

EL DELITO DE MALTRATO EN EL ÁMBITO FAMILIAR: UN ANÁLISIS DE
DERECHO COMPARADO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, ALEMÁN,
ITALIANO, PORTUGUÉS Y SUECO

Elena B. Marín de Espinosa Ceballos

Doctora Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada

Revista Penal, nº 11

<http://www.cienciaspenales.net>



El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco

Elena B. Marín de Espinosa Ceballos

Dra. Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. II. Análisis de los elementos del delito de maltrato en otros sistemas jurídicos penales próximos a nuestro círculo de cultura: a) La conducta típica; b) Agresores y víctimas; c) La habitualidad; d) El concurso de delitos. III. Conclusiones

I. Introducción

En la actualidad, una de las cuestiones que mayor alarma social provoca en todos los sectores —políticos, jurídicos y sociales— es el relativo a la violencia doméstica. En el ordenamiento jurídico penal la preocupación por este grave problema social ha originado, incluso, la reforma del delito de malos tratos en el ámbito familiar por LO 14/1999 de 9 de junio. Esta reforma tiene por objeto otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de malos tratos. Para alcanzar este fin el legislador ha configurado el delito de violencia doméstica corrigiendo todos aquellos aspectos que fueron criticados por la doctrina —que la conducta protegida era insuficiente, que el número de sujetos activos y pasivos era excesivamente restringido y que el elemento de la habitualidad provocaba inseguridad jurídica—. Por este motivo, las modificaciones que ha sufrido el art. 153 CP han afectado, principalmente, a esos elementos. En primer lugar, se reforma la conducta típica, extendiéndose al ejercicio de violencia psíquica. En segundo lugar, se amplía el número de sujetos activos y pasivos al incorporarse a los ex-cónyuges o ex-conviuentes y la figura de acogimiento y, en tercer lugar, se intenta evitar la inseguridad jurídica que provocaba el elemento de la habitualidad proporcionando una definición de la misma.

Las modificaciones de los elementos señalados en el delito de violencia doméstica del art. 153 CP no implica que se haya alcanzado el fin propues-

to. A mi juicio, la reciente modificación del Código Penal en materia de malos tratos no ha sabido ofrecer una respuesta eficaz para sancionar al agresor y, principalmente, para proteger a las víctimas. En efecto, la reforma del Código Penal en materia de malos tratos ha creado nuevos problemas como son la inseguridad jurídica que provoca la abstracta expresión violencia psíquica y la posible vulneración del principio *ne bis in idem* al configurarse el elemento de la habitualidad con hechos que ya fueron previamente condenados y, además, no ha logrado solventar las lagunas que presentaba la anterior relación de sujetos activos y pasivos, ya que no da protección a todas las posibles personas que pueden integrar el núcleo familiar.

Los problemas que todavía presenta la aplicación del delito de violencia doméstica requieren una respuesta alternativa, es decir, una posible propuesta de *lege ferenda*. La propuesta para una futura reforma del Código Penal en materia de malos tratos puede obtenerse acudiendo a otros sistemas jurídicos penales próximos a nuestro círculo de cultura. Por consiguiente, mediante el examen de otros sistemas jurídicos —alemán, italiano, portugués y sueco— se pretende demostrar que existen otras fórmulas distintas a la empleada en el Código Penal español para hacer frente a la violencia en el ámbito familiar y, principalmente, que algunas de ellas pueden ser trasladadas a nuestro ordenamiento jurídico penal.

II. Análisis de los elementos del delito de maltrato en otros sistemas jurídicos penales próximos a nuestro círculo de cultura

El Código Penal español contempla un precepto específico que sanciona el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre determinadas personas con las que se tiene una relación de parentesco. Pero esta misma técnica, ¿es empleada en otros sistemas jurídicos próximos a nuestro círculo de cultura? Es decir, ¿en otros países también se prohíbe el ejercicio de violencia física o psíquica?; ¿en otros países este delito se configura con el elemento de la habitualidad?; ¿en otros países el delito está integrado por la mismas víctimas y agresores?, y, finalmente, ¿también se castiga separadamente los actos individuales de violencia, acudiéndose a la reglas del concurso de delitos?

En definitiva, el objeto de este trabajo se centra en el análisis de la respuesta que otros ordenamientos jurídicos penales ofrecen al problema de la violencia doméstica y, además, comprobar si alguna de esas respuestas pueden ser trasladadas al Código Penal español.

a) La conducta típica

El Código Penal español sanciona el ejercicio de violencia física y psíquica. Sin embargo, la expresión "violencia" no se emplea en otros ordenamientos jurídicos para configurar la conducta

prohibida. Con buen criterio, a mi juicio, porque se trata de una expresión excesivamente abstracta que dificulta la concreción de la conducta prohibida, ya que nuestro Código no ofrece una definición de violencia.

Hay unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en que el ejercicio de violencia física se identifica con acometimiento físico, es decir, atendados a la integridad física y a la salud —v. gr. empujón, bofetón, puñetazo—. El problema principal surge con la nueva expresión violencia psíquica incorporada al art. 153 CP a través de la reforma del Código Penal en junio de 1999, ya que la doctrina no es unánime a la hora de establecer qué conductas la integran. En este sentido, para un sector doctrinal¹ la violencia psíquica consiste en un atentado a la salud mental del sujeto pasivo, es decir, "cuando se utilicen medios, actuaciones u omisiones idóneas para provocar dicha merma en equilibrio mental del agredido"². Otro sector doctrinal³ entiende que la violencia psíquica se identifica con los atentados a la libertad —amenazas y coacciones— y para otro sector⁴ también deberían incluirse los atentados al honor —injurias y calumnias—.

Otros países próximos a nuestro círculo de cultura describen la conducta típica empleando generalmente la expresión "maltratar". Éste es el caso del Código Penal alemán y portugués. El párrafo 225 del Código Penal alemán⁵ está ubicado entre los delitos de lesiones y castiga el ator-

1. En este sentido vid. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*. Marcial Pons. Barcelona. 2000, pp. 50 y ss.

2. Cfr. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de malos tratos...*, p. 56.

3. Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*. Comares. Granada. 2001, pp. 204 y ss.

4. En este sentido vid. MAGRO SERVET, Vicente. "La violencia psíquica en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas". *Actualidad Penal*, núm. 4926, de 12 de noviembre de 1999, p. 19; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar (LO 14/1999, de 9 de junio). Problemas fundamentales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, p. 41; CUADRADO RUIZ, M.^a Angeles y REQUEJO, Carmen. "El delito de malos tratos en el ámbito familiar: art. 153 del Código Penal". *La Ley*, N. 5072. 2000, p. 3; GARCÍA CALDERÓN, Jesús María. "Un concepto diferenciado de violencia psíquica: su tipificación penal" en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II*. Ministerio de Justicia. Ministerio de trabajo y asuntos sociales e Instituto de la Mujer. Centro de Estudios Jurídicos de la administración de Justicia. 2000, p. 351.

5. § 225 StGB Quien atormente, maltrate brutalmente a persona menor de dieciocho años o a una persona indefensa a causa de su debilidad o enfermedad, que:

1. esté bajo su asistencia o custodia,
2. pertenezca a su ámbito doméstico,
3. haya sido confiada a su autoridad por los deberes de cuidado derivados de su potestad,
4. o se halle subordinada a él en el marco de un servicio o relación laboral.

O quien mediante el abandono maliciosa de su deber de cuidar de ella, la dañe en su salud, será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años.

(2). La tentativa es punible.

(3) Se impondrá la pena de prisión no inferior a un año cuando el autor coloque a la persona que tiene bajo su protección en una situación de peligro

1. de muerte o de grave daño para su salud
2. o de un daño considerable de su desarrollo corporal o psíquico.

(4) En los supuestos menos graves del número uno se impondrá una pena de prisión de tres meses a cinco años, y en los casos menos graves del número tercero la pena de prisión de seis meses a cinco años.

mentar y maltratar brutalmente. También el art. 152⁶ del Código Penal portugués se ubica entre los delitos de lesiones y sanciona el infligir malos tratos físicos o psíquicos. El delito de maltrato en el Código Penal portugués ha sido recientemente modificado por la Ley 7/2000 para eliminar la necesidad de iniciar el procedimiento judicial a instancia de parte.

El maltrato físico es, como en el Código Penal español, acometimiento físico —v. gr. pegar, empujar, puñetazo, lesionar etc.— y el atormentar o maltratar psíquicamente se podría identificar con lo que nuestro Código Penal denomina integridad moral (art. 173 CP). Por consiguiente, el maltrato psíquico consistiría en someter a la víctima a tratos humillantes y degradantes —v. gr. rapar el pelo para afear el aspecto de la víctima, técnicas de privación del sueño o de higiene—.

Una interpretación del término maltratar más amplia es la que ofrece la Corte de Cassazione italiana del art. 572 del Código Penal italiano⁷. El art. 572 CP italiano regula expresamente un delito de maltrato en el ámbito familiar y a diferencia de los sistemas analizados no se ubica entre los delitos contra la integridad física, sino en el Título XII, relativo a los "delitos contra la familia". Por consiguiente, el delito de maltrato en el Código Penal italiano se encuentra regulado junto al delito de bigamia, de incesto, de sustitución de un menor, de abandono de familia, etc.

La interpretación que la Corte de Cassazione italiana hace del término maltrato es tan amplia que este delito consiste en golpes, amenazas, inju-

rias, privaciones impuestas a la víctima, sobornos, desprecios, humillaciones, sufrimientos morales, y estos últimos consisten, por ejemplo, en someter a la mujer a prácticas sexuales contra-natura o realizar manifestaciones que con conciencia se sepa que ofenden a la víctima, despreciándola o humillándola⁸. Algunos supuestos que tienen cabida en el Código Penal italiano, a mi juicio, difícilmente podrían incluirse en el art. 153 del CP español. En efecto, según la Corte de Cassazione, "el dolo del delito de maltrato consiste en hacerle la vida imposible al sujeto pasivo"⁹. Por ello, "el delito de maltrato no sólo consiste en la injuria o privaciones a la víctima, sino también en el desprecio, la humillación y sufrimientos morales"¹⁰. Sobre la base a estos argumentos, la Corte de Cassazione Penal considera que "este delito lo configura el comportamiento del marido que ofende a la mujer cuando está teniendo relaciones carnales en la casa conyugal con la hermana de la esposa"¹¹, o cuando "el marido obliga a soportar a la mujer la presencia de la concubina en el domicilio conyugal"¹².

Estos comportamientos no integrarían el concepto de maltrato psíquico en España porque no constituyen ninguna conducta delictiva. Es decir, en España la infidelidad no está castigada. Por tanto, son meros desacuerdos o faltas de respeto que infligen exclusivamente pactos privados o normas sociales. Por ello, actos como, por ejemplo, llegar muy tarde a casa y ebrio, una infidelidad, mentir a la pareja o a los padres o no realizar las tareas de limpieza de la casa, por muy molestas que puedan resultar y

6. Art. 152. 1. Quien teniendo a su cuidado, a su guarda, a su responsabilidad la dirección de la educación, o como subordinado por relación de trabajo, persona menor, incapaz o otra disminución por razón de la edad, salud, deficiencia física o psíquica:

- a) le infligiere malos tratos físicos o psíquicos o lo trate cruelmente
- b) le haga desempeñar una actividad peligrosa, inhumana o prohibida
- c) le sobrecargue con trabajos excesivos

Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años de privación de libertad. Si se causa un resultado de daño grave se aplica la pena del art. 144.

2. La misma pena se le aplicará a quien infligiere malos tratos físicos o psíquicos a su cónyuge o con quien conviviere en condiciones análogas al matrimonio.

3. En los hechos previstos en los números anteriores si resultara:

- a) ofensa a la integridad física grave, será castigado con pena de prisión de dos a ocho años.
- b) la muerte será penada con la pena de prisión de tres a diez años.

7. Art. 572: quien fuera de los casos del artículo precedente, maltrate a una persona de la familia o un menor de 14 años, o a una persona sujeta a autoridad, o a su cuidado por razones de educación, instrucción, a su cargo, vigilancia o custodia, o en el ejercicio de una profesión o un arte, se le impondrá una pena de 1 a 5 años.

Si de ello se deriva lesiones personales graves se aplica la reclusión de 4 a 8 años, si se deriva lesión gravísima se impondrá una pena de reclusión de 7 a 15 años, si se deriva la muerte de 12 a 20 años

8. Sentencia III 17 de mayo de 1985, n. 4905 (ud. 15 de mayo de 1985) Carangelo.

9. Cfr. Sentencia VI, 26 de mayo de 1983, n. 4933 (ud. 7 de abril de 1983) Terrosi.

10. Sentencia III 17 de mayo de 1985, n. 4905 (ud. 15 de mayo de 1985) Carangelo.

11. Sentencia III 17 de mayo de 1985, n. 4905 (ud. 15 de mayo de 1985) Carangelo.

12. Sentencia VI 25 de julio 1977 (ud. 20 de abril de 1977) Meale.

aunque causen sufrimiento, no pueden constituir actos de violencia psíquica.

En definitiva, el delito de maltrato en Italia se configura como un delito pluriofensivo integrado por atentados a la integridad física, a la integridad moral, a la libertad y al honor.

Una posición intermedia en relación con las conductas que integran el delito de maltrato en el ámbito familiar es la ofrecida en el Código Penal sueco. En el § 4¹³ de este texto penal se señala: "Quien cometa delitos regulados en los Capítulos 3, 4 y 6¹⁴ de este Código...". De esta manera, se concreta con exactitud las conductas constitutivas de maltrato y en particular se incluyen los delitos "contra la vida y la integridad o salud" (capítulo 3), los delitos "contra la libertad personal y la paz" (capítulo 4) y los "delitos contra la libertad sexual" (capítulo 6)¹⁵. El Código Penal sueco ha optado por un concepto amplio de maltrato, que podría identificarse con las definiciones que ofrecen los distintos Convenios Internacionales¹⁶ de violencia contra la mujer.

De todas las soluciones que ofrecen estos sistemas próximos a nuestro círculo de cultura la más adecuada, a mi juicio, es la del Código Penal sueco. La fórmula empleada en este Código Penal, al remitirse a otros preceptos del texto penal, delimita con exactitud las conductas que deben integrar este delito y, de esta manera, se aporta seguridad jurídica. Por ello, entiendo que en una futura reforma del Código Penal español debería suprimirse la expresión "ejercicio de violencia física o psíquica" que dificulta la concreción de la conducta prohibida. Pero, ¿qué conductas deberían integrarse en el delito de maltrato en el ámbito familiar?

Entiendo que los atentados a la libertad sexual y los atentados al honor no deberían incorporarse al delito de violencia doméstica. Su inclusión supondría ampliar demasiado el concepto de mal-

trato en el ámbito familiar y, además, no se puede olvidar que ambos delitos requieren un requisito procesal. Esto es, se tratan de delitos privados que dificultan la persecución penal y, por ello, parece que el legislador expresamente los excluye del delito de violencia doméstica. De ahí que la reforma del Código Penal de 1999 haya eliminado este requisito procesal en las faltas de los artículos 617 y 620 CP, "excepto para la persecución de las injurias". De esta manera, al no exigirse el requisito procesal para las faltas de lesiones, amenazas y coacciones, se eliminan uno de los principales inconvenientes para la apreciación del delito de violencia doméstica, ya que si las faltas no eran denunciadas difícilmente se podían probar la existencia de las mismas y si se denunciaban, en muchas ocasiones la propia víctima por temor a las represalias del agresor no ratificaba la denuncia. En la actualidad, al suprimirse la necesidad de denuncia de los hechos por la persona agraviada se facilita la aplicación de este delito. En definitiva, el delito de maltrato en el ámbito familiar debe integrarse, a mi juicio, por atentados a la integridad (lesiones) y atentados a la libertad (amenazas y coacciones).

b) Agresores y víctimas

El análisis de derecho comparado pone de manifiesto que en relación con los sujetos activos y pasivos el delito de maltrato no está limitado a los miembros del grupo familiar. Todo lo contrario, en otros sistemas penales el delito de maltrato extiende su protección a todos los menores de edad, independientemente de la relación mantenida con el agresor, a los incapaces o disminuidos, a los sujetos sometidos a cuidado o vigilancia o a los que mantienen una relación de subordinación en el ámbito laboral u otro servicio, arte, etc. En definitiva, en otros sistemas penales las víctimas de mal-

13. § 4a 1. Quien cometa delitos regulados en los Capítulos 3, 4 y 6 de este Código de manera reiterada contra una persona cercana o que lo fue en el pasado, sometiéndola a tratos degradantes y humillantes y cada uno de los hechos forman parte de una serie que pudieran dañar la autoestima, realiza el delito de atentados graves contra la paz personal y será castigado con una pena de seis meses a seis años de privación de libertad.

2. Si los hechos descritos en el párrafo primero son cometidos por un hombre contra una mujer con el que está o estuvo casado o con quien convive o convivió en una relación similar al matrimonio se le impondrá la misma pena.

14. En el Capítulo 3 se regulan los delitos contra la vida y la integridad o salud, en el Capítulo 4 los delitos contra la libertad personal y la paz y en el Capítulo 6 todos los delitos contra la libertad sexual.

15. En el Proyecto de Reforma del Código Penal se excluye expresamente los delitos del Capítulo 5 —delitos contra el honor— por tratarse de delitos de menor gravedad y de persecución a instancia de parte. Vid. Regeringens Proposition 1997/98:55, p. 79.

16. A título de ejemplo la Asamblea General de las Naciones Unidas en la declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres, Documento de 20 de diciembre de 1994, define la violencia contra las mujeres en su art. 1 en los siguientes términos: "aquella basada en el sexo, y dirigida contra la mujer, porque es mujer o que le afecta en forma desproporcionada. Se incluye actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, incluidas las amenazas de tales actos, la coacción y otras formas de privación de libertad". En este mismo sentido la Organización de Naciones Unidas en su informe sobre los derechos de la mujer de 1996; La Resolución del Parlamento Europeo en la Resolución sobre las agresiones a las mujeres de 1986.

trato son aquellas personas más indefensas de la sociedad, que mantienen una posición de dependencia o inferioridad con el sujeto activo.

Sin embargo, nuestro art. 153 CP se limita al ámbito familiar y para ello configura una relación de sujetos, es decir, una lista cerrada de agresores y víctimas. Sin entrar en la discusión de si este delito se debe ampliar a otros sectores distintos (como al ámbito laboral, educativo, etc.) lo que sí está claro es que la técnica de enumerar los distintos sujetos activos y pasivos tiene el inconveniente de la posible omisión de algunas personas que podrían integrar el núcleo familiar. Así, el legislador español ha olvidado incluir en el delito de violencia doméstica algunas personas que pueden pertenecer al ámbito familiar. Concretamente están fuera del tipo:

1. Las violencias ejercidas entre *los hermanos* o entre *los hijos de los convivientes* o entre unos y otros.

2. Las violencias ejercidas a los *cuñados/as* si conviven con el agresor.

3. Las violencias ejercidas a los *suegros/as* si conviven con el agresor.

4. Las violencias ejercidas durante *la relación de noviazgo*. Pese a que todos los estudios sociológicos sobre el tema¹⁷ ponen de manifiesto que los malos tratos en la pareja comienzan desde el noviazgo, siendo el maltrato uno de los componentes que definen la relación desde el inicio, sin embargo, el legislador no ha incluido estas relaciones.

5. Las violencias ejercidas entre los que mantienen *relaciones homosexuales*. Aunque estos casos podrían incluirse en los supuestos de personas ligadas de forma estable por una análoga relación de afectividad; sin embargo, la jurisprudencia del TS entiende que las relaciones entre personas del mismo sexo no son análogas a las del matrimonio. Esto es, sólo es análoga al matrimonio la relación mantenida entre un hombre y una mujer.

6. Las violencias ejercidas por *los empleados de los Centros asistenciales que cuidan a los menores sometidos a acogimiento o a tutela*. Por consiguiente, cuando esas relaciones se llevan a cabo en un centro asistencial o cualquier otra institución, esto es, cuando el menor es cuidado en el seno de una persona jurídica no se apreciará el art. 153 CP, ya que no se incluyen en el tipo la responsabilidad penal de los empleados del centro o de las personas a las que se le delega el cuidado del menor.

7. Las violencias ejercidas por *los hijos propios pero respecto al conviviente del padre o de la madre*. En estos casos, sólo el hijo propio puede ser agresor pero con respecto a sus padres y no con respecto a sus parejas. Por ello, la pareja del padre o de la madre está excluida del delito.

8. Cualquier *menor que resida de manera temporal con la familia*, —v. gr., un sobrino que pasa unas vacaciones, un compañero del colegio que se queda en la casa mientras sus padres están de viaje— que no mantengan una relación de parentesco o estén sometidos a tutela curatela, acogimiento o guarda de hecho.

Sin embargo, para GRACIA MARTÍN¹⁸, al considerar que las relaciones señaladas en el delito de violencia doméstica son elementos descriptivos del tipo y no normativos como se defiende en este trabajo, admite algunos de estos casos. En concreto, entiende que el hecho de ser menor es suficiente para determinar la existencia de esta relación y, claro está, que conviva. "En el concepto fáctico de pupilo cabrá entender comprendidos a todos los menores sometidos a tutela o curatela de derecho o guarda de hecho cuando vivan en compañía del tutor, curador o guardador, sea cual sea la relación familiar superpuesta que pueda unirles: hermanos, tío-sobrino o no parental"¹⁹. Los suegros, que a mi juicio no estarían comprendidos en el tipo, para este autor²⁰ no habría inconveniente en incluirlos dentro de la relación de guarda de hecho, o en el caso de no gobernarse por sí mismos en los supuestos de incapacidad. A mi juicio no es posible integrar estas relaciones —niños que pasan una temporada con otra familia, suegros...— en la figura de guarda de hecho porque sólo está configurada para supuestos en que el menor o adulto está completamente desamparado, es decir, niños que no tienen padres y no están sometidos bajo la patria potestad de ningún otro adulto, ya que si se entiende de otro modo se estaría realizando una interpretación analógica *in malam partem* no permitida en Derecho Penal.

En definitiva, entiendo que la fórmula empleada en el art. 153 CP —un catálogo cerrado de sujetos activos y pasivos— es completamente desafortunada porque excluye de este delito a una serie de personas que también están expuestas al ejercicio de violencia doméstica. Por consiguiente, se propone de *lege ferenda* el empleo de una ex-

17. Por ejemplo, en la investigación realizada por GROSMAN, Cecilia P., MESTERNAN, Silvia, ADAMO, María T. *Violencia en la familia. La relación de pareja, aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. Editora Universitaria. Buenos Aires. 1989, p. 190, que señalan que durante el noviazgo en el 10% de las parejas se producen malos tratos.

18. Vid. GRACIA MARTÍN, Luis. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 442.

19. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. *Comentarios...*, p. 442.

20. Vid. GRACIA MARTÍN, L. *Comentarios...*, p. 438.

presión más flexible, similar a la empleada en otros ordenamientos jurídicos próximos a nuestro círculo de cultura, como por ejemplo, el pertenecer al ámbito familiar o doméstico o que se trate de una persona cercana, etc.

c) La habitualidad

El tercer elemento que caracteriza el delito de maltrato es la habitualidad. El art. 153 CP a partir de la reforma de junio de 1999 ofrece una definición de la misma en los siguientes términos:

“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 que los actos de violencia hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.”

La habitualidad es, sin ninguna duda, el elemento más polémico que integra el delito de violencia doméstica. Se le ha reprochado, principalmente, que supone un atentado al principio de seguridad jurídica, que presenta dificultades para concretar su contenido, que puede implicar un Derecho Penal de autor y que podría vulnerar el principio *ne bis in idem*. La reforma del Código Penal en materia de protección a las víctimas de maltrato intenta hacer frente a esas críticas ofreciendo un concepto de habitualidad. Sin embargo, este concepto es desafortunado porque vulnera el principio *ne bis in idem*.

En efecto, el cambio más radical en la apreciación de este delito se encuentra en la posibilidad de integrar el concepto de habitualidad con hechos que hayan sido condenados en sentencia firme. Hasta la fecha, uno de los principales problemas que se asociaba a la inaplicación del delito de violencia doméstica lo constituía la evidente vulneración del principio *ne bis in idem* si la habitualidad se componía por hechos que ya habían sido objeto de condena. En este sentido se ha manifestado de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia. Claramente se expresa en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 3.^a, de 5 de junio de 1998 (R.A. 2809), que deja de apreciar este delito porque, pe-

se a la existencia de cinco actos de violencia, “el primero ya fue objeto de condena por lesiones, no pudiendo ahora formar parte de este tipo sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, otros dos son de amenazas, que no constituyen violencia física, restando por lo tanto dos agresiones que no son suficientes para el requisito de la habitualidad”. Por tanto, según señala la Audiencia Provincial de Girona “no pueden concurrir para integrar el tipo aquellos actos de violencia física que hayan sido previamente castigados, por infracción del principio *ne bis in idem*, lo que hace que la operatividad práctica de este precepto sea uno de los puntos más criticados, pues la habitualidad en las violencias será muy difícil de acreditar si las anteriores no fueron denunciadas y en el caso de que lo hayan sido y hayan sido objeto de enjuiciamiento y sanción, este principio impide que sean nuevamente penadas”.

En definitiva, nuestro Código Penal ha creado una nueva fórmula de delito habitual que se integra por hechos que hayan sido previamente condenados. Se trata de un concepto completamente distinto al empleado en otros delitos habituales del Código Penal español —v. gr. el delito de receptación (art. 299 CP) que se compone por hechos que no hayan sido previamente condenados—. Pero, además, es un concepto diferente al resto de las legislaciones próximas a nuestro círculo de cultura. En otros sistemas penales de nuestro entorno los delitos de carácter habitual no se integran por hechos que fueron previamente condenados porque la habitualidad se concibe como un concepto naturalístico, sin exigir sentencias firmes, ya que la habitualidad “se concibe para delincuentes por tendencia y especializados en la comisión de determinados hechos delictivos”²¹. La habitualidad se relaciona con la especialización o la profesionalidad en el delito. Éste es el concepto que se defiende, por ejemplo, en el sistema alemán²², que basa esta institución en una cualificación profesional del autor²³. De esta manera se expresa el Tribunal Supremo Alemán en la sentencia de 28 de febrero de 1961 [BGB, tomo 15. P. 337], que condenó a una persona que explotaba la prostitución ajena, en concreto se dedicaba a facilitar los medios necesarios para que se pudiera practicar la prostitución. El Tribunal entiende que la habitualidad del autor (*Gewohn-*

21. Cf. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*. Comares. Granada. 2000, p. 342.

22. Por ejemplo los §§ 260, 243.1.3, 292 III, 302 all 2, n.º 2 StGB.

23. Vid. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Traducción de la 2.^a ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas. 1997. Madrid, pp. 184 y 185.

Revista Penal

El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco

heitsmässigkeit) que facilita una habitación para que otros realicen la prostitución de manera usual se normaliza porque siempre lo hace de esa manera, es decir, se profesionaliza porque el habitual es un profesional del delito²⁴.

El concepto de habitualidad que se utiliza en el art. 153 CP provoca situaciones difícilmente defendibles: supongamos que un sujeto comete por ejemplo, tres lesiones: en un principio comete una lesión y es condenado por ello, apreciándose la agravante de parentesco porque el hecho se realiza a un miembro del grupo familiar. Posteriormente, vuelve a cometer otra lesión, siendo condenado por otro delito de lesión concurriendo la agravante de parentesco y la agravante de reincidencia, pues el sujeto previamente cometió un delito comprendido en el mismo título del Código y de la misma naturaleza. Finalmente, comete una tercera lesión, por lo que es condenado por un delito de lesión con la agravante de parentesco, la agravante de reincidencia y, además, se aplicarán las consecuencias que prevé el art. 94 CP porque se trata de un habitual al cometer tres delitos comprendidos en el mismo capítulo en un plazo no superior a tres años. Pero, además, estas tres sentencias, que ya sancionaron las tres lesiones, la repetición de las conductas, las relaciones familiares y la habitualidad, sirven para fundamentar la aplicación del delito de violencia doméstica del art. 153 CP. Inevitablemente hay que preguntarse: ¿cuántas veces han sido valoradas estas lesiones? ¿Cuántas veces han sido valoradas las repeticiones de las conductas? ¿Cuántas veces han sido valoradas las relaciones familiares? Evidentemente, esta forma de proceder, en un sistema que prevé agravaciones generales por la relación de parentesco y la repetición de la conducta, supone una clara violación del principio *ne bis in idem*.

En otros sistemas penales no se origina esta situación. En este sentido, el Código Penal sueco, que contempla expresamente el delito de maltrato

con el elemento de la habitualidad, sólo se integra por hechos que no hubieran sido previamente condenados. El § 4 CP sueco no consiste en castigar dos veces el mismo hecho, sino que pretende agravar la pena cuando la conducta se realiza en un contexto determinado, aprovechándose el autor de la indefensión de la víctima o de su situación de superioridad. Por ello, una conducta se puede sancionar como una lesión individual —por el delito de lesión o de amenaza— o como un hecho global que provoca humillación a la víctima, pero nunca por los dos, de lo contrario se trataría de una clara vulneración del principio *ne bis in idem*, ya que la aplicación de este precepto se rige por los principios generales²⁵.

El Código italiano pese a que no establece expresamente en el texto penal el elemento de la habitualidad; sin embargo, la Corte de Cassazione interpreta el delito de maltrato del art. 572 CP como un delito habitual. En este sentido la Corte de Cassazione entiende que el delito de maltrato en el ámbito familiar no se aplica en los casos episódicos o esporádicos de violencia, porque debe existir habitualidad. Así también lo concibe la doctrina mayoritaria²⁶. Por consiguiente, "el delito de maltrato debe encuadrarse en la categoría de delito habitual. Se compone de una serie de acciones, cometidas de manera reiterada con la intención de hacer sufrir al sujeto pasivo tanto física como moralmente"²⁷. En efecto, "el maltrato en la familia está constituido por una conducta habitual, ya que esto es intrínseco al propio delito, se realiza en momentos sucesivos y sólo hay una intención criminal de atentar física o psíquicamente a la víctima"²⁸. Por tanto, aunque el texto penal italiano no hace referencia a la habitualidad de la conducta, en la práctica se aprecia este delito cuando hay un dolo genérico de violencia habitual consistente en maltratar durante un lapso de tiempo más o menos prolongado²⁹. De ahí que para la apreciación de este delito los actos que integran la habi-

24. Vid. BGB, tomo 15, p. 381.

25. Regeringens Proposition 1997/98:55.

26. ANTOLISE-CONTI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano 1982, p. 410; COPPI *Maltrattamenti in famiglia* Perugia, 1979, p. 269; PETRONE "Reato abituale" en *NN DI XIV* Torino 1967, p. 946; COLACCI *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, p. 95. PISAPIA "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli" en *NN DI X* Torino 1964, p. 78; PETTENATI *Sulla struttura del delitto di maltrattamenti in famiglia*. RIDPP 1961, p. 1110; DOMENICO PISAPIA, Gian "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli" *Digesto delle Discipline Penali* UTET, 1993. Tomo VII. Torino, pp. 518-528.

27. Sentencia I, 17 de enero 1976, Lucarelli. Ésta es una doctrina unánime de la Corte de Casación Penal Italiana. En este sentido vid. Sentencia VI, 21 de octubre de 1970, n. 1227 Mancini; VI, 6 de febrero de 1981 (ud. 24 enero 1980) Camina; I, 6 de febrero de 1981 (28 de enero 1984) Mirino.

28. Sentencia VI 29 de enero 1983, n. 803 (12 de noviembre de 1982) Malinconico. En este mismo sentido se manifiesta la sentencia VI 13 de marzo de 1987, n. 3032, (ud. 16 de diciembre de 1986), Nena, que establece que "el delito de maltrato es un delito de carácter habitual porque se caracteriza por una serie de hechos, aisladamente considerados, que proceden a la configuración del delito, es decir, hay reiteración en un breve espacio de tiempo, con la persistencia del elemento intencional".

29. Vid. Sentencia III 20 de enero de 1972, n. 76, Raco.

tualidad no pueden ser hechos que hayan sido previamente condenados.

En definitiva, el nuevo concepto de habitualidad de exclusiva aplicación para el delito de violencia doméstica provoca consecuencia jurídicas incoherentes con el principio de legalidad, y más concretamente, vulnera el principio *ne bis in idem*. Por ello, debería suprimirse del art. 153 CP.

d) El concurso de delitos

Otra de las cuestiones más controvertidas del delito de violencia doméstica ha sido el concierne a la relación concursal que debía establecerse entre el delito de carácter habitual y los actos individuales de violencia que lo integraban. Ante la disparidad de propuestas doctrinales, y con la finalidad de ofrecer una solución definitiva, el legislador del Código Penal de 1995 incorporó al art. 153 CP 1995 la expresión: "*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso, se causare*". Con esta cláusula concursal la doctrina entendió que se optaba por la solución del concurso de delitos. Sin embargo, no existía consenso sobre el tipo de concurso³⁰ —real³¹ o ideal³²— que cabría apreciar en el caso de optar por dicha solución.

En otras legislaciones penales próximas a nuestro círculo de cultura no se plantean estos problemas concursales. Por ejemplo, el sistema penal sueco que también contempla un delito de maltrato con el elemento de la habitualidad aplica las reglas generales del concurso de delitos. Por ello, cuando el de-

lito de maltrato concurre con un delito de mayor gravedad —v. gr. muerte— se resuelve mediante un concurso real de delitos entre los hechos que atentan a la integridad moral de la víctima y el resultado de muerte, que no estaría valorado en el § 4a CP sueco. En el resto de los casos se aprecia un único delito de maltrato, pudiéndose incluir, por ejemplo tres, cuatro o, incluso, diez agresiones, siempre que esos atentados queden probados en el juicio.

En otros sistemas penales, que no contemplan el delito de maltrato con el elemento de la habitualidad, se configura en el mismo tipo una serie de supuestos agravados para el caso de que el maltrato se concrete en un resultado de mayor gravedad. Éste es el caso del sistema portugués y alemán.

El Código Penal portugués también regula un supuesto agravado en el párrafo 3.º del art. 152 para castigar con mayor pena aquellos casos en que el maltrato causase un resultado de mayor gravedad: "los hechos previstos en los números anteriores si resultara a) ofensa a la integridad física grave, será castigado con pena de prisión de 2 a 8 años y, b) la muerte será penado con la pena de 3 a 10 años". Aunque el delito de maltrato no exige un dolo específico, sin embargo, en el borrador inicial (arts. 166 y 167 del Proyecto de Parte Especial del Código Penal de 1966, que fue muy discutido —en 5 sesiones—), si recogía la necesidad de exigir un dolo específico consistente en la maldad o el mayor egoísmo del autor. Por ello, antes de la reforma el delito de malos tratos se aplicaba cuando se observaba en el agresor un dolo específico de maldad y egoísmo³³ y, además, se hacía re-

30. A favor de la aplicación de un concurso de infracciones pero sin determinar qué tipo de concurso se manifiestan CARBONELL MATEU, Juan Carlos y CANCELAD CUSSAC, José Luis. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. 1. Coordinados por Tomas S. Vives Antón. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 802.

31. En este sentido se manifiesta CUENCA I GARCÍA, María Josep. "La violencia habitual en el ámbito familiar" *Revista Jurídica de Catalunya*. N.º 4. 1998, p. 663. Esta autora acepta dos soluciones atendiendo al caso concreto. Por un lado, se trataría de un concurso real cuando el delito de violencia habitual entre en concurso con tipos de lesiones, amenazas o delitos contra la libertad sexual. Por otro, se aplicaría el concurso ideal de delitos en aquellos casos en que, como consecuencia de la violencia sistemática se afecta o la salud mental de la víctima, provocándole una enfermedad psíquica que pueda ser del tipo básico de lesiones del art. 147 o en su caso, el agravado del art. 149. Aceptando la concurrencia de un concurso real vid. SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier P. *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*. Coordinados por Ignacio Serrano Butragueña. Comares. Granada. 1998, p. 987; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal, Parte Especial*, 18.ª ed. Dykinson. Madrid. 1995, p. 137; ACALE SÁNCHEZ, María. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 214.

32. De este parecer vid. GRACIA MARTÍN, Luis. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, p. 484. En el mismo sentido MONGE FERNÁNDEZ, Antonia y NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio. "Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer" *CPC*. N.º 9. 200, p. 196; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar LO 14/1999, de junio de 1999. Problemas fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, pp. 40 y 41, fundamentando que aunque "la habitualidad requiera una pluralidad de hechos no impide admitir que es precisamente uno de esos hechos que constituye la habitualidad el que permite la apreciación, al mismo tiempo, de otra infracción concreta, será la misma acción la que permita la apreciación de dos infracciones diferentes".

33. Así lo establecía la jurisprudencia antes de la reforma del Código "las ofensas corporales entre cónyuges [art. 153 CP] requieren que sean cometidas por maldad o por egoísmo, tal como sucede en los malos tratos infligidos a menores" RL de 4 de julio de 1984; CJ, año XI, tomo 4, 132; RC de 30 de mayo de 1984 BMJ, 337, 417; RC de 5 de julio de 1984, BJM, 339, 470; RC de 5 de junio de 1985, BMJ, 348, 477; RP de 14 de mayo de 1986, BMJ, 357, 491, esta última expresa que la aplicación del art. 153 (antes de la reforma) no es suficiente un dolo genérico. Se exige un dolo específico de maldad y egoísmo. En un sentido crítico a este dolo específico vid. MAIA COSTA, Eduardo, *Tribunal de Justicia*, n. 8-9, pp. 15 y 17.

ferencia expresa a la mujer maltratada³⁴. Por otra parte, el Código Penal alemán sigue esta misma línea de regular un tipo agravado cuando el maltrato se concreta en un resultado de mayor gravedad. En concreto, el núm. 3.º del § 225 StGB establece que: "3. la pena no podrá bajar de un año cuando el autor conozca que el sujeto estaba en una situación de desamparo o que estaba en una situación de peligro o riesgo: 1. de muerte o enfermedad muy grave y 2. de un importante perjuicio para su integridad física o psíquica".

Sin embargo, en España, como se ha señalado, parece que hay que acudir a las reglas del concurso de delitos, pese a que estas reglas son incompatibles con un delito de carácter habitual, porque esta clase de delitos habituales consisten en sancionar un comportamiento global caracterizado por su reiteración a lo largo de un período de tiempo. En definitiva, el delito de violencia doméstica es un delito que ya valora los actos individuales de violencia porque mediante este delito se pretende castigar la situación de tensión, miedo y baja autoestima que se provoca en la víctima por someterla a lo largo de un período de tiempo a tratos inhumanos y degradantes. De ahí que también debería suprimirse del art. 153 CP la expresión "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".

III. Conclusiones

La reforma de 9 de junio de 1999 del Código Penal en materia de maltrato no consigue ofrecer una respuesta adecuada para sancionar a los agresores ni para proteger a las víctimas. Pese a que se solventan algunas carencias del anterior art. 153 CP 1995 denunciadas por la doctrina como, por ejemplo, la incorporación a la conducta típica del ejercicio de violencia psíquica. Sin embargo, en este estudio se ha puesto de manifiesto que el legislador no logra resolver todos los problemas que presentaba la anterior regulación. Sin embargo, este análisis sobre el delito de violencia doméstica quedaría incompleto si sólo se limitase a plasmar los diferentes problemas que presenta su aplicación. Por este motivo, también se ofrece una propuesta de *lege ferenda* que haga más operativo este delito.

Esta propuesta de *lege ferenda* consiste en ofrecer una fórmula diferente a la empleada en el Código Penal español, que aporte seguridad jurídica con respecto a la conducta típica, que proteja a todas las posibles víctimas y que no vulnere el principio de legalidad, concretamente, el principio *ne bis in idem*. La solución que se propone se obtiene acudiendo a otros sistemas jurídicos penales próximos a nuestro círculo de cultura —alemán, italiano, portugués y sueco—. Estos sistemas penales nos demuestran que existen otras fórmulas alternativas a la empleada en nuestro Código Penal y que algunas de ellas pueden ser trasladadas a nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a la violencia en el ámbito familiar.

Aunque, si bien es cierto, que podría prescindirse de un precepto específico en nuestro ordenamiento jurídico para abordar el problema de la violencia doméstica, entiendo más acorde con el principio de legalidad mantener un delito específico para sancionar la violencia doméstica, concretando con exactitud la conducta típica y aportando, de esta manera, mayor seguridad jurídica. En efecto, la primera alternativa —acudir a las reglas generales— sería viable porque nuestro ordenamiento jurídico contempla el resultado de atentar a la integridad moral mediante un delito autónomo: el delito contra la integridad moral (art. 173 CP) y, junto a ello, se regula un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para valorar la relación de parentesco y la reiteración de la conducta. Por tanto, se podría afrontar este problema sin necesidad de regular un precepto específico para las conductas de violencia doméstica, pues si la realización de actos de violencia individuales son susceptibles de provocar un trato degradante y humillante en la víctima que la reducen a la condición de mera cosa, esos actos de violencia serían el medio para atentar a su integridad moral. En definitiva, estas conductas continuadas en el tiempo se podrían sancionar por los diferentes actos de violencia en concurso medial con el delito contra la integridad moral. La relación con la víctima se valoraría mediante las circunstancias de parentesco o de abuso de confianza y la reiteración de la conducta sólo podrá ser valorada cuando un hecho sea de la misma naturaleza y previamente sancionado (arts. 22.2 y 94 CP). Esta propuesta, pese a ser viable, presentaría el mismo inconveniente que el actual art. 153 CP. En concreto, continuaría la inse-

34. MAIA GONCALVES, Manuel. Código Penal portugués. Anotado e comentado e legislação complementar. 5.ª de. 1990 Almedina. Coimbra, pp. 381 y 382. Además en otro precepto, el art. 154, se contenía el tipo agravado de causar lesión grave o daños, el primer caso castigado con pena de prisión de 6 meses a 4 años y multa de 120 días y en el segundo caso con pena de 3 a 9 años y multa de 250 días.

guridad jurídica con respecto a qué actos individuales de violencia —física o psíquica— pueden producir un trato degradante que degrada a la víctima a la condición de mera cosa. Por ello, se propone la creación de un precepto específico, como la opción del art. 153 CP aunque con un contenido diferente, para sancionar los comportamientos de violencia doméstica.

En primer lugar, es preciso configurar un delito que concrete expresamente un resultado distinto y autónomo a los actos individuales de violencia. Ese resultado, según indican todos los estudios sobre el tema, es el atentado a la integridad moral. Por ello, se propone de *lege ferenda* la configuración de un precepto que haga referencia a este resultado. Esta técnica ha sido empleada en la nueva redacción del delito de acoso sexual —art. 184 CP—, recientemente modificado³⁵, que en la descripción del delito no sólo menciona el solicitar favores sexuales sino también que “*con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*”. Se trataría, en definitiva, de configurar un tipo contra la integridad moral agravado por la relación cercana con la víctima y por la reiteración de la conducta.

En segundo lugar, es necesario contemplar un tipo de violencia doméstica que determine con exactitud cuáles son los comportamientos individuales de violencia que lo integran, con el fin de evitar los actuales inconvenientes provocados por la abstracta expresión “ejercicio de violencia física y psíquica”. En este sentido sería conveniente regular un precepto similar al delito de malos tratos del Código Penal sueco. En concreto, el § 4a del Código Penal sueco establece: § 4a; “1. *Quien cometa delitos regulados en los Capítulos 3³⁶, 4³⁷ y 6³⁸ de este Código de manera reiterada contra una persona cercana o que lo fue en el pasado, sometiéndola a tratos degradantes y humillantes y cada uno de los hechos forman parte de una serie que pudieran dañar la autoestima, realiza el delito de atentados graves contra la paz personal y será castigado con una pena de seis meses a seis años de privación de libertad.* 2. *Si los hechos descritos en el párrafo primero son cometidos por un hombre*

contra una mujer con el que está o estuvo casado o con quien convive o convivió en una relación similar al matrimonio se le impondrá la misma pena”.

De manera similar al § 4 del CP sueco debería redactarse el art. 153 CP español, determinando expresamente qué Títulos, capítulos o artículos integran la conducta típica. Dicho de otra manera, valoramos muy positivamente —al aportar seguridad jurídica— la técnica del § 4 del Código Penal sueco cuando señala “*Quien cometa delitos regulados en los Capítulos 3³⁹, 4⁴⁰ y 6⁴¹ de este Código...*”, y que trasladado a nuestro ordenamiento jurídico penal podría hacerse referencia a los hechos contemplados en los Títulos III —de las lesiones— y VI —delitos contra la libertad— y sus correspondientes faltas.

En tercer lugar, hay que plantearse si es conveniente regular un delito de carácter habitual para sancionar la violencia doméstica. Esta clase de delitos deben limitarse en un Derecho Penal de hecho porque podrían derivar en un Derecho Penal de autor, vulnerándose nuestra Constitución. Un delito de hábito no puede fundamentarse en una presunta habitualidad, es decir, no pueden fundamentar la imposición de una pena en atención a la personalidad del autor y sobre la base de meras presunciones sin necesidad de constancia formal. Siempre que no se configure de esta manera⁴² parece aconsejable en los supuestos de malos tratos en el ámbito familiar la configuración de un delito de carácter habitual porque la práctica ha demostrado que estas conductas no son meros actos aislados, sino que se trata de un comportamiento continuado en el tiempo.

El delito de hábito se integra por una conducta múltiple, esto es, por una pluralidad de acciones u omisiones. Para valorar esos comportamientos parece más adecuado acudir a los delitos de hábito, siempre que se prueben con todos los medios posibles que estén al alcance de las partes y rodeados de todas las garantías constitucionales la realización de varios actos de violencia y, evidentemente, siempre que no se condene sobre la base de una personalidad. Por consiguiente, en los malos tratos en el ámbito familiar hay que tener presente que las con-

35. LO 11/1999 de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

36. En el capítulo 3 se regulan los delitos contra la vida y la salud.

37. En el capítulo 4 se regulan los delitos contra la libertad y la paz.

38. En el capítulo 6 se regulan los delitos sexuales.

39. En el capítulo 3 se regulan los delitos contra la vida y la salud.

40. En el capítulo 4 se regulan los delitos contra la libertad y la paz.

41. En el capítulo 6 se regulan los delitos sexuales.

42. Ampliamente vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La reincidencia...*, pp. 305 y ss.

ductas reiteradas son más dañosas socialmente que el hecho aislado ocasional⁴³. En definitiva, es aconsejable configurar el delito de violencia doméstica como un delito de hábito. Sin embargo, la definición de habitualidad del art. 153 CP no se puede mantener porque permite tener en cuenta hechos que ya fueron previamente juzgados. Este elemento debe integrarse sólo con aquellos hechos que se puedan probar durante el juicio y que no hayan sido condenados porque de lo contrario se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*.

En cuarto lugar, no se puede obviar que el art. 153 CP no ofrece protección a todos los sujetos que pueden integrar el núcleo familiar. Pese al esfuerzo del legislador por incluir en el delito de violencia doméstica todas las personas que integran la unidad familiar, se han detectado algunas ausencias importantes: las violencias ejercidas entre los hermanos o entre los hijos de los convivientes o entre unos y otros; los cuñados/as; los suegros/as; durante la relación de noviazgo; los que mantienen relaciones homosexuales; las violencias ejercidas por los empleados de los Centros asistenciales que cuidan a los menores sometidos a acogimiento o a tutela; las ejercidas por los hijos propios pero respecto al conviviente del padre o de la madre o cualquier menor que resida de manera temporal con la familia, —v. gr., un sobrino que pasa unas vacaciones, un compañero del colegio que se queda en la casa mientras sus padres están de viaje— que no mantengan una relación de parentesco o estén sometidos a tutela curatela, acogimiento o guarda de hecho. Entiendo que las carencias señaladas con relación a los sujetos activos y pasivos del delito podrían subsanarse mediante el empleo de expresiones o fórmulas más amplias, como ocurre en el resto de las legislaciones penales cercanas a nuestro entorno de cultura. Sería suficiente, a nuestro juicio, emplear expresiones como el "pertenecer al ámbito doméstico o familiar" o el "mantener una relación con una persona cercana" o "convivir en el mismo hogar". Ello no provocaría inseguridad jurídica porque se trataría de una fórmula similar a la empleada en otros preceptos del Código Penal, como por ejemplo, los delitos cometidos por facultativos —v. gr. arts. 156, 369.8.º CP—, que no precisa especificar mediante una relación exhaustiva y detallada aquellos profesionales que tienen tal consideración.

En definitiva, y teniendo presente todos los aspectos señalados, se propone de *lege ferenda* un delito de violencia doméstica con la siguiente redacción:

Quien cometa los delitos regulados en los Títulos III y VI de este Código, así como las conductas constitutivas de falta de los artículos 617, 619 y 620 ex-

cepto la injuria leve, de manera reiterada y que no haya sido previamente condenado por ellas, contra una persona cercana o que lo fue en el pasado, sometiéndola a tratos degradantes que menoscaben gravemente su integridad moral, aprovechando su situación de superioridad, su mayor facilidad para la realización del hecho o la indefensión de la víctima, será castigado con una pena de seis meses a seis años de privación de libertad.

De esta manera, se regularía un delito especial de violencia doméstica integrado por diferentes conductas —v. gr. lesiones, amenazas, coacciones— que no hubiesen sido previamente sancionadas. Este precepto, igual que el § 4a CP sueco, no consiste en castigar dos veces el mismo hecho, sino que pretende agravar la pena cuando la conducta se realiza en un contexto determinado, aprovechándose el autor de la indefensión de la víctima o de su situación de superioridad o por la facilidad para realizar el hecho. Por tanto, una conducta se puede sancionar como una lesión individual —por el delito de lesión o de amenaza— o como un hecho global que es susceptible de humillar a la víctima y que la reduce a la condición de mera cosa, pero nunca se podrá sancionarse por los dos. De lo contrario se trataría de una clara vulneración del principio *ne bis in idem*, ya que la aplicación de este precepto se rige por los principios generales. Por ello, cuando el delito de malos tratos concorra con un delito de mayor gravedad —v. gr. muerte— se deberá resolver por las reglas concursales generales. Esto es, si se produce, por ejemplo, un resultado de muerte existirá un concurso real de delitos entre los hechos que atentan a la integridad moral de la víctima y el resultado de muerte, que no estaría valorado ni en el § 4a CP sueco ni en la propuesta de *lege ferenda* presentada para el Código español. El resto de los casos se apreciará el delito de violencia doméstica, pudiéndose incluir, por ejemplo tres, cuatro o, incluso, diez agresiones, siempre que esos atentados puedan ser probados.

Se trataría de un delito pluriofensivo —atentados a la integridad física y salud física y mental, a la libertad y a la integridad moral—. De esta manera, si una persona cercana o que lo fue en el pasado es sometida de manera reiterada a lesiones, amenazas o coacciones atentándose contra su integridad moral sólo se le condenaría por un delito de violencia doméstica. Por ello, y en virtud del principio de proporcionalidad, la pena abstracta asignada por la Ley para este delito debería ser de mayor gravedad (de seis meses a seis años de privación de libertad), ya que se deben valorar todos los actos de violencia individuales cometidos en un determinado período de tiempo que provocan en la víctima un trato degradante.

43. En este sentido vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 185.