

ESTUDIO DE UNA REGULACIÓN ANUNCIADA: EL DELITO DE MALTRATO
HABITUAL

María José Benítez Jiménez

Universidad de Castilla-La Mancha

ADPCP, Vol. LII, 1999

<http://www.cienciaspenales.net>

Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual

MARÍA JOSÉ BENÍTEZ JIMÉNEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción.-II. Antecedentes legislativos y sociales del delito de malos tratos.-III. la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.-IV. El delito de maltrato habitual: 1. El bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 2.A. Acción típica. 2.B. Habitualidad. 2.C. Sujetos. 3. Tipo subjetivo. El dolo. 4. Causas de justificación de la víctima. 5. Concurso de delitos. 6. Medidas y penas en los supuestos de agresiones domésticas: 6.A. Medidas cautelares. 6.B. Penas principales. 6.B.1. En el delito de malos tratos. 6.B.2. En las faltas de malos tratos. 6.C. Penas accesorias. 6.D. Responsabilidad civil y costas procesales. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia el maltrato familiar ha estado ligado a la sociedad y ha sido la evolución de ésta la que ha permitido rechazarlo colectivamente, pues los malos tratos en el hogar no siempre han tenido la trascendencia de la que gozan en la actualidad, ya que hasta 1989 estas conductas no fueron consideradas delito por el texto punitivo de 1973. Hasta entonces la violencia doméstica permaneció camuflada entre las faltas, siendo sometido su tratamiento a modificaciones que no resolvieron el problema de una forma efectiva y contundente.

La inclusión del maltrato habitual dentro del Título dedicado a las lesiones, fue y es aún objeto de críticas, porque lo que se protege con este tipo es un bien jurídico diferente al protegido en las lesiones, lo que ha provocado que parte de la doctrina lo denomine «tipo extravagante», opción a la que me adhiero, sobre todo si se observan detenidamente las peculiaridades del delito y se concluye que las agresiones a miembros del hogar se producen sin perseguir fin alguno, sino más bien como comportamiento reactivo dirigido a la afirmación del propio poder o la compensación de la propia impotencia (1). Las conductas transgresoras, con carácter general, se basan en la obtención de un beneficio material o en la realización de un móvil explicable, pero la violencia doméstica viene a contradecir estas afirmaciones, pues su esencia consiste en agredir a sujetos que por sentido común se deberían defender.

El Código Penal de 1995 no modificó de manera notoria el artículo relativo al maltrato habitual intrafamiliar, más bien coadyuvó a que la jurisprudencia mantuviera posturas desfasadas y poco nítidas como consecuencia de la dificultad interpretativa del término «habitualidad». Éste y otros problemas, como la exclusión de la violencia psíquica del ámbito de la acción típica, han sido solucionados por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta Ley puede considerarse un hito en la regulación de los malos tratos habituales en el hogar.

Por ello se analiza el movimiento prelegislativo que dio lugar a la Reforma de 1999 en lo que a violencia en el hogar se refiere. La presión de la opinión pública y la masiva información facilitada por los medios de comunicación a partir de diciembre de 1997 no fueron el motor de este movimiento, que ya había comenzado unos meses antes, y que, en mi opinión, fomentó la importancia político-social otorgada al fenómeno de los malos tratos. Sin embargo, no cabe duda de que la reacción social fortaleció a su vez el proceso de cambio y aceleró el pulso del legislador para consolidar una nueva perspectiva en el tratamiento de la violencia doméstica.

El «nuevo» artículo 153 es sometido a examen en este estudio, pues desmenuzando su contenido se posibilita tanto el análisis objetivo del precepto como el acceso a valoraciones interpretativas personales. Las modificaciones introducidas, fundamentalmente, se refieren

(1) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., en RODRÍGUEZ RAMOS, L./ COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./ SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: *Derecho penal, Parte Especial I*, Madrid, 1996, pp. 89.

a la acción típica, a la habitualidad y a los sujetos. No obstante, la articulación de las medidas legislativas incluidas en el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica dirigidas a materializar la Reforma, no se concretan sólo al texto punitivo sino que además modifican aspectos procesales que habrá que tener en cuenta, sobre todo, a la hora de establecer las medidas cautelares aplicables a los supuestos de malos tratos en el hogar. En definitiva, la Reforma de 1999 ha venido a dar respuesta a una demanda social y doctrinal que consideraba obsoleta y técnicamente mal construida la plataforma penal-procesal encargada de proteger a las víctimas de agresiones domésticas.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y SOCIALES DEL DELITO DE MALOS TRATOS

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 20 de diciembre de 1993 la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra las Mujeres, en la que se expresaba una rotunda condena de las agresiones, sean físicas, sexuales o psicológicas, que sufre la población femenina, tanto en el ámbito de la familia como en el de la comunidad.

El Parlamento Europeo, en 1997, adoptó la resolución A4-0250/97, en la que de forma exhaustiva pedía a todos los Estados miembros la aprobación de medidas eficaces con las que poder erradicar la violencia doméstica (2). En 1998 se celebró el 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 5 señala que nadie será sometido a torturas ni a penas o a tratos degradantes. El año 1999 fue declarado año Europeo de la Violencia contra la Mujer.

Estas manifestaciones internacionales en contra de las agresiones en el hogar, determinaron, desde mi punto de vista, que en España se

(2) Esta resolución, de 16 de septiembre, trata de inaugurar una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres, sobre una especie de principio fundacional que se redacta como sigue: «Considerando que, sobre la base de los artículos 1, 3 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cualquier forma de violencia contra las mujeres que pueda suponer una amenaza para su vida, libertad o seguridad personal o que constituya una tortura o trato cruel, inhumano o degradante está en desacuerdo con la Declaración Universal y que, en consecuencia, los Estados miembros que no apliquen una política adecuada que prevenga y persiga la violencia contra las mujeres están incumpliendo sus obligaciones internacionales con arreglo a esta Declaración».

agilizara el proceso de cambio en esta materia, que ya había comenzado en nuestro país en 1989 a través del informe de 12 de mayo, emitido por las Cortes Generales en la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y los Derechos Humanos (3), y cuyas recomendaciones todavía no habían sido puestas en práctica o lo habían sido de forma deficiente.

Las fechas más importantes del anunciado cambio serían:

El 7 de marzo de 1997 se aprobaron por el Consejo de Ministros, una serie de medidas que forman parte del Tercer Plan para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, para prevenir y eliminar la violencia contra la mujer. El 11 de noviembre de ese mismo año se aprobó por unanimidad una proposición no de ley del Grupo Parlamentario Popular relativa a la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar hacia las mujeres, a la que se incorporaron dos apartados fruto de una transaccional con los grupos Socialista y Federal de Izquierda Unida. El 26 de noviembre, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo de 16 de septiembre de 1997, e impulsada por el Defensor del Pueblo, se celebró una conferencia sectorial del Código Penal sobre la violencia contra las mujeres, a la que asistieron representantes de los Ministerios de Justicia, Interior, Sanidad, y Educación y Cultura. En dicha conferencia se presentó un amplio informe y se tomó el acuerdo de elaborar un Plan de Acción a tres años, con objetivos y medidas específicas. El 18 de diciembre el Grupo Popular presentó una proposición no de ley en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer para acabar con las agresiones familiares.

El 16 de enero de 1998, en línea con el Plan de Acción, el Gobierno aprobó en el Consejo de Ministros diez medidas urgentes encargadas de promover la creación de más casas de acogida y centros de orientación y consulta, así como de servicios de atención a la mujer en comisarías de policía; además, se pretendía la instauración de juicios rápidos y la colaboración con los Colegios de abogados para crear turnos de oficio específicos para los casos de violencia en el ámbito familiar. Además se envió a los fiscales un recordatorio de la instrucción de la Fiscalía, que ya existía desde 1988, sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas. El 18 de febrero se debatió una interpelación urgente de Izquierda Unida acerca de la política a llevar a cabo para erradicar la violencia de la que son víctimas las

(3) *Vid. Boletín de las Cortes Generales - Senado*, serie I, núm. 313, de 12 de mayo de 1989.

mujeres. El 24 de febrero se presentó una moción como consecuencia de la anterior interpelación, y se aprobó la enmienda presentada por los Grupos Popular y Catalán, por la que se instaba al Gobierno, en primer lugar, a continuar desarrollando las propuestas efectuadas en la conferencia sectorial extraordinaria dedicada a la violencia contra las mujeres, que se celebró el 26 de noviembre de 1997, y, en segundo lugar, a aplicar las diez medidas contra los malos tratos a mujeres aprobadas por el Consejo de Ministros el 16 de enero.

El 3 de marzo de 1998 se presentó un avance del informe monográfico acerca de los malos tratos, las agresiones y las lesiones que sufren las mujeres dentro del ámbito doméstico. De este modo se daba respuesta a lo solicitado en la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo celebrada el 16 de septiembre de 1997, donde se instó a esta institución a que elaborara un estudio sobre el problema mencionado (4).

La justificación para iniciar esta investigación con carácter general, vino determinada en función de las competencias que la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, 3/1981, de 6 de abril y el artículo 54 de la Constitución asignan al Defensor del Pueblo. Una institución cuyo fin primordial consiste en la defensa de los derechos comprendidos en el Título I del texto constitucional, no podía permanecer impasible ante situaciones reiteradas en las que se pone en peligro la integridad de un grupo de personas y que, en muchos casos, conllevan la pérdida de la vida (5).

En la elaboración del I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado el 30 de abril de 1998, quedaron involucrados cinco Ministerios: Justicia, Interior, Educación y Cultura, Trabajo y Asuntos Sociales y Sanidad. El objetivo era, a través de un paquete de medidas educativas, penales y sociales, ayudar a resolver el problema de la violencia doméstica (6).

Dicho Plan se articuló en torno a seis grandes apartados (7):

1. Sensibilización y prevención: Con las medidas propuestas, se pretende que la sociedad tome conciencia de la gravedad del problema

(4) Vid. más ampliamente *Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas*, VI Legislatura, núm. 88, de 3 de marzo de 1998, p. 1795 ss.

(5) Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informes, estudios y documentos. La violencia doméstica contra las mujeres*, Madrid, 1998, p. 11.

(6) Vid. Crónica Parlamentaria: «Cinco Ministerios trabajan en la elaboración de un plan específico contra la violencia doméstica», en *La Ley*, 1998, (2), p. 2028.

(7) Vid. *Plan de Acción contra la Violencia Doméstica* de 30 de abril de 1998, pp. 3 y ss. Este Plan fue elaborado a tres años, habiendo sido aprobado el *II Plan de Acción contra la Violencia Doméstica* en mayo de 2001.

y que en los centros escolares, así como en los medios de comunicación, se transmita el valor de la no violencia, como método para prevenirla.

2. **Educación y formación:** Se pretende influir en los contenidos curriculares, con el fin de impartir una enseñanza en la que primen los valores de la tolerancia, el respeto, la paz y la igualdad. Por otra parte, se incluyen actuaciones para mejorar la formación de diversos grupos de profesionales en el tratamiento de los problemas derivados de los malos tratos.

3. **Recursos sociales:** Las actuaciones incluidas en el Plan, en este apartado, van dirigidas a crear una infraestructura suficiente para dar cobertura a las necesidades que puedan tener las víctimas.

4. **Sanidad:** En este apartado, se propone adoptar y difundir un protocolo sanitario, así como potenciar la sensibilización de los profesionales de la salud.

5. **Investigación:** Se pretende mejorar el conocimiento que se tiene sobre los actos de violencia doméstica.

6. **Legislación y práctica jurídica:** En este apartado se hace distinción entre las medidas legislativas, por una parte, y las medidas judiciales, por otra.

Medidas legislativas: Se contemplan propuestas de modificación de algunos artículos del Código Penal y de las leyes procedimentales.

a) Incluir en el artículo 153 del Código Penal, el castigo de la violencia habitual psíquica o plantearse otra ubicación sistemática a la vista del bien jurídico protegido.

b) Modificación del artículo 57 del Código Penal para incluir como pena accesoria la prohibición de aproximación a la víctima.

c) Reformar en el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la previsión de que «sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o sus representantes legales las faltas consistentes en malos tratos inferidos por los maridos a sus mujeres» y la excepción a la persecución de la falta del artículo 620 del Código Penal previa denuncia cuando tenga lugar contra los miembros de la familia. Asimismo, deberá suprimirse la referencia que en aquel artículo se realiza a la desobediencia de las mujeres hacia el otro cónyuge.

d) Incluir expresamente como primera diligencia, entre las medidas cautelares, el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima como medida de protección.

e) Adecuar las penas en el caso de las faltas para que tanto las multas como los arrestos de fines de semana no redunden en perjuicio de la propia víctima afectando su economía.

Medidas Judiciales: Son medidas dirigidas a agilizar y mejorar los procedimientos judiciales; desarrollar programas de formación continua de fiscales especializados en el tema; solicitar del Ministerio Fiscal una posición más decidida en la búsqueda de pruebas y en el seguimiento de la ejecución de las sentencias; establecer un programa informático para que, en los juzgados y tribunales, se puedan obtener datos sobre antecedentes de otras denuncias; elaborar un protocolo (8) de colaboración y coordinación en las distintas instancias implicadas (sanitarias, policiales, judiciales y asistenciales); instar a la Fiscalía General del Estado a que, en su memoria anual, incluya un apartado específico sobre la violencia contra las mujeres; incrementar las plantillas de médicos y médicas forenses y mejorar la asistencia jurídica de las víctimas de malos tratos.

Respecto a las medidas legislativas, el 19 de junio de 1998, el Consejo General del Poder Judicial propuso una serie de actuaciones en su «Informe sobre modificaciones legislativas necesarias para evitar la existencia de malos tratos en el ámbito familiar». El 28 de septiembre de 1998 tuvo entrada en el Registro General del Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (9). En sesión de 16 de octubre, la Comisión aprobó el informe correspondiente y acordó su elevación al Pleno para su aprobación definitiva (10). El 13 de noviembre, el Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado por el Consejo de Ministros.

Con relación a las medidas judiciales, el 24 de octubre, se publicó la Circular 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Esta circular, en su apartado VI D trata los aspectos organizativos en las Fiscalías (11).

(8) Así, en Castilla-La Mancha, el 20 de abril de 1999, se firmó el *Protocolo de Actuación para la persecución de infracciones penales de malos tratos en el ámbito familiar*.

(9) El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos y de dos artículos. Se hace acompañar a su vez de una Memoria Económica y de una Memoria Justificativa, a la que se adjunta copia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril por el que se aprueba el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica.

(10) *Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pp. 1 y 2.

(11) *Vid.*, más ampliamente, «Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar», en *Circulares y Consultas de la Fiscalía General del Estado*

Como consecuencia de avatares parlamentarios, hasta el 9 de junio de 1999 la Ley Orgánica 14/1999, modificadora del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no vio la luz. El I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica fue el punto de inicio de los cambios legislativos en esta materia, y antes de éste lo fueron las peticiones de los partidos políticos que presionaron para que el Defensor del Pueblo otorgara a las relaciones violentas dentro del hogar una consideración de primera clase.

El «boom» de la violencia doméstica, transmitido por los medios de comunicación, fue *a posteriori*, pues a finales de 1997, con la muerte de Ana Orantes (12), se desencadenó una serie de noticias sobre agresiones a mujeres por sus cónyuges (13), pero esta manifestación era la consecuencia, y no la causa, de que diversos aspectos en la regulación legislativa e institucional de los malos tratos familiares habían comenzado a modificarse. Sin duda el peso de la opinión pública coadyuvó a que se produjera la sensibilización social necesaria para que se pudiera captar la importancia de la materia objeto de estudio, pudiéndose conocer todos los días supuestos que hacían patente una realidad nada prometedoras en lo que a relaciones familiares se refiere, necesitada de un tratamiento jurídico y asistencial distinto del que hasta ese momento existía.

III. LA LEY ORGÁNICA 14/1999, DE 9 DE JUNIO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995, EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE MALOS TRATOS, Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La articulación de las medidas legislativas incluidas en el I Plan de Acción contra la violencia doméstica, y encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se concreta, en lo que se refiere al primer texto, en la modificación de los

(*Boletín de Información*), suplemento al núm. 1814, de 15 de marzo de 1999, pp. 18 ss.; *Vid.* también la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, pp. 305 ss.; la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1999, pp. 307 y 308; y la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2000, pp. 306 ss.

(12) *Vid. El País*, 19 de diciembre de 1997.

(13) La campaña de maltrato familiar focalizó su objetivo en la figura de la mujer, ensombreciendo a otros miembros del hogar igualmente vulnerables. Hay que indicar que actualmente este hecho ha perdido vigencia, pues los menores y los ancianos también han pasado a primera plana como posibles víctimas de maltrato en la familia.

artículos 33, 39, 48, 57, 153, 617 y 620, y en lo que respecta al segundo, en la modificación de los artículos 13, 14, 103, 104, 109, 448 y 544 bis.

De este modo, en el ámbito penal, se modifica el tipo delictivo de malos tratos habituales y también las penas accesorias aplicables a quienes agredan habitualmente a miembros de su hogar. Las modificaciones realizadas en el ámbito procesal serán analizadas con menor detenimiento en este estudio, si bien, han de ser tenidas en cuenta por su interrelación con aspectos penales y por su importancia en la regulación y tratamiento de la violencia doméstica.

IV. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL

El artículo 153 del Código Penal, tras la modificación sufrida por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, establece:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, 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 introducidas, fundamentalmente, se refieren a la acción típica, a la habitualidad y a los sujetos. Con relación a la acción típica hay que indicar que se incluyen las violencias psíquicas como conductas punibles. Respecto al elemento objetivo de la habitualidad, lo novedoso es la definición del término, recogida en el último párrafo del precepto. Con la Reforma del Código Penal, en el círculo de sujetos pasivos quedan comprendidos los ex-cónyuges y ex-convivientes.

1. El bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico en el delito de violencia habitual en el hogar no es tarea sencilla. A pesar de su constante inclusión en el Título III del Libro II del Código Penal bajo la rúbrica «De las lesiones», plantea dudas lo acertado o no de esta decisión del legislador, pues la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo alguno y la concurrencia de lesiones obliga a aplicar el correspondiente concurso de delitos (14). La polémica llovida sobre la materia se ha visto reavivada como consecuencia de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que modifica el Código Penal, incluyendo la violencias psíquicas dentro de las conductas penadas en el artículo 153.

El legislador de 1999 ya no puede escudarse en la precipitación de la configuración del delito ni en la carencia de otras opciones clasificatorias como ocurriera en 1989, ni inclinarse por la dejadez y falta de claridad que caracterizó, con relación a estos comportamientos, al legislador de 1995, pues a todas luces la correcta ubicación del precepto está en tela de juicio y la concreta delimitación del bien jurídico en tierra de nadie.

La interconexión del delito objeto de análisis con otras figuras delictivas es patente. En el Código Penal existen una pluralidad de tipos delictivos o de falta que pueden ser reconducidos al concepto superior de malos tratos, pero que abarcan sólo espacios sectoriales, fragmentarios de los malos tratos (15).

Con anterioridad a la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, existían diversas opiniones respecto al bien jurídico concreto que se protegía a través del delito de malos tratos, pero con posterioridad a ésta y como consecuencia de la inclusión de la violencia psíquica como acción penada por el artículo 153, se han tambaleado las argumentaciones existentes acerca del bien jurídico protegido en este precepto. Su delimitación es una pieza clave para la determinación penal, pues no pueden pasar a formar parte del texto punitivo comportamientos que no lesionen bienes jurídicos concretos.

Gran parte de la doctrina considera que, al igual que en las lesiones, la salud es el bien jurídico protegido por el delito de violencias

(14) *Vid.*, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995, V. I*, Valencia, 1996, p. 801 y CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia habitual en el ámbito familiar», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1998, pp. 632 ss.

(15) *Cf.* GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al Código Penal Parte Especial I*, Valencia, 1997, p. 417.

habituales en el hogar (16). Otros autores se decantan por atribuir al bien jurídico protegido en el delito de agresiones intrafamiliares un carácter mixto (17). Para este sector doctrinal sería objeto de tutela tanto la salud como la pacífica convivencia en el seno del grupo familiar (18).

Acale Sánchez postula la idea de que el único objeto de protección del modificado artículo 153 son las relaciones familiares (19). Me parece novedosa la interpretación de esta autora, pues establece que lo que se protege en las faltas de los artículos 617.2.2.º y 620.2.º del Código Penal es la faceta individual del bien jurídico y en el delito de malos tratos su faceta colectiva (20).

(16) Entre otros CARRACEDO BULLIDO, R., en CERRILLOS VALLEDOR (Coord.) *Familia y Violencia: enfoque jurídico*, Madrid, 1999, p. 107; GARCÍA ÁLVAREZ, P./ DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, p. 27; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 12.ª Ed., Valencia, 1999, p. 121; GRACIA MARTÍN, L., en Díez Ripollés, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 423; LANDECHO VELASCO, C./ MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª Ed., Madrid, 1996, pp. 80 y 81; CUADRADO RUIZ, M. A./ REQUEJO, C., «El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal», en *La Ley*, 2000 (4), pp. 1561 y 1562; y MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (Coords.) *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1525.

(17) Entre ellos, 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*, 1999 (3), p. 2026; CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación», en *La Ley*, 1991 (4), p. 1185; RUIZ VADILLO, E., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Tomo II, Madrid, 1997, p. 1924; y GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, J. F./ FRIGOLA VALLINA, J., «La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica», en *Actualidad Penal*, núm. 16, 1999, p. 358.

(18) Cfr. RUIZ VADILLO, E., «Las violencias físicas en el hogar», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 326, 1998, p. 2, quien señala: «la intimidación familiar se transforma patológicamente, a veces, en una especie de santuario exento de todo control por el respeto reverencial que el hogar familiar merece (...) pero en ocasiones se pasa la barrera de lo inadmisibles».

(19) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar», en LÓPEZ ARMINIO, M. J. (Coord.) *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer. V Seminario de estudios jurídicos y criminológicos*, Jerez de la Frontera, 1999, p. 84. En contra, TUBAU MARTÍNEZ, O., «Derechos y deberes familiares. El delito de abandono de familia», en LATORRE LATORRE, V. (Coord.) *Mujer y Derecho Penal*, Valencia, 1995, p. 115 y TAMARIT SUMALLA, J. M., «La protección del menor en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 494 y 495.

(20) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 134 y 135.

Otro sector doctrinal defiende que estamos ante un delito pluriofensivo. Así, Carbonell Mateu y González Cussac sugieren que el bien jurídico protegido por el tipo que se analiza podría ser la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, mencionando también el honor, e incluso la salud (21); Pérez Alonso, advierte que lo que se protege en la falta de malos tratos no es otra cosa que la dignidad, pero en la medida en que ésta es presupuesto de ejercicio de la libertad (22); Cervelló Donderis, considera que los bienes jurídicos prevalentes son la integridad corporal y la dignidad (23); González Rus, para quien la dignidad, la seguridad, el equilibrio físico y psíquico, y el bienestar de los miembros del hogar, son los bienes jurídicos objetos de protección (24); y también se puede incluir en esta corriente doctrinal a Berdugo, al plantear que los malos tratos afectan al bienestar y al honor (25).

La tesis del delito pluriofensivo es desaprobada por la doctrina general relativa a esta categoría de delitos, pues, como subraya acertadamente Gracia Martín, lo injusto específico de los mismos sólo queda constituido si en el caso se produce una afección o peligro de afección simultánea o cumulativa de todos y cada uno de los bienes jurídicos implicados (26).

Otra línea de investigación se pronuncia a favor de considerar la dignidad como bien jurídico protegido en el delito de malos tratos. Esta postura es la mantenida por López Garrido y García Arán, que argumentan que las agresiones en el hogar representan supuestos de abuso de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, lo que permite entenderlas como lesivas de la dignidad humana (27).

(21) Vid. CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Comentarios al Código Penal...*, ob. cit., p. 801; los mismos autores, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Derecho Penal, Parte Especial*, 1999, Valencia, p. 140.

(22) Vid. PÉREZ ALONSO, E. J., «El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 627 ss.

(23) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección», en *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, p. 53.

(24) Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Las lesiones», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Madrid, 1996, p. 169. Vid. en el mismo sentido, el segundo fundamento de Derecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª), de 7 de septiembre de 1998.

(25) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 27; el mismo autor en BERDUGO GÓMEZ DE TORRE, I./ GARCÍA ARÁN, M., en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.) *La Reforma penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 78.

(26) Vid. GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO, COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 422.

(27) Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 95.

Si bien entiendo, con Gracia Martín, que esta tesis debe ser matizada por el carácter totalizador del que goza la dignidad humana, pues se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos individuales (art. 10 CE) (28), estimo correcta la posición de Tamarit Sumalla, que afronta la idea de que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales es la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15 CE) como manifestación del principio de dignidad humana, sin perjuicio de su vinculación al espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal (29).

Cuenca García también respalda el postulado anterior, afirmando que: «Siendo la dignidad humana el valor al que se remiten en último término muchos bienes jurídicos individuales de naturaleza personalísima como, incluso la integridad física, no debe ignorarse que ésta recibe tutela constitucional junto a la “integridad moral” que ha sido incorporada como bien jurídico específicamente protegido por el Código Penal de 1995» (30).

De este modo, considero que la inclusión de la violencia psíquica en el tipo, por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, ha supuesto un cambio sustancial respecto a las violencias habituales en el hogar (31),

(28) Vid. GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 419. En el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», en LATORRE LATORRE, V. (Coord.) *Mujer y...*, ob. cit., p. 164; MUÑAGORRI LAGUÍA, I., «Las violencias en el ámbito familiar», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1994, p. 633; y MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia...», ob. cit., p. 1528.

(29) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), VALLE MUÑOZ, J. M. (Coord.) *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 745. En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Granada, 2001, pp. 186 ss., quien afirma que el delito de violencia familiar pretende castigar el trato degradante infligido al familiar.

(30) Cfr. CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia habitual en el ámbito...», ob. cit., p. 636. La tesis mantenida por Barquín Sanz sobre la tendencia a confundir los conceptos «derecho fundamental» (derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes) con «bien jurídico» a la hora de establecer el objeto de protección en los delitos de tortura y maltrato, queda derrocada, pues con la inclusión en el CP de 1995 de la integridad moral como bien jurídico protegido en el artículo 173, queda delimitada la línea de separación entre ambos conceptos. Vid. BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992, pp. 222 y 223.

(31) En contra MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*, ob. cit., p. 122, quien afirma: «...la reforma no plantea ningún problema especial en el plano teórico...».

tanto es así que, en mi opinión, se ha puesto de manifiesto la verdadera esencia del tipo. La ubicación del precepto es inidónea, ya que si el bien jurídico protegido es la integridad moral y en el Título VII del Libro II se regulan las torturas y otros delitos contra la integridad moral, es lógico proponer su inclusión en este Título, quedando fuera del Título III del Libro II referente a lesiones.

Las características del delito, tomando como referencia no sólo el Derecho Penal sino también la Criminología, aproximan la violencia habitual en el hogar a la tortura, pues la relación que se produce entre los sujetos del núcleo familiar no es otra que la de poder, generándose relaciones fácticas de subordinación que se materializan en las agresiones. El Título VII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», regula, desde 1995 no sólo abusos de poder por parte de los funcionarios (32) sino también por particulares, como pone de manifiesto el artículo 173 (33), abriéndose así la puerta a una correcta ubicación de los malos tratos habituales en el ámbito doméstico.

En consonancia con lo mantenido, me gustaría apuntar una reflexión respecto al bien jurídico protegido postulado en este estudio y su compatibilidad con el hecho de que la acción típica pueda producirse aunque las violencias vayan dirigidas a diversos miembros del hogar. Para algunos autores (34) el carácter del bien jurídico protegido en el delito de maltrato doméstico es colectivo, pues el hecho de que los sujetos sean intercambiables le hace perder su faceta personal. Desde mi punto de vista, el bien jurídico protegido es individual, porque aunque las agresiones se inflijan hacia diversos miembros de la familia, lo que se produce es el menoscabo de la integridad moral de cada uno de ellos.

(32) El antiguo artículo 204 bis del Código Penal de 1973, en su redacción dada por la Ley 31/1978 de 17 de julio, preveía las conductas abusivas por parte de la autoridad o funcionario público. En su párrafo segundo se remitía a la falta de maltrato, amenazas, coacciones, injurias y vejaciones, señalando: «Si (...) ejecutaren algunos de los actos penados en el artículo 582.2.º el hecho se reputará delito (...). Cuando los actos ejecutados sean algunos de los previstos en el artículo 585, el hecho se reputará igualmente delito...». En la actualidad esta materia se regula en los artículos 174 y siguientes.

(33) «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».

(34) Entre ellos, *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, ob. cit., p. 135 ss., para quien en el delito de maltrato habitual se protege la faceta colectiva del bien jurídico «relaciones familiares».

2. Tipo objetivo

2.A. ACCIÓN TÍPICA

A través de la Reforma de 1999 se han modificado dos aspectos esenciales respecto a la conducta típica del artículo 153 del Código Penal. El primero hace referencia a la inclusión de la violencia psíquica como acción penada por la ley y el segundo a la definición de habitualidad contenida en el último párrafo del precepto (35).

La acción típica del delito es ejercer violencia física o psíquica de modo habitual sobre alguna o algunas de las personas contenidas en el tipo. El verbo que describe la conducta, según la Real Academia Española de la Lengua, tiene dos acepciones:

1. Practicar los actos propios de un oficio o facultad.
2. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo.

El ejercicio profesional nada tiene que ver con el ejercicio de violencias sobre miembros del núcleo familiar. Respecto a tener «facultades sobre algo», hay que señalar que entre las causas que eximen de responsabilidad criminal se encuentra «el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (artículo 19.7.º del Código Penal), que enlaza con el derecho de corrección paterna. Es probable que la elección del verbo ejercer (habitualmente) para describir la acción típica del delito de maltrato intrafamiliar, se debiera, en un principio, a su conexión con la idea de extralimitarse en las agresiones sobre sujetos sometidos a la patria potestad. Parece que el precepto prohíbe actos que antes estaban socialmente legitimados.

La segunda acepción del término casa mejor con el significado «objetivo» del artículo 153 relativo a violencias habituales, pero no por ello me parece apto para definir la conducta típica. «Ejercer... sobre» deja translucir connotaciones potestativas, esto es, conlleva una presunción de dominio por el sujeto que realiza la acción. Ésta es una característica de las relaciones asimétricas de poder, y todavía más de las que lo son de carácter permanente, como es el caso de las que se producen en la familia.

Así pues, el verbo que define la acción del delito de violencia en el hogar es inapropiado a todas luces y está sesgado por su carga histórica. Nada se dijo al respecto en el debate parlamentario de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de modificación del Código Penal,

(35) *Vid. infra* IV.2.B.

introdutora del delito de malos tratos habituales en el hogar. No es comprensible que el legislador en 1995 y en 1999 haya dejado intacto el término y no lo haya sustituido por «hacer uso», «emplear», «utilizar», o «someter», en definitiva por verbos más acordes con la descripción de la acción típica.

El delito de maltrato habitual puede producirse a través de agresiones físicas o psíquicas. Nada especifica el precepto respecto a la gravedad objetiva del comportamiento, pero como la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo alguno cabe entender que las agresiones leves también podrán conformar la habitualidad. De acuerdo con la teoría más generalizada, si pueden existir malos tratos psíquicos independientes de cualquier lesión física, en el caso de los malos tratos físicos éstos llevan inherente un maltrato psíquico. En consecuencia sería más objetivo hablar de malos tratos psicofísicos y psíquicos.

A) *Malos tratos psicofísicos: En esta clase de malos tratos se incluyen las agresiones fruto del ejercicio de violencia corporal y de violencia sexual*

1) **Violencia corporal:**

La violencia corporal relevante requiere en todo caso, y como mínimo, que se produzca algún impacto en el cuerpo del sujeto pasivo (36), identificándose, en principio, con la denominada *vis corporis corpori afflicta* o *vis atrox* y quedando incluida la *vis física compulsiva* que se caracteriza por el ejercicio de algún tipo de violencia física, pero con la amenaza de intensificarla (37).

Sin embargo, comparto con Gracia Martín el planteamiento de que el concepto de *vis corporis corpori afflicta*, no debe llevarse hasta sus últimas consecuencias, pues para calificar un acto como de violencia física no debe exigirse una aplicación directa de la fuerza corporal del

(36) *Vid.*, entre otros, CUELLO CONTRERAS, J., «El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad», en *Poder Judicial*, núm. 32, 1993, p. 12; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar», en COBO DEL ROSAL (Dir.), BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.) *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XIV, vol. 1.º, Madrid, 1992, p. 372; el mismo autor en «Violencias y malos tratos...», *ob. cit.*, p. 161.

(37) *Vid.* al respecto, y en relación con el delito de coacciones, MIRA BENAVENT, J., «El concepto de violencia en el delito de coacciones», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pp. 149 ss.; *Vid.* también HRUSCHKA, J., «La coacción en el sistema del Derecho penal», en *Actualidad Penal*, 2000 (1), p. 56, quien analiza la *vis absoluta*, *vis atrox* y la compara con la *vis compulsiva*.

autor, y por él mismo de propia mano, sobre el cuerpo del agredido (38). Así, la utilización de instrumentos por parte del agresor para ejercer la violencia física, queda incluida dentro de los actos típicos.

2) Violencia sexual:

Los malos tratos sexuales como tales no vienen regulados en el Código Penal, pero nada impide, en principio, castigar estas conductas conforme a lo preceptuado en los delitos contra la libertad sexual.

El artículo 178 del texto punitivo regula la agresiones sexuales, caracterizadas por atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, y el artículo 179 castiga estos comportamientos cuando consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o exista introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Se recoge en este precepto el delito de violación, término desaparecido en el Código Penal de 1995 y recuperado por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.

Tradicionalmente, dentro del ámbito social y de la concepción penal, una mujer no podía ser violada por su esposo, ya que la figura de la violación excluía, implícita o explícitamente, la realizada por tal sujeto (39). En la actualidad ya no existen dudas de que cualquier persona, con independencia de su estado civil en relación con el sujeto activo, puede ser sujeto pasivo de tal delito (40).

Sin embargo, cabe resolver unas cuestiones algo controvertidas: tras la Reforma de junio de 1999, ¿la violencia sexual concurre en el cómputo de la habitualidad?; y por otro lado, ¿puede integrarse el delito de violencia en el núcleo familiar exclusivamente por agresiones sexuales?

La respuesta a ambos interrogantes es negativa, y esta realidad me parece criticable. El artículo 153 del Código Penal nada especifica acerca del maltrato sexual, y por tanto, *a priori*, parece que su regulación queda remitida tácitamente al Título VIII del Libro II del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, quedando la habitualidad fuera del marco regulador de estas conductas (41).

(38) Cfr. GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 453.

(39) Cfr. más ampliamente, SAN MARTÍN LARRINOA, M. B., «La violación en el matrimonio», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, p. 499.

(40) *Vid.*, en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte Especial...*, ob. cit., p. 203.

(41) En este sentido, *Vid.* Sentencia de 8 de junio de 1995 de la Audiencia Provincial de Orense y STS de 3 de noviembre de 1999.

B) *Malos tratos psíquicos: En esta clase de malos tratos se incluyen las agresiones fruto del ejercicio de violencia psíquica y de abuso sexual*

1) **Violencia psíquica:**

La violencia psíquica es la «nueva adquisición» del precepto regulador de los malos tratos habituales en el núcleo familiar. Se puede entender por violencia psíquica aquella conducta que agrede la psiquis del sujeto pasivo, ya sea de forma directa o como consecuencia de una agresión anterior.

Respecto a la inclusión del concepto de violencia psíquica en el artículo 153 del Código Penal, me parece necesario matizar dos cuestiones:

1.^ª La primera es de carácter formal. En mi opinión habría sido mejor incluir el término «psicológica» en vez de «psíquica», o los dos, porque el primero ofrece menos problemas de aplicación práctica. Si hablamos de violencia «psíquica», quienes estarán capacitados para la realización de peritajes, que posteriormente servirán como prueba en juicio, serán los psiquiatras y no los psicólogos, cuando por todos es conocido que por regla general la mayoría de las víctimas de maltrato no adolecen de enfermedades mentales sino de secuelas psicológicas por la situación vivida, siendo más fácilmente «observables» por psicólogos que por psiquiatras.

2.^ª La segunda pincelada aclarativa se refiere a aspectos de contenido. Desde mi punto de vista, la violencia psíquica contenida en el artículo 153 se diferencia sustancialmente de las agresiones que pueden lesionar la salud mental a las que se refiere el artículo 147 relativo a lesiones. Violencia psíquica y lesión psíquica son términos que hacen referencia a dos realidades distintas, ya que la primera puede existir por sí misma, sin necesidad de que exista previamente una violencia física ejercida. Así, un sujeto pasivo puede ser exclusivamente violentado psíquicamente, sin embargo en el delito de lesiones la letra de la ley parece dar a entender que el ataque a la salud mental se produce como consecuencia de la agresión a la integridad física (42).

En mi opinión, y siguiendo a Díez Ripollés, integridad y salud son dos caras de una misma moneda, pero no conforman un solo concep-

(42) En contra Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997, p. 44, para quien «la ausencia de proyección corporal de la agresión, no empee, en modo alguno, la posible comisión de un delito de lesiones».

to (43), de este modo si el artículo 147 señala: «... una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental...» no puede entenderse incluida la «integridad psíquica o mental» que sería lo más cercano a la integridad moral, pero aunque se previera expresamente por la ley, es evidente que la integridad moral engloba tanto la física como la psíquica.

La importancia de la inclusión de la violencia psíquica en el actual artículo 153 es decisiva, no sólo porque hasta este momento no podían considerarse delito de maltrato en el hogar las conductas habituales que consistieran en agredir psíquicamente a un miembro del núcleo familiar por no tener encaje en el mentado precepto penal, sino porque con la previsión se posibilita el hecho de que las violencias psíquicas y físicas conformen conjuntamente el requisito de la habitualidad.

La demanda doctrinal (44), política y social (45), provocó que la Ley 14/1999, de 9 de junio, accediera a la inclusión de la violencia psi-

(43) Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de...*, ob. cit., p. 25. En contra de esta postura Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial...*, ob. cit., p. 107; GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Madrid, 1992, pp. 37 y 38; y RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves y provisionales consideraciones sobre la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley de 21 de junio de 1989», en *Actualidad Penal*, 1990 (1), p. 10.

(44) Vid., entre otros, CUELLO CONTRERAS, J., «El delito...», ob. cit., p. 32; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., pág. 370; DE VEGA RUIZ, J. A., *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Pamplona, 1999, p. 170; RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves y...», ob. cit., p. 24; CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo...», ob. cit., p. 1186 y TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Agresiones a la mujer desde la perspectiva jurídico-forense: aspectos jurídicos», en LÓPEZ ARMINIO, M. J. (Coord.) *Tratamiento penal...*, ob. cit., p. 115. En contra de esta postura, Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma penal en materia de protección de las víctimas de maltraments», en *La Llei de Catalunya*, núm. 262, 1999, p. 1, quien se muestra crítico con la inclusión de la violencia psíquica como conducta penada en el artículo 153; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, 2000, p. 529, que considera peligrosa la incorporación del maltrato psíquico por las situaciones de gran amplitud punitiva que ello puede originar; CUADRADO RUIZ, M. A./ REQUEJO, C., «El delito...», ob. cit., p. 1562, quienes opinan que la idea del legislador de tipificar la violencia familiar de carácter psicológico en el artículo 153 es más que dudosa, pues ello desborda la necesidad real de protección que puede dispensar el Derecho penal; y CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica desde la perspectiva del bien jurídico», en *Revista Penal*, núm. 6, 2000, pp. 22 ss., para quien es objetable la equiparación de las violencias físicas y psíquicas porque supone castigar de igual manera conductas que, individualmente consideradas, merecen desigual reproche en atención a su gravedad.

(45) El Plan de Acción contra la Violencia Doméstica 1998-2000 planteó como medida legislativa «incluir en el artículo 153 del CP, el castigo de la violencia habitual psíquica».

quica como alternativa y acumulada a la física. Considero que esta meritada previsión facilita la aplicación del tipo y lo nutre de entidad y coherencia.

2) Abuso sexual:

En los artículos 181 y siguientes del Código Penal se regulan los abusos sexuales, conductas que excluyen de su tipicidad la violencia o la intimidación. Es ésta la razón por la que me ha parecido oportuno incluirlos dentro de los malos tratos psíquicos, pues si queda fuera de su ámbito la ejecución violenta o intimidatoria y el artículo 153 del texto punitivo exige el «ejercer violencia», los abusos sexuales sólo podrían tener encaje en el marco del delito de maltrato habitual a través de las secuelas psíquicas producidas como consecuencia del abuso.

Los abusos sexuales entendidos como malos tratos no vienen recogidos en el Código Penal, y la jurisprudencia no tiene en cuenta la habitualidad para calificar simultáneamente los diversos abusos como maltrato (46).

Retomando la conducta típica, con carácter general, del artículo regulador de agresiones en el hogar perpetradas con habitualidad, hay que señalar que es interesante cuestionar si nos encontramos ante un delito de resultado o de mera actividad. Para un sector de la doctrina (47) el delito de malos tratos habituales no exige resultado material, pues no requiere un menoscabo en la salud o integridad. Por el contrario, para otro sector doctrinal el tipo que se analiza no es de simple actividad en cuanto que no basta con el ejercicio de violencias, sino que se exige la producción de un efecto sobre el cuerpo humano (48).

En la práctica el tipo a analizar no se puede encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, aunque, en mi opinión, dogmáticamente es más acertada la clasificación dentro de los delitos de actividad por dos razones:

(46) En este sentido, *Vid.* Sentencias de 9 de marzo de 1998 de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 25 de febrero de 1999 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 11 de octubre de 1999 del TS y de 10 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Madrid.

(47) En este sentido, *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito...», *ob. cit.*, pp. 56 y 57; TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona, 1990, p. 178; el mismo autor en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), VALLE MUÑIZ (Coord.) *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 649; y ARROYO URIETA, G/ CAVA VALENCIANO, C., «La Reforma de las lesiones de 1989», en *La Ley*, 1992 (1), p. 959.

(48) *Vid.* CUELLO CONTRERAS, J., «El delito de violencia...», *ob. cit.*, p. 11 y ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, *ob. cit.*, p. 96.

1. Porque el verbo «ejercer», definidor de la acción típica, tiene una connotación eminentemente activa (49), y aunque a mi juicio es inapropiado, quizás la intención del legislador fuera constituir un delito de actividad.

2. Porque la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo alguno. En efecto, todo delito tiene un resultado, pero en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo.

Si se parte de la base de que estamos ante un delito de simple actividad, se excluye, según la letra de la ley, la comisión por omisión, ya que en el artículo 11 del Código Penal se regula la comisión por omisión exclusivamente de los delitos de resultado. La doctrina mayoritaria considera que la comisión por omisión en el delito de malos tratos no es posible (50). Sin embargo, para un sector jurisprudencial, no es tan descabellado apuntar la posibilidad de la comisión por omisión en el delito de violencias habituales, siempre y cuando se produzcan lesiones, pues realmente el consentimiento en el maltrato es el paso previo al resultado lesivo.

En este sentido, la STS de 20 de diciembre de 1993, condenó por un delito de lesiones y otro de malos tratos a la madre de un niño de 16 meses que consintió que su compañero sentimental infligiera agresiones a su hijo, produciéndole anomalías psicoafectivas e inmadurez evolutiva. Del mismo modo, las Sentencias de 5 de noviembre de 1997, de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, y de 26 de junio de 2000 del Tribunal Supremo, admiten expresamente los malos tratos en comisión por omisión cuando el progenitor, estando presente en los hechos constitutivos de maltrato del otro progenitor, no hace nada para evitarlos (51).

(49) Al respecto, Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., p. 372.

(50) Así, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 178; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de...», ob. cit., p. 372; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de...», ob. cit., p. 56; CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia habitual...», ob. cit., p. 649; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de...*, ob. cit., p. 99; y CUELLO CONTRERAS, J., «El delito...», ob. cit., p. 12. En contra de esta postura, Memoria de la FGE, 2000, ob. cit., p. 311, que mantiene que el maltrato habitual se integra por un conjunto de acciones u omisiones de violencia física o psíquica; y GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 465, quien opina que sí se pueden admitir formas omisivas en el tipo que analizamos si entendemos que «no impedir la violencia conscientemente, pudiendo hacerlo» es otra forma de violentar al sujeto pasivo.

(51) En sentido contrario, Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de febrero de 1999 y la STS de 19 de mayo de 2000.

En un análisis literal de la letra de la ley es fácil advertir que los malos tratos habituales se pueden producir sin resultado lesivo alguno y que la gravedad objetiva de las agresiones no influye en la consumación del delito. Sin embargo si nos trasladamos del plano legal al real, es evidente que el juzgador percibe que si se evita la habitualidad en el maltrato se evita no sólo el delito de violencias habituales sino también las lesiones que éste conlleva, y quizás sea por esta razón por la que algunos intérpretes de la ley consideran que el «consentidor» de unas agresiones continuadas en el hogar es responsable no sólo del resultado sino también del artículo 153 del Código Penal. En mi opinión, el delito de maltrato habitual es un delito de actividad, que más que de «simple» se puede tildar de «compleja» por las cuestiones tan controvertidas que conlleva en lo que a la comisión por omisión se refiere.

Para finalizar con la conducta típica me gustaría plantear dos interrogantes: ¿Es factible el delito de maltrato en la familia infligido con habitualidad sin la concurrencia de lesiones?, y en todo caso, ¿sería conforme a Derecho penar del mismo modo la habitualidad de unas agresiones sin resultado de lesión que la continuidad de unas agresiones con resultado lesivo? Considero que la dinámica propia de la problemática de la violencia en el hogar impide que el primer supuesto se produzca, aunque en el plano dogmático se recoja. Respecto al segundo interrogante la respuesta también es negativa, pero no porque la teoría no lo prevea sino debido a la inviabilidad práctica del primer supuesto.

2.B. HABITUALIDAD

El concepto de habitualidad aparece en el tipo delictivo como elemento esencial y diferenciador de la conducta punible. A pesar de ser un concepto resbaladizo, otorga a los malos tratos en el hogar la calidad de delito, y se integra como uno de los elementos objetivos del injusto (52), pues califica a la acción y no al sujeto (53). La interpretación de «habitual» no está exenta de polémica (54), ya que introduce un factor de gran imprecisión el hecho de conocer cuándo la violencia alcanza tal carácter.

(52) En contra GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...* ob. cit., p. 456, para quien la habitualidad es un elemento subjetivo del injusto, ya que el delito de violencias físicas habituales, para este autor, es un delito de hábito, y los actos individuales de malos tratos que conforman la habitualidad son atípicos.

(53) Vid. «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre...», ob. cit., p. 10.

(54) Vid. MAGRO SERVET, V., «La sociedad española ante el reto de la mujer maltratada», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 364, 1998.

El término «habitualidad» del artículo 153 del Código Penal es un concepto «fáctico», distinto del de reincidencia (55), contenido en el artículo 22.8.º del texto punitivo, que exige que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título. Tampoco coincide con el concepto legal de reos habituales que fija el artículo 94, pues éste opera a los solos efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras (56).

La Reforma de 9 de junio de 1999 incluye un párrafo en el precepto de malos tratos familiares para facilitar la labor del juzgador a la hora de apreciar la habitualidad, teniendo que atender éste «*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*».

Ya en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideraba como oportuno el criterio naturalístico o fáctico y se desechaba el jurídico de multirreincidencia, entendiéndose por habitualidad la repetición de actos de la misma naturaleza (57), siempre que tales conductas reunieran las condiciones de cuantificación numérica y proximidad (58). Para evitar situaciones de desigualdad la mayoría de la doctrina acepta la interpretación jurisprudencial.

(55) Así opina la mayoría de la doctrina y jurisprudencia. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ GARCÍA ARÁN, M., en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.) *La Reforma...*, ob. cit., pp. 105 y 106; GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección...*, ob. cit., p. 111; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de malos tratos...», ob. cit., p. 57; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., p. 372; TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 179; SOLÉ RIERA, J./ LARRAURI PUJAN, E., «Violencia doméstica y situación de la víctima», en *Mujeres*, núm. 8, 1999. Y en la Jurisprudencia, *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1992, 25 de abril de 1994, y 22 de diciembre de 1995.

(56) *Vid.*, entre otros, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) JORGE BARREIRO, A. (Coord), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 440; RUIZ VADILLO, E., «Las violencias...», ob. cit., p. 3; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comentario al...», ob. cit., p. 745; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte E.*, ob. cit., p. 122; y LÓPEZ GARRIDO D./ GARCÍA ARÁN M., *El Código...*, ob. cit., p. 95. *Vid.* también «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre...», ob. cit., p. 10.

(57) Con la inclusión de las violencias psíquicas como acción típica, la identidad de contenido de los actos ha dejado de ser necesaria.

(58) *Vid.* «Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 218.

dencial del término habitualidad, desarrollado respecto al delito de receptación, de exigir la realización de al menos tres actos de violencia en relación con los sujetos a los que alude el tipo (59). Así lo ha admitido también expresamente la Circular 1/1998 de la Fiscalía General de Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, que dispone que para poderse hablar de habitualidad en los malos tratos, el sujeto activo ha de llevar a cabo «tres o más actos» (60).

Entre los autores que se manifiestan críticamente frente a la exigencia de que sean tres o más las agresiones acreditadas se hallan Cuenca García (61); Ruiz Vadillo, quien apuesta por un concepto de habitualidad criminológico-social (62); Muñoz Conde, que señala que para apreciar la habitualidad «no se requiere un mínimo de actos de violencia» (63); Cuello Contreras, para quien las especulaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el número de ocasiones en que se han producido las violencias está fuera de lugar, ya que lo que importa es que el juez llegue al convencimiento fundado de que la víctima vive en estado de agresión permanente (64); y Del Rosal Blasco, quien señala que a lo que debería atender el legislador es a que el tipo se dirige a aquellas personas que hacen de la violencia una forma de comunicación normal, debiéndose acreditar esta situación de manera diversa y no, obligatoriamente, a través del número de palizas sufridas por el sujeto pasivo (65).

En este sentido se pronuncia la Sentencia de 30 de septiembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, al afirmar que «no es necesario que se constate un número mínimo de conductas violentas, mínimo que no requiere el tipo sino que los hechos que se acrediten demuestren esa actitud, contraria a lo pasajero, efímero, discontinuo o aislado».

(59) Así, CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo...», ob. cit., p. 1185 y 1186; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Las lesiones», ob. cit., p. 170; ARROYO URIETA, G./ CAVA VALENCIANO, C., «La Reforma...», ob. cit., p. 969; GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección penal...*, ob. cit., p. 111; CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Comentarios...*, ob. cit., p. 801; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de...», ob. cit., p. 57; y GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito...*, p. 67.

(60) Vid. «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre...», ob. cit., p. 10. En el mismo sentido, Vid. Memoria de la FGE, 2000, ob. cit., p.311.

(61) Vid. CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia...», ob. cit., p. 653.

(62) Vid. RUIZ VADILLO, E., «Las violencias físicas...», ob. cit., p. 3.

(63) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 122.

(64) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., «El delito...», ob. cit., p. 11.

(65) Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias y...», ob. cit., p. 161.

Desde mi punto de vista es más apropiado mantener un concepto de habitualidad criminológico-social que uno de carácter jurídico-formal acreditable a través del número de agresiones sufridas, ello porque a pesar de que el artículo 153, tras la Reforma de 1999, expresa explícitamente que se atenderá *al número de actos que resulten acreditados*, no indica el mínimo necesario. Siguiendo a Acale Sánchez, lo que el legislador de 1999 ha hecho, con la definición introducida en el precepto, ha sido normativizar el concepto criminológico de habitualidad (66).

Con relación a *la proximidad temporal de las agresiones*, hay que indicar que parte de la doctrina (67), con anterioridad a la modificación, ya se había pronunciado a favor de la exigencia de tal requisito. También la jurisprudencia se había manifestado al respecto, en SSTS de 14 de octubre de 1984 y 30 de abril y 18 de noviembre de 1995. Del mismo modo la Fiscalía General, en su Circular 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, establece que los actos han de estar ligados temporalmente por una determinada continuidad o proximidad cronológica (68).

Tamarit Sumalla destaca que, además de atender al criterio cronológico, los actos han de responder a una cierta unidad de contexto (69). Es éste un matiz clave, pues si no se tiene en cuenta se legitiman, indirectamente, sentencias como la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 19 de noviembre de 1997, que desestimó el recurso presentado por la acusación particular contra la Sentencia del Juzgado de lo penal núm. 2 de Santiago, que condenó al acusado como autor de una falta de lesiones a su ex-mujer. El Tribunal fundamentó su desestimación, entre otras razones, por la desconexión temporal entre las agresiones, «distanciadas más de un año». En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 12 de mayo de 2000, considera actos aislados de violencia, no integradores de la «violencia habitual», los hechos por los que el acusado fue condenado unos meses antes como autor de dos faltas de malos tratos infligidos a su esposa, de quien se encontraba en trámites de separación. En mi opinión, la proximidad debería quedar definida en el precepto de mal-

(66) Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, ob. cit., p. 112.

(67) *Vid.*, entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 179 y 180; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., p. 372; el mismo autor en «Violencias y malos...» ob. cit., p. 161; y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, 2.ª Ed., Barcelona, 1991, p. 65.

(68) *Vid.* «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998...», ob. cit., p. 10.

(69) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 180.

trato habitual para evitar estos desajustes en su aplicación, ya que hasta ahora al ser un concepto indeterminado queda al arbitrio judicial establecer cuándo existe proximidad y cuándo no.

La sistemacidad del maltrato es lo que se juzga o se debería juzgar. Este entedimiento de la habitualidad, como constancia en un comportamiento humillante y vejatorio, es importante en la medida en que centra el contenido del desvalor, de acuerdo con el bien jurídico que aquí se ha mantenido, en la degradación personal que provoca en la víctima y que supera el mero desvalor de la agresión (70).

Siguiendo con el párrafo definidor de la habitualidad en el precepto objeto de análisis, vemos que ésta se producirá *con independencia de que la violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo*. Con ello queda plasmada la idea de que son acumulativos, para el cómputo de la habitualidad, los actos de violencia física y/o psíquica, aún sin ir dirigidos contra un mismo miembro de la unidad familiar.

Del Rosal Blasco ya apuntó la necesidad de tal previsión (71), y a mi juicio es lógico proteger a las víctimas de un ambiente perjudicial y agresivo para la estabilidad personal. No sólo genera consecuencias para el sujeto ser violentado directamente, sino también ver la violencia hacia personas que son sus referentes inmediatos. Los menores pueden ser afectados en sus procesos de socialización, y no sólo en su bienestar corporal, a través del maltrato físico o psicológico o a través de los malos tratos de los que han sido testigos como víctimas indirectas (72). A este respecto la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1998, recoge cómo unos malos rendimientos escolares pueden deberse a los malos tratos, que el hijo presencia, del padre hacia la madre.

Otra de las características de la habitualidad es la irrelevancia de que *los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*. A pesar de esto, la habitualidad debe, en definitiva, y como cualquier elemento del tipo, ser probada; y la única forma de hacerlo, por precisar la concurrencia de diferentes actuaciones, es acreditar cada una de ellas, de forma y manera concreta. Por eso no es muy alentador el razonamiento de la STS de 29 de abril de 1999, según la cual «el recurrente articula este motivo como si la condena por malos tratos habituales fuera por los recibidos por C. en varias ocasio-

(70) Cfr. CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia...», ob. cit., p. 653.

(71) Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias...», ob. cit., p. 162.

(72) Vid. en este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito...*, ob. cit., p. 61 ss.

nes en los años 1993, 1994 y 1995», cuando no es así, y ello se deduce del propio texto de la sentencia recurrida que, en el apartado primero de los hechos probados, nos habla de «palizas en diversas ocasiones en fechas no determinadas», pero dentro del año 1993.

Así pues, la prueba de la habitualidad, como la acreditación de la realización de cada uno de los actos que la integran, exige, por respeto al principio de presunción de inocencia, que en los hechos probados de una sentencia penal se declare probada la realidad de tales actos y la existencia de una analogía entre los mismos (73). Ahora bien, resultará indiferente que se declaren probados los actos en una sola sentencia —la que condene por el artículo 153— o que, además de ésta existan otras anteriores que conjuntamente consideradas pusieran de manifiesto la habitualidad, cabiendo, entre ambas situaciones descritas, todas las intermedias que se quieran.

Para finalizar este apartado, me parece interesante cuestionar si, cuando son varios los sujetos pasivos afectados por diversas agresiones, se considerará autor de uno o varios delitos de maltrato habitual al agresor. Siguiendo a García Álvarez y Del Carpio Delgado (74), creo que habrán de apreciarse tantos delitos como sujetos pasivos haya, porque el desvalor que conlleva la puesta en peligro de varios bienes jurídicos no podrá ser correctamente abarcado si sólo se aprecia un único delito de malos tratos.

2.C. SUJETOS

Como bien recuerda la Sentencia de 21 de abril de 1999 de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, no es estrictamente la pluralidad de actos la que convierte la conducta en delito sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia en el trato violento.

El delito de maltrato habitual es un delito especial porque sólo puede ser cometido contra aquellos sujetos que reúnan las características exigidas por el tipo, y dicha especialidad tiene que deducirse de la relación de parentesco o asimiladas que ha de tener el autor con el sujeto pasivo.

Con la Reforma de 1999 el elenco de sujetos del artículo 153 se ha visto ampliado, ya que, a través de ella, los ex-cónyuges y ex-compañeros sentimentales quedan protegidos por el tipo. De este modo la

(73) Cfr. «Circular 1/1998...», ob. cit., p. 11.

(74) Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito...*, ob. cit., p. 73 y 74.

exigencia de convivencia entre los miembros de la pareja, para que el tipo despliegue sus efectos, pierde vigor en el precepto, siendo, quizás, ésta la razón de que en la falta de malos tratos de obra se haya eliminado literalmente tal requisito.

En las faltas de maltrato físico (art. 617.22.2.º) y psíquico (art. 620), el problema relativo a las posibles sujetos ha quedado solucionado por una remisión expresa, en ambos preceptos, al artículo 153. Así se termina con las desconexiones existentes entre los distintos sujetos protegidos en el delito y en las faltas de malos tratos.

Otra novedad, fruto de la Reforma, es la inclusión de la institución del acogimiento, que inexplicablemente el legislador de 1995 dejó en el tintero y que ya había sido reclamada, por su semejanza con la patria potestad, por autores como González Rus (75).

Las relaciones que se contemplan en el tipo de maltrato habitual son varias, y se pueden clasificar del siguiente modo:

- a) Relaciones conyugales o análogas (uniones de hecho).
- b) Relaciones ex-conyugales o ex-sentimentales.
- c) Relaciones del sujeto activo con otras personas que están vinculadas directamente a él o sólo a su cónyuge o conviviente.

a) Relaciones conyugales o análogas

Por lo que respecta a las relaciones conyugales, éstas suponen la previa existencia de un vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. A tenor del artículo 44 del Código Civil «sólo el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio». Es necesario que los cónyuges mantengan una relación de convivencia estable, produciéndose ésta aunque alguno de ellos, por diversas razones, esté ausente intermitentemente del domicilio familiar (76).

En lo referente a las parejas de hecho, o como indica la letra de la ley «personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad», cabría puntualizar que tal definición no es acertada, ya que la afectividad no es lo que caracteriza a todos los matrimonios y parejas de hecho, y es mucho menos oportuna si nos limitamos al ámbito de los malos tratos, pues, como irónicamente matizó Quintano Ripollés, los delitos de agresión personal apenas si se conciben entre parientes cariñosos (77).

(75) Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Las lesiones», en COBO DEL ROSAL, M., *Curso de...*, ob. cit., p. 170.

(76) En este sentido, Vid. STS, de 12 de marzo de 1993.

(77) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2.ª Ed., Madrid, 1996, p. 252.

En mi opinión, el término afectividad es un elemento distorsionador, que dificulta la interpretación correcta del precepto, ya que dentro de lo que sugiere la frase «análoga relación de afectividad» caben sin ningún género de dudas las relaciones de noviazgo y las relaciones homosexuales, y sin embargo la jurisprudencia viene entendiendo lo contrario, argumentando que en las primeras falta la convivencia estable y en las segundas no se cumple el requisito de ser de diferente sexo los miembros de la pareja.

De este modo la STS de 11 de mayo de 1995 indica que no cabe aplicar el delito de violencias físicas en el ámbito familiar a los novios «porque no conviven de modo habitual en la misma casa» y que por relación personal análoga al matrimonio «habrá de entenderse únicamente la existente entre personas de distinto sexo que, sin haber contraído matrimonio, convivan de hecho *more uxorio*, lo que usualmente se conoce como parejas o uniones de hecho». A mi juicio, el Alto Tribunal no hace una interpretación merecedora de aplauso, ya que por su rigor técnico se aleja de la realidad y deja entrever connotaciones claramente conservadoras.

b) Relaciones ex-conyugales y ex-sentimentales

La Reforma del artículo 153 del Código Penal ha incluido expresamente estas relaciones en el tipo, al establecer: «*el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona a la que esté o haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad*».

En principio el legislador, al admitir como sujeto activo al ex-cónyuge o ex-compañero sentimental, deja a un lado la exigencia de convivencia, concepto que definía, hasta la modificación de 1999, el delito de malos tratos habituales entre los miembros de la pareja.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a la víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es posible que el artículo 153 actúe aunque medie separación judicial o de hecho de la pareja, y por lo tanto, a pesar del cese de la convivencia. Actualmente la exigencia de la proximidad cronológica entre las agresiones como requisito de la habitualidad puede producirse sin que exista convivencia entre sujeto activo y pasivo (78). Era ésta una previsión necesaria teniendo en cuenta la frecuencia con la que en los casos de separación se llevan a cabo actos de violencia entre los cónyuges o ex-convivientes.

(78) *Vid. supra* IV.2.B.

c) Relaciones del sujeto activo con otras personas que están vinculadas directamente a él o sólo a su cónyuge o conviviente

El tipo de malos tratos habituales además de castigar los malos tratos físicos o psíquicos ejercidos sobre el cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre el ex-cónyuge o ex-compañero sentimental, pena también el ejercicio habitual de actos violentos cuando se lleven a cabo *sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno o de otro.*

De este modo, para que las violencias ejercidas sobre los sujetos mencionados sean típicas es necesario que, o bien convivan con el agresor, o bien, aun sin mediar convivencia (79), se hallen sujetos a las relaciones especificadas en el precepto.

A mi juicio, un olvido imperdonable del legislador en la Reforma de 1999 ha sido la no inclusión de los hermanos dentro de los sujetos protegidos en el delito de malos tratos habituales. Cuenca Sánchez ya realizó la crítica correspondiente a esta laguna respecto al anterior Código Penal, poniendo de manifiesto la tácita exclusión del tipo de las relaciones fraternales (80). Como bien señala Acale Sánchez la única posibilidad para subsumir las violencias de un hermano sobre otro en el delito de violencias físicas en el ámbito familiar es que el primero sea tutor del segundo, posibilidad que viene recogida expresamente en el artículo 234.4 del Código Civil, aunque en este caso el vínculo será el propio de la tutela y no el de la fraternidad (81). Tampoco quedan incluidos en el tipo, como sujetos protegidos, los hijos de los hermanos que vivan bajo el mismo techo; los descendientes que no sean hijos (nietos); y los parientes por afinidad (cuñados o suegros) (82).

Por último es interesante recordar la apreciación realizada por Serrano Gómez, con relación a los sujetos activos del delito de malos tratos habi-

(79) En sentido contrario, *Vid.* CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea...», *ob. cit.*, p. 26, quien considera imprescindible el requisito de la convivencia.

(80) *Vid.* CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo 425...», *ob. cit.*, p. 1185. En el mismo sentido, *Vid.* Memoria de la FGE, 2000, p. 321 y 322, que recoge la crítica realizada por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Lugo respecto a la no inclusión en la tipología del artículo 153 CP de la violencia habitual ejercida entre hermanos.

(81) *Cfr.* ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, *ob. cit.*, p. 163.

(82) *Vid.*, al respecto, «Informe sobre la violencia doméstica» (CGPJ), en *Actualidad Penal*, núm. 16, 2001, pp. Cuestiones Prácticas 100 y 101 y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia...*, *ob. cit.*, pp. 270 ss.

tuales, de que si bien los hijos pueden ser autores del delito de violencias físicas si las llevan a cabo sobre sus ascendientes, los pupilos o incapaces no pueden ser considerados sujetos activos, pues no se han incorporado las violencias ejercidas sobre el maestro, tutor o curador (83).

3. Tipo subjetivo. El dolo

Si el delito de malos tratos habituales es un delito especial, y por tanto sólo puede llevarse a cabo sobre determinados sujetos, el agresor habitual debe saber que el agredido es miembro de su hogar o que convive o ha convivido con él para que el elemento intelectual inherente al dolo despliegue sus efectos. Desde la modificación de 9 de junio de 1999 es indiferente que los actos de violencia se dirijan a un mismo miembro o a diferentes sujetos del núcleo familiar para poderse producir la habitualidad, por lo que basta con que el infractor conozca que los sujetos pasivos son miembros de la unidad familiar, con independencia de que los haya agredido en diversas ocasiones a cada uno.

Respecto al elemento volitivo hay que indicar que éste supone voluntad incondicionada de realizar la conducta típica y no cabe duda de que la habitualidad en el maltrato es prueba suficiente de que el autor ha decidido realizar el hecho incondicionadamente. Para cubrir la habitualidad es suficiente ser consciente de la frecuencia, aunque no se sepa exactamente el número de agresiones.

El tipo subjetivo del delito de violencia intrafamiliar sólo exige el dolo (84), elemento fácilmente apreciable, siendo posible el dolo eventual (85) y quedando desterrada de la comisión de este delito la imprudencia. En el vigente Código Penal la regulación de las lesiones imprudentes se sitúa en el precepto anterior al de violencias habituales en el núcleo familiar, de donde se puede deducir que el legislador ha querido situarlas fuera del ámbito de actuación de los malos tratos familiares. Al respecto, creo pertinente recordar una bochornosa STS de 30 de mayo de 1985, que declara imprudente un parricidio porque el agresor, «... después de introducir a su mujer en la bañera para hacerla reaccionar del estado alcohólico en que se encontraba y oponer ésta resistencia, la gol-

(83) Vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal, Parte Especial*, 4.ª Ed., con la colaboración de SERRANO MAÍLLO, A., Madrid, 1999, p. 115.

(84) En contra de esta postura, Vid. GRACIA MARTÍN, L., en Díez RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 453, para quien la habitualidad también es un elemento subjetivo del injusto.

(85) En este sentido, Vid. CALDERÓN, A./CHOCLÁN, J. A., *Derecho penal (T. II), Parte Especial*, Barcelona, 1999, p. 642; y GRACIA MARTÍN, L., en Díez RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 455.

peó con los puños, produciéndole la rotura hepática y desgarros de mesos, con hemorragia interna, que fue la causa determinante de su muerte, y antes de que falleciese la trasladó, en brazos, a la cama y al advertir que tenía dificultades respiratorias la trasladó a un Centro Hospitalario, en el que ingresó cadáver, lo que evidencia la existencia de malos tratos, y, la ruptura del nexo psicológico del resultado mortal que determina la inexistencia del parricidio a título de dolo y sí al de culpa, lo que evidencia la falta y el delito de imprudencia mencionados». A mi juicio, podría entrar en juego para la evaluación de este supuesto el dolo eventual, pero en ningún caso la imprudencia. Afortunadamente la postura tomada por el Alto Tribunal ha sido superada en la actualidad.

En el texto punitivo anterior a 1995 se excluía, de forma expresa, la posibilidad de justificar el delito de maltrato. Con posterioridad a esta fecha el legislador elimina la locución «y con cualquier fin», que desaparece por obvia no por innecesaria, ya que tácitamente la validez de la frase sigue presente. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 15 de junio de 1998, considera que no son disculpables los malos tratos reiterados sobre los hijos, fuera el que fuera el nivel cultural de los acusados, dejando fuera de operatividad del ámbito penal el, socialmente, enquistado derecho de corrección. Hay que señalar que aun en el caso de que el sujeto pasivo incurriera en un error de prohibición por considerar lícita su conducta, según el tercer párrafo del artículo 14 del texto punitivo, si éste fuera vencible, su responsabilidad se atenuaría, pero respondería por delito doloso no imprudente.

4. Causas de justificación de la víctima

En ocasiones las víctimas de maltrato doméstico reaccionan ante las agresiones contraviniendo normas de Derecho penal. En estos supuestos, para calificar los hechos, se pueden tener en cuenta algunas de las causas que eximen de la responsabilidad criminal previstas en el texto punitivo. En el artículo 20 del Código Penal se regulan estas causas, pudiéndose aplicar cuatro de ellas a los sujetos pasivos de violencia habitual que en respuesta a los ataques constantes, en el ámbito familiar, se convierten en sujetos activos de otras conductas típicas. Las causas de justificación aplicables en estos casos son: el trastorno mental transitorio (art. 20.1.º) (86),

(86) Al respecto, *Vid.* LARRAURI, E., en LARRAURI, E./ VARONA, D., *Volencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995, pp. 26 y 27, quien considera que antes de acudir a esta eximente se debería intentar resolver los supuestos por otras vías, ya que recurrir a una patología para eximir de responsabilidad implica declarar que el acto realizado por la mujer no está justificado ni excusado.

la legítima defensa (art. 20.4.º), el estado de necesidad (art. 20.5.º) y el miedo insuperable (art. 20.6.º).

A mi juicio, de todas las causas citadas, las más adecuadas para eximir de responsabilidad penal en los casos de malos tratos habituales en los que la víctima se convierte en victimario, son dos: el estado de necesidad para los supuestos en los que la constancia de las agresiones provoca en el sujeto pasivo una constante sensación de peligro; y la legítima defensa para aquellos casos en los que la gravedad de los ataques hagan augurar un claro conflicto con repercusiones irreparables.

5. Concurso de delitos

Con la Reforma de 9 de junio de 1999, en el artículo 153 se especifica que la pena se impondrá *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*. Al igual que con anterioridad a dicha Reforma, se deduce de la letra de la ley que:

1. El bien jurídico protegido en el delito de violencias habituales es distinto a las tipicidades penales que concurren, pues de no ser así se infringiría el principio *non bis in ídem* al sancionar doblemente un mismo hecho. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 1998, condena a una madre, por golpear a su hijo, como autora de un delito de violencia física en el ámbito familiar y de un delito de lesiones. Del mismo modo se ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de julio de 2000, al afirmar que la violencia doméstica es un delito grave independiente de las lesiones.

2. El concurso producido en los casos de violencias en el núcleo familiar es el de delitos y no el de leyes.

Sin embargo, y con posterioridad a la Reforma de 1999, hay que dilucidar, no sólo, si el concurso de infracciones que se produce en los supuestos de agresiones habituales es real o ideal, ya que la penalidad es distinta si se sigue uno u otro concurso, sino también qué cortapisas puede tener el hecho de incluir como materia de concurso no sólo los diversos resultados producidos sino también las faltas carentes de resultado material, ya que ésta es la mayor novedad introducida.

Respecto a la primera cuestión hay que señalar que no es tan sencillo establecer si estamos ante un concurso real o ideal de delitos, ya que el requisito de la habitualidad interfiere una clara determinación.

Partiendo de la premisa de que el concurso real se caracteriza por la existencia de una pluralidad de acciones o hechos constitutivos de delitos autónomos, y el concurso ideal requiere una unidad de hecho que provoque varios tipos delictivos, podría rechazarse que en los supuestos de maltrato familiar habitual pueda apreciarse un concurso ideal de delitos, al considerar que en ellos no puede hablarse de unidad de acción, ya que la habitualidad precisa una pluralidad de acciones que no puede tener cabida dentro de la expresión «un solo hecho» recogida en el artículo 77 del texto punitivo. Por otro lado la STS de 13 de mayo de 1998 nos conduce al artículo 73 al afirmar que «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder» se ha de entender como «además», esto es, que cada uno de los delitos deberá castigarse por separado.

Por ello, en mi opinión, y siguiendo a un sector de la doctrina (87), resulta más adecuado optar por el concurso real de delitos para regular la cláusula concursal establecida en este precepto.

Con relación a la novedad introducida por la Reforma de 1999, referente a la inclusión de las faltas de maltrato físico o psíquico como objeto de concurso, es importante indicar que parte de la doctrina considera peligrosa esta modificación (88), pues atenta contra el principio *non bis in idem*, derivando esta vulneración de la amplia remisión que la cláusula concursal del artículo 153 efectúa, ya que quedan dentro del marco de acción tanto los delitos como la faltas, esto es, tanto las conductas que conllevan un resultado como las que no.

A mi juicio, el hecho de que el legislador haya ampliado expresamente el círculo de conductas que concurren en la determinación de la pena, es fruto de la previsión de la violencia psíquica como comportamiento protegido en el precepto de maltrato habitual. De

(87) *Vid.*, en este sentido, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 181; CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia...», ob. cit., p. 43; y CUADRADO RUIZ, M. A./ REQUEJO, C., «El delito de malos tratos en el ámbito...», ob. cit., p. 1564. En sentido contrario, considerando oportuno para los supuestos de violencia doméstica el concurso ideal de delitos, *Vid.* CUELLO CONTRERAS, J., «El delito de...», ob. cit., p. 15; GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 487, quien fundamenta su decisión en base a la tesis de la «unidad de acción por efecto de abrazamiento»; GARCÍA ÁLVAREZ, P./ DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de...*, ob. cit., pp. 40 y 41; MONGE FERNÁNDEZ, A./ NAVAS CÓRDOBA, J. A., «Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer», en *Actualidad Penal*, 2000 (1), p. 213; y GÓMEZ RIVERO, C., «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal*, núm. 6, 2000, p. 83.

(88) *Vid.*, al respecto, CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva...», ob. cit., pp. 27 y 28.

no haber sido así se habría generado una laguna, pues tanto la falta del artículo 617.2 como la del 620 podrían haber quedado condenadas, por voluntad del intérprete de la ley, a la única función de conformar la habitualidad sin obtener entidad propia como faltas contra las personas.

Por último, debe tenerse en cuenta que, aunque lo usual será que el delito de maltrato intrafamiliar concorra con delitos de lesiones o faltas que atenten contra la integridad física o psíquica, no se descarta la posibilidad de que el concurso se produzca con otros delitos como la violación o el homicidio.

6. Medidas y penas en los supuestos de agresiones domésticas

6.A. MEDIDAS CAUTELARES

La Reforma de 1999 modifica, entre otros, el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y crea, por remisión expresa de éste, un nuevo precepto, relativo a medidas cautelares. En efecto, el artículo 544 bis de este texto establece que cuando se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, se podrá imponer cautelarmente al imputado la prohibición de residencia o acercamiento a determinados lugares.

La inexistencia de medidas alternativas a la prisión preventiva con anterioridad a la Reforma de junio de 1999, pone de relieve la significativa aportación de ésta, que ofrece nuevos y mejores instrumentos con los que afrontar el tratamiento cautelar de problemáticas como la de los malos tratos habituales. A mi juicio la prisión provisional es una medida «peligrosa» pues supone privar a una persona de su libertad individual e implica, como recoge la Exposición de motivos de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, por la que se modifican los artículos 503, 504 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una tensión dialéctica entre los principios de libertad personal y presunción de inocencia y aseguramiento del proceso.

Las medidas cautelares del artículo 544 bis no pueden imponerse en los procedimientos seguidos por hechos constitutivos de falta, pues es extraordinariamente preciso en la referencia exclusiva a los delitos (89). Podrán ser acordadas de oficio por el Juez Instructor, debatiéndose si el Juez de Paz tiene atribuciones en esta materia. Considero, siguiendo a

(89) En sentido crítico, *Vid.* «Informe sobre la violencia...», *ob. cit.*, p. CP-109, que pone de manifiesto la necesidad de transformar radicalmente el panorama de la tutela cautelar de la víctima en los supuestos de falta.

parte de la doctrina, que caen dentro de su competencia objetiva (90), más cuando el fin de las medidas cautelares es actuar lo antes posible con el objeto de proteger a la víctima del daño jurídico derivado del retardo del procedimiento [*periculum in mora* (91)].

Cuestión distinta se plantea cuando de lo que se trata es de juzgar supuestos de malos tratos no de acordar medidas cautelares, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé expresamente la exclusión de esta competencia para los Juzgados de Paz en su artículo 14, modificado también por la Reforma de junio de 1999: «... También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620.1 y 2 del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 153 del mismo Código». Comparto con Magro Servet que no se está poniendo en entredicho la calidad de la justicia de paz, ya que es digno de encomio que en municipios con pocos medios se esté realizando una insigne labor de cooperación judicial, sino que lo que se persigue con esta nueva redacción es centralizar en los Juzgados de Instrucción los hechos relativos a malos tratos (92), optando así a una mejora en la compilación de las causas en las que agresor y agredida sean los mismos sujetos. Son éste y la agilidad procesal los objetivos mayormente perseguidos con la creación de juzgados especializados en violencia doméstica en los partidos judiciales del territorio nacional, tan escasos todavía que sólo conforman experiencias pioneras (93).

A mi juicio, con carácter general, la actualización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal facilita el adecuado tratamiento de los

(90) *Vid.*, en este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A./ NAVAS CÓRDOBA, J. A., «Malos tratos...», *ob. cit.*, p. 204.

(91) Este presupuesto se adhiere al común e implícito requisito del *fumus boni iuris*, es decir, la atribución a un sujeto determinado de la comisión de un hecho punible. Sobre el régimen de los nuevos instrumentos cautelares, *Vid.*, *in extenso*, TIRADO ESTRADA, J., «Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *La Ley*, núm. 4888, 1999. *Vid.* también ARANGÜENA FANEKO, C., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del artículo 544 bis», en *Actualidad Penal*, 2000 (1), pp. 237 ss.

(92) *Vid.* MAGRO SERVET, V., «La reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 14/1999, de 9 de junio, y su incidencia en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas», en *La Ley*, 1999 (4), pp. 1737 ss.

(93) Desde enero de 2000 existen juzgados especializados en violencia doméstica en Alicante, Elche y Orihuela. *Vid.* *El País*, de 2 de diciembre de 1999. Con relación a las ventajas de los juzgados especializados, *Vid.* MAGRO SERVET, V., «Los juzgados especializados en violencia doméstica», en *La Ley*, 1999 (6), pp. 1970 ss.

supuestos de violencias habituales *ab initio*. Destaca, entre todas las modificaciones, la de la posibilidad de acordar medidas cautelares de alejamiento del agresor, si bien es necesario hacer hincapié en que frecuentemente serán necesarias otras medidas o instrumentos anexos para la total efectividad de las mismas.

6.B. PENAS PRINCIPALES

6.B.1. En el delito de malos tratos

A pesar de que el artículo 153 del texto punitivo prevé un concurso real para la determinación de la pena, previsión necesaria por las características del delito, la conducta típica habitual, sin concurrencia de otros hechos punibles, se castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años, integrando las penas menos graves (art. 33.3 CP).

Por su duración, es una pena que en la mayoría de los casos podrá ser sustituida o suspendida:

En efecto, la penas inferiores a un año, y excepcionalmente las inferiores a dos, serán susceptibles de sustitución por arrestos de fin de semana o por multa cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, según establece el artículo 88 del texto punitivo.

Además, el artículo 80 del Código Penal faculta a los Jueces y Tribunales a dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y excepcionalmente las de tres, «mediante resolución motivada» atendiendo fundamentalmente a la *peligrosidad criminal* del sujeto. No obstante la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito (art. 80.3 CP) ni a las costas procesales.

A mi juicio, a pesar de estar claramente previstas ambas opciones, es discutible que éstas sean adecuadas para los casos de violencia doméstica, por razones que afectan tanto a la víctima como al delincuente:

1. Respecto a la víctima porque las dos concesiones pueden suponer el regreso al hogar de quien agredió y la realidad demuestra que los malos tratos intrafamiliares, por su carácter habitual, auguran una repetición de la conducta típica, volviendo a exponer al sujeto pasivo del delito a un riesgo innecesario.

No obstante hay que indicar que los efectos criminógenos de la vuelta del sujeto activo al lugar de comisión de los hechos puede paliarse con la posibilidad establecida por el legislador de que el Juez o Tribunal, cuando decida suspender o sustituir la pena de prisión, imponga como condición

que el reo no acuda al lugar en que resida la víctima o su familia si fueran distintos, tal y como establecen los artículos 83 y 88 (por remisión de este último al anterior) del Código Penal. La Reforma de 9 de junio de 1999 ha introducido en el artículo 83 un nuevo subapartado 1 bis al apartado 1 del mismo en el que se establece que el Juez o Tribunal también podrá ordenar la «*prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine, o comunicarse con ellos*».

Por otro lado, en los supuestos en que la prisión sea sustituida por la multa, es importante considerar que con esta medida se puede repercutir negativamente en el sujeto pasivo del delito, que con frecuencia dependerá económicamente del reo, provocando su victimación secundaria como víctima del propio sistema penal.

2. Respecto al delincuente porque las condiciones exigidas, por la letra de la Ley, al Juez o Tribunal para conceder la sustitución o suspensión de la pena hacen referencia a la naturaleza determinada del hecho y a la peligrosidad criminal. Una de las peculiaridades de las agresiones domésticas es que no poseen una naturaleza esporádica y pasajera sino habitual, por lo que el pronóstico criminal del sujeto activo es fácilmente previsible, quedando éste condicionado al carácter cíclico de la conducta.

Llegados a este punto es notorio que la sustitución o suspensión de la pena en el delito de maltrato doméstico se tiene que someter a una profunda reflexión que corresponde hacer al Juez o Tribunal, aunque el legislador haya previsto las pautas a seguir para una correcta aplicación de estas medidas alternativas a la prisión.

Si se parte de la base de que el Juez o Tribunal no concede la suspensión de la pena por la «*peligrosidad criminal del sujeto*», se entra de lleno en el campo de las medidas de seguridad, ya que el artículo 6 de nuestro texto punitivo establece que éstas se fundamentan en aquélla.

Las medidas de seguridad, tanto las privativas como las no privativas de libertad, son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado y que constituye una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas inimputables o con imputabilidad disminuida en cuanto revelación de una peligrosidad criminal del sujeto. La pena se basa en la culpabilidad del sujeto y está orientada a la prevención general y especial y la medida atiende a la peligrosidad y su naturaleza es de carácter preventivo-especial (94).

(94) *Vid.*, al respecto, MUÑOZ CONDE, F., «Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp. 304 ss.; y DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., «Las medidas de seguridad y corrección», en *Actualidad Penal*, 1991 (2), pp. 449 ss.

Considero que utilizar medidas de seguridad para los sujetos que agreden habitualmente a miembros de su hogar es una acertada consideración, a pesar de que el legislador en un principio las haya previsto para «peligrosos social y criminalmente relevantes», con nula o escasa imputabilidad. Son raros los supuestos de patologías mentales constatables en aquellos individuos que maltratan habitualmente, pero sí suelen adolecer de carencias afectivas en la infancia, baja autoestima y falta de mecanismos de control, todo ello combinado, la mayoría de las veces, con un lastre social que les «otorga» el poder en el ámbito primario de convivencia, que es la familia.

¿Por qué no utilizar medidas de seguridad para intentar corregir las conductas violentas en el hogar? Aunque los sujetos activos sean imputables podemos canalizar la aplicación de estas medidas a través del artículo 20.2 del Código Penal, basándonos en la dependencia del sujeto al «ejercicio abusivo y enfermizo del poder», y remitirnos al artículo 102 del texto punitivo, que conlleva la medida de internamiento en centro de deshabitación, pues la conducta de maltrato habitual consiste en la repetición de agresiones y, a mi modo de ver, una forma de corregirla son las terapias de deshabitación adecuadas a esta problemática.

Por otro lado, si el legislador ha previsto la posibilidad de la aplicación de medidas de seguridad no privativas de libertad a los reos imputables cuando se les concede la libertad condicional (art. 90.2 CP) (95), y faculta al Juez o Tribunal a condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de obligaciones como participar en programas formativos y de otro tipo (art. 83.4.º CP), no veo inconveniente en aplicar medidas de seguridad a los agresores domésticos. Las medidas de seguridad no privativas de libertad de carácter positivo, tienen un contenido resocializador tendente a modificar la personalidad o al menos las pautas de comportamiento de las personas, por ejemplo el sometimiento a programas (art. 105.1.a) y f) CP). La combinación de éstas con las de carácter negativo dirigidas a obstaculizar la relación entre el sujeto y la situación criminalizadora, por ejemplo el alejamiento del agresor, es, en mi opinión, necesario para la neutralización de la peligrosidad criminal en los casos de malos tratos.

(95) En sentido contrario, *Vid.* DE LAMO RUBIO, J., «La ejecución penal y la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio», en *Noticias Jurídicas*, mayo 2000, p. 10, para quien la remisión del artículo 90.2 CP al artículo 105 CP es un dislate del legislador, pues, según él, debería haberse remitido al artículo 83 relativo a suspensión para no generar confusiones sobre la verdadera naturaleza jurídica de las medidas de seguridad previstas en el artículo 105 CP.

Por último, y después de poner de relieve en la importancia del empleo de las medidas de seguridad en los supuestos de violencia doméstica con carácter postdelictual, me gustaría aportar una posible forma de atajar la problemática de los malos tratos habituales con carácter preventivo-predelictual, razonando la explicación en base al desarrollado por Roxin cuando se refiere al estado pasional. Para él los hechos pasionales son el resultado de un conflicto de larga duración y transcurren la mayoría de las veces en las tres fases del nacimiento, agravación y descarga. En la fase de nacimiento los agravios y fracasos no conducen a tensiones físicas, que se «cargan» en la segunda fase y se convierten en representaciones destructivas, de modo que en la tercera fase basta un motivo aparentemente insignificante para hacer que se produzca el derrumbamiento total de la capacidad de control. En la segunda fase, cuando todavía existe capacidad de control, se puede constatar, la mayoría de las veces, un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas. Si en este estadio no se toman precauciones existe una provocación del ulterior resultado (96).

Es por todo lo explicado en el párrafo anterior por lo que considero una medida apropiada para vencer las agresiones en el hogar, la publicidad dirigida a quien maltrata, no sólo a la víctima, porque quizás existe un lapso de tiempo en el que es posible la intervención «temprana», y tratar supuestos incipientes de malos tratos es más sencillo que solucionar casos en los que la violencia doméstica está enquistada durante años.

6.B.2. *En las faltas de malos tratos*

Tanto el artículo 617.2, relativo a la falta de malos tratos carentes de lesión, como el artículo 620.2.º, referente a las faltas de amenazas, injurias, coacciones y vejación injusta de carácter leve, prevén en sus respectivos párrafos segundos, la agravación de la pena cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, no modifica la pena establecida en el Código Penal de 1995 para la falta de malos tratos familiares, si bien hay que indicar que añade todo el párrafo segundo *in fine* del artículo 620.2.º, como consecuencia, en mi opinión, de la inclusión de la violencia psíquica en el delito de maltrato habitual,

(96) Vid., *in extenso*, ROXIN, C., *Derecho penal, Parte General, I. Fundamentos. La estructura del delito* (trad. de la 2.ª Ed. alemana por LUZÓN PEÑA, D. M./ GARCÍA CONLLEDO, M./ DE VICENTE REMESAL, J.), Madrid, 1997, pp. 831 ss.

regulado en el 153 del texto punitivo y considera perseguibles de oficio las amenazas, coacciones y vejaciones leves ocasionadas a miembros del hogar, modificando simultáneamente el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para posibilitar esta opción en el terreno procesal.

La sanción establecida en ambos preceptos es la de arresto de fin de semana o multa (97), siendo algo más elevada para los supuestos de malos tratos que para los casos de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones. No obstante las dos sanciones se incluyen dentro de las penas leves del artículo 33.4 de nuestro texto punitivo.

La gran novedad de la Reforma de 9 de junio de 1999, con relación a la pena de multa establecida en los artículos 617.2 y 620.2.º del Código Penal, es que en ambos preceptos se tiene 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*. Es ésta una previsión necesaria y determinante para los supuestos de malos tratos intrafamiliares porque en caso de olvidarla se incurriría en una doble victimación del sujeto pasivo de agresiones en el hogar, que frecuentemente depende económicamente del sujeto activo. Lo deseable sería conseguir también que para los casos de violencia habitual en los que el Juez o Tribunal opte por la sustitución de la pena de prisión, y ésta la sustituya por la pena de multa, se tuviera igualmente en cuenta este objetivo.

6.C. PENAS ACCESORIAS

Junto a la pena principal no hay que olvidar las penas accesorias previstas en el Código Penal. Comparto con parte de la doctrina que la distinción en orden a la naturaleza jurídica de las privaciones de derechos relacionadas con el maltrato habitual es importante, considerando que su esencia es más acorde con las consecuencias accesorias que con las penas ya que las razones porque se imponen y las finalidades que se persiguen con ellas son diferentes, y aunque el texto punitivo les otorga el carácter de penas, debe repararse en que muchas de estas privaciones de derechos van a aparecer también como medidas de seguridad que pueden ser adoptadas (98).

(97) Al respecto, *Vid.* Memoria de la FGE, 2000, ob. cit., p. 315, que propone de *lege ferenda* la supresión de la pena de multa contemplada en los artículos 617 y 620 por considerarla inadecuada para las infracciones de maltrato familiar, excepto cuando las circunstancias concretas lo aconsejen.

(98) *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Las penas privativas de derechos», en *Poder Judicial*, núm. 53, 1999, pp. 128 ss.

Lo que se pretende, en los casos de malos tratos con las privaciones de derechos no es sancionar sino proteger a la víctima. Los artículos 56 y 57 prevén que el Juez o Tribunal impongan las penas accesorias en ellos contenidas, siendo ambos supuestos susceptibles de aplicación en el delito de agresiones habituales en el hogar, pues su pena es inferior a diez años y el delito se incluye dentro de los de lesiones.

El artículo 33 clasifica como pena grave o menos grave, dependiendo si su duración es superior o inferior a tres años, las inhabilitaciones especiales. Por otro lado, nuestro texto punitivo establece en su artículo 56 que los Jueces o Tribunales impondrán, en las penas de prisión de hasta diez años y con carácter accesorio, una serie de penas, encontrándose entre ellas la «*inhabilitación de cualquier derecho, si hubiera tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación*».

Es evidente que existe una relación directa entre el delito de maltrato en el hogar y el ejercicio de la patria potestad, en aquellos casos en los que quienes sufren violencia son los hijos, y por lo tanto es oportuno aplicar esta pena accesorio a quienes los maltratan habitualmente. Sin embargo, parece criticable que la Reforma de junio de 1999 no haya previsto, como pena principal para el maltrato continuado en el hogar, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que priva de los derechos de la primera y extingue los demás, ni la incapacidad de obtenerlos durante el tiempo de condena (art. 46 CP), como se hace con relación a los delitos cometidos en el ámbito familiar. También ha sido obviada por la Reforma la posibilidad de establecer como pena principal la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Lo que sí ha modificado la Ley Orgánica 14/1999 han sido los artículos 33.2.g), 33.3.f), y 39.f) del Código Penal, con la finalidad de incluir en el catálogo de penas privativas de derechos la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares o personas que determine el Juez o Tribunal, en su domicilio o fuera de él, o de comunicarse con ellos, con la consideración de pena menos grave o grave según que el tiempo de duración de la prohibición resulte superior a seis meses e inferior a tres años o superior a tres años. Respecto a las penas leves, inferiores a seis meses, ha incluido el artículo 33.4.b) bis que, además de las prohibiciones de aproximación y comunicación, contiene la de residencia en determinados lugares.

Del mismo modo se ha reformado el artículo 48 del texto punitivo para incluir que la «prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal,

impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas» y que la prohibición de comunicación «impide al penado establecer, por cualquier medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

También se modifica mediante la Reforma de 1999 el artículo 57 del Código Penal para admitir la posibilidad de que los Jueces o Tribunales puedan acordar en sus sentencias, como pena accesoria, las prohibiciones de que el reo se aproxime a la víctima u otras personas y la de comunicarse con ellas durante un tiempo a determinar según las circunstancias del caso y sin que puedan exceder de cinco años. Se rompe con el criterio general establecido en el artículo 33.6 de que la duración de las penas accesorias dependa de la duración de la pena principal. A diferencia de lo que ocurre con el artículo 56, la imposición prevista en el artículo 57 es facultativa, no obligatoria, y cambia la óptica de la clasificación, ya que no se parte de la pena sino de delitos concretos, siendo posible además, por la Reforma de 1999, imponer las penas accesorias en él contenidas a las faltas contra las personas de los artículos 617 y 620 del texto punitivo por un período de tiempo inferior a seis meses.

Lo ideal habría sido que para los supuestos de violencia doméstica las penas accesorias del artículo 57 se hubieran previsto como principales. Su dificultad de aplicación para los casos de maltrato en la familia es evidente. Por este motivo sería recomendable poder aplicar medios electrónicos para reforzar su efectividad. Hasta ahora el localizador por satélite conectado a la policía se entrega a las víctimas de maltrato de mayor peligro (99), medida que me parece tan útil como el traslado a una casa de acogida, pero ambas no dejan de ser parches porque no solucionan la problemática, y para colmo provocan que la víctima desarrolle una hipervigilancia que no le corresponde y que no tiene porqué asumir, pues aunque llegada la hora del proceso no se invierte la carga de la prueba, parece que llegada la ejecución de la sentencia se invierte «la carga de la pena».

En España, sin necesidad de debate alguno, el Reglamento Penitenciario de 1996 (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) previó, para el supuesto exclusivo de régimen abierto, la vigilancia electrónica de los penados que pernocten en sus casas (100). En mi opinión, una

(99) *Vid. El País*, 21 de junio de 2000.

(100) En este sentido, *Vid., in extenso*, PARÉS I GALLÉS, R., «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997, pp. 259 ss., quien habla de otras posibilidades de aplicación futura de los sistemas de vigilancia electrónica.

vez que se articule jurídicamente, sería recomendable la posibilidad de aplicar medidas de control electrónico a la pena accesoria de alejamiento y optar a que la ejecución de la pena sea supervisada por la autoridad judicial.

6.D. RESPONSABILIDAD CIVIL Y COSTAS PROCESALES

Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente (art. 116 CP), de tal forma que la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del hecho penado (art. 80.3 CP). Así pues, aun en el supuesto de que una condena por el delito de malos tratos fuera inferior a dos años y se suspendiera, ello no conllevaría la exclusión de la obligación de indemnización civil a la víctima por perjuicios materiales y morales.

Según el artículo 110 del Código Penal, la responsabilidad civil establecida en el artículo 109 de dicho texto comprende: la restitución; la reparación del daño; y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Por las características de las conductas que se analizan, esto es, los malos tratos físicos y psíquicos en el hogar, sólo es posible la indemnización, pues restituir y reparar algo intangible como el daño producido por las agresiones intrafamiliares, en mi opinión, es imposible.

Por regla general los Tribunales de justicia vienen fijando indemnizaciones de «poca monta» con relación al daño moral causado. En este sentido la Sentencia de 15 de febrero de 1999, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba, exige una indemnización de 100.000 pesetas por maltrato habitual, y la Sentencia de 16 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, condena al agresor al pago de 50.000 pesetas por lesiones a la compañera sentimental y a 500.000 pesetas por el daño moral ocasionado a la que también fue víctima de agresión sexual. A pesar del carácter misceláneo de los malos tratos en el seno de la familia, lo más verificable son las lesiones, y por tanto, serán éstas las más frecuentemente indemnizadas.

Por otro lado, a los criminalmente responsables, ya sea de delito o falta, se les imponen las costas procesales (art. 123 CP), que comprenden los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales y, en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, los honorarios de la acusación particular (art. 124 CP). Con la Reforma de 1999 las faltas de amenazas, coacciones, y vejaciones leves, cuando se causen a miembros del núcleo familiar, son perseguibles de oficio, exigiendo previa denuncia sólo la persecución de las injurias. Será en estos últimos supuestos cuando pueda surgir la posibilidad de tener que pagar el denunciado los honorarios de la acusación particular.

V. CONCLUSIONES

1.º La antesala de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedó configurada por un interés de cambio alentado tanto desde el ámbito jurídico como desde el ámbito social. El 26 de noviembre, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo de 16 de septiembre de 1997, e impulsada por el Defensor del Pueblo, se celebró una conferencia sectorial del Código Penal sobre violencia contra las mujeres, a la que asistieron representantes de los Ministerios de Justicia, Interior, Sanidad, y Educación y Cultura. En dicha conferencia se presentó un amplio informe y se tomó el acuerdo de elaborar un Plan de Acción a tres años, con objetivos y medidas específicas.

2.º Tras esta decisión se generaliza y hace patente la situación de inseguridad, jurídica y vital, de la que adolecen estas víctimas y la sociedad se concienza de la necesidad de dar una respuesta a estos supuestos, por lo que demanda directa e indirectamente la agilización de las medidas de cambio en el tratamiento de los malos tratos.

3.º El 16 de enero de 1998, en línea con el Plan de Acción, el Gobierno aprueba diez medidas urgentes para mejorar los servicios de atención y consulta a la mujer maltratada. De forma vertiginosa surgen propuestas de solución, o al menos de ayuda, al problema de las agresiones en el hogar. El 30 de abril de 1998 se aprueba el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, que se articula en torno a seis grandes apartados, siendo el sexto el objeto de este estudio, relativo a «Legislación y práctica jurídica», y que distingue entre las medidas legislativas y las judiciales. El fruto de tal empresa es la Ley Orgánica 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, que por avatares parlamentarios no vio la luz hasta el 9 de junio.

4.º La Reforma representa un hito en la regulación de la violencia en el hogar porque rellena casi todas las lagunas técnico-jurídicas existentes en la materia. A mi juicio es innegable que su carácter es positivo. A pesar de ello me parece criticable el hecho de mantener el artículo 153, regulador de las agresiones habituales dentro del hogar, en el Título relativo a lesiones, cuando éste es un delito en el que el bien jurídico protegido no es en puridad la salud ni la integridad física.

5.º Es conveniente, para una correcta clasificación penal, el cambio de Título del delito de malos tratos, pues el bien jurídico protegido

en este tipo es la integridad moral, y por lo tanto tiene perfecto encaje en el Título VII del Libro II de nuestro texto punitivo, encargado de regular las «Torturas y otros delitos contra la integridad moral». Desde 1995 no sólo se incluyen en él los abusos de poder por parte de los funcionarios sino también por particulares, como pone de manifiesto el artículo 173 del Código Penal, y es patente que las agresiones en el hogar son una materialización del abuso de poder por parte de algunos sujetos pertenecientes al núcleo familiar.

6.ª Con la inclusión de la violencia psíquica en el tipo, por la Reforma de 1999, se pone de manifiesto la verdadera esencia del precepto, denunciando como inidónea su ubicación. Además de argumentos jurisprudenciales que avalan mi propuesta, ésta se refuerza en el hecho de que la falta de malos tratos no prevea los malos tratos de palabra, que se podrían haber previsto si el legislador hubiera decidido que el artículo 153 del Código Penal siguiera siendo una cualificación de la falta del 617.2. Además, con la inclusión del nexo entre el artículo 620.2 y el 153 se rompe con la coherencia de mantener como tipo de lesiones la violencia habitual en la familia, pues existe un valor a proteger por encima de la salud y de la integridad física que es la integridad moral.

7.ª La previsión de la violencia psíquica como acción típica en el precepto de malos tratos habituales nutre al tipo de entidad y coherencia y cabe ser calificada de «decisiva y positiva», y ello no sólo porque hasta este momento no podían considerarse delito de maltrato en el hogar las conductas habituales que consistieran en agredir psíquicamente a un miembro del núcleo familiar por no tener encaje en el precepto penal que nos ocupa, sino porque con la previsión se posibilita el hecho de que las violencias psíquicas y físicas conformen conjuntamente el requisito de la habitualidad. No obstante, hay que recordar que habría sido mejor introducir el término «psicológica» en vez de «psíquica» para evitar problemas de aplicación práctica, ya que por regla general las víctimas de maltrato no adolecen de enfermedades mentales sino de secuelas psicológicas por la situación vivida, siendo más fácilmente «observables» por psicólogos que por psiquiatras a la hora de hacer las peritaciones.

8.ª Resulta criticable que las violencias sexuales en el hogar todavía no tengan cabida en el tipo de malos tratos habituales. No concurren en el cómputo de la habitualidad y aunque se repitan con frecuencia no conforman este requisito.

9.ª A través del ejercicio habitual de agresiones por algunos miembros de la familia se ataca la integridad moral de otros sujetos más débiles del núcleo familiar. No es lo más determinante si son los

malos tratos físicos, psíquicos o sexuales los que provocan la indefensión y la humillación de esos sujetos sino la frecuencia de las agresiones y el pánico que genera la incontrolabilidad de la situación al no poder escapar de ella ni predecirla.

10.^a La Reforma de 9 de junio de 1999 añade un último párrafo en el precepto regulador de los malos tratos intrafamiliares para facilitar la labor del juzgador a la hora de apreciar la habitualidad, teniendo que atender éste «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». No obstante, la proximidad debería quedar definida en el precepto para evitar desajustes en su aplicación.

11.^a Con relación a los sujetos pasivos parecen positivas, pero no completas, las modificaciones llevadas a cabo al respecto por la Reforma de 9 de junio, porque el legislador se ha olvidado de la inclusión de los hermanos dentro de los sujetos protegidos en el delito de malos tratos habituales. Tampoco quedan incluidos en el tipo los hijos de los hermanos, los descendientes que no sean hijos (nietos), y los parientes por afinidad (cuñados o suegros), aunque convivan bajo el mismo techo con el agresor. Por otro lado, el término «afectividad», definidor de las relaciones no conyugales protegidas por el tipo, distorsiona la correcta interpretación del precepto, ya que dentro de lo que sugiere la frase «análoga relación de afectividad» caben también las relaciones de noviazgo y las relaciones homosexuales, y sin embargo la jurisprudencia viene entendiendo lo contrario, es decir, que en caso de que existan agresiones entre los miembros de estas parejas no puede aplicarse el delito de maltrato, postura que no comparto.

12.^a La Reforma de 1999 abre la posibilidad de establecer el alejamiento del agresor como medida cautelar para los delitos y como pena accesoria tanto para los delitos como para las faltas. Sin embargo no es oportuno que sea el arbitrio judicial y no la letra de la Ley quien decida en última instancia la aplicación de dicha pena, pues es de esencial relevancia en los supuestos de maltrato doméstico y debería haberse previsto como pena principal.