, 1996

**VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C:**

- Nuevo Código Penal comentado (Ley 10/1995, de 23 de noviembre), Madrid, 1996

**VIADA Y LÓPEZ-PUIGCERVER, C.:**

- Doctrina Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo,  
Madrid, 1961

**VIADA Y VILASECA, S:**

- Código penal reformado de 1870, cuarta ed°.., Tomo I,  
Madrid, 1890

**VIANA BALLESTER, C.:**

- "La participación omisiva en delitos de maltrato físico a  
menores", en prensa

**VIVES ANTÓN, T.S.:**

- La estructura de la teoría del concurso de infracciones,  
Valencia, 1981



