



Algunos aspectos del delito de malos tratos¹

Carmen Gómez Rivero

Profesora Titular de Derecho Penal
de la Universidad de Sevilla

I. Introducción

La incorporación al Código Penal del delito de malos tratos, operada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Reforma y Actualización del Código Penal, vino a dar respuesta específica a los casos en que la convivencia en el núcleo familiar se convierte en el envoltorio de una relación continuada de actos, a veces de pequeña significación aislada, que sólo cobran su verdadera dimensión cuando se contemplan de manera global o continuada y bajo la óptica del desequilibrio de fuerzas, en sentido físico o moral, que normalmente preside la relación entre la víctima y su agresor.

Como sucede en general con cualquier transgresión que el Orden penal sanciona, la necesidad de ofrecer una respuesta punitiva no es más que fruto del fracaso del que tenía que haber sido el marco óptimo para evitar el nacimiento mismo del conflicto: los mecanismos de autorregulación social previos a la reacción punitiva. Como es sabido, a diferencia de otras ramas del Ordenamiento jurídico, el Derecho penal no regula el funcionamiento ordinario de las relaciones sociales y del tráfico jurídico, sino que sanciona las quiebras de las normas mínimas de convivencia que, en principio, deben funcionar por sí solas al margen del poder punitivo del Estado. Por ello, en las conductas de malos tratos, como en tantos otros delitos que el Código Penal contempla, el recurso al arma más represiva de reacción jurídica no es sino la reacción ante el fracaso de alguna de las reglas básicas de convivencia en sociedad, ya sea debido a los condicionamientos sociales o a las circunstancias personales que envuelven al autor y su hecho.

Pero también en el ámbito de la violencia doméstica, al igual que sucede con todos los delitos, es posible identificar una serie de factores previos que condicionan y gestan su aparición: desde la patología propia de una personalidad agresiva e incontrolada hasta roles y estereotipos sociales que entroncan con toda una tradición cultural, filtrada a veces hasta por la propia Ley,² que tan pronto presentan a la mujer como un ser especialmente indefenso y necesitado de protección como una posesión masculina que en sus más perversas desviaciones se convierte en el blanco ideal para descargar las iras y complejos.³ Ante esta realidad, la necesidad de incorporar un tipo que de forma expresa contemplase el delito de malos tratos se hacía evidente; así lo justificaban los datos que ponían de relieve la elevada cifra de comportamientos que, normalmente de puertas para adentro, dan vida a una de las peores formas de violencia a la que se pueda someter a alguien: aquella que ni siquiera se puede identificar en un acto concreto y ubicarse en una coordenada tiempo-espacial porque se pierde en su principio y su fin, porque es cotidiana y acecha en cada acto, en cada gesto, en cada momento.

En cualquier caso, retomando la lógica de la intervención penal, puede decirse que hasta aquí nada nuevo: como siempre, una realidad social, una desviación de la misma y la puesta en funcionamiento de la maquinaria penal. Y nada más habría que decir si no fuera porque esa desviación de la realidad extrajurídica que está en el origen de la reacción penal se favorece de inmediato por la presencia de un dato que pocas veces puede identificarse en otros ámbitos conflictuales, y que hace que la problemática de los malos tratos adquiera

1. Este trabajo se realizó en el marco del Proyecto I+D, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, «Estudio penal y criminológico de la violencia doméstica».

2. Buena prueba es que nada menos que hasta la Reforma operada por la L.O. 14/1999, 9 jun., la Ley de Enjuiciamiento Criminal siguiera hablando en el art. 104 de la desobediencia de la mujer hacia el marido.

3. SCHEIDER, *Körperliche Gewaltanwendung in der Familie*, Berlin, 1987, pp. 86 y ss.

tintes especialmente preocupantes de cara a su persecución práctica: la complicidad que con frecuencia aporta la propia víctima.

En efecto, la realidad social que envuelve a las agresiones en el seno familiar se caracteriza a menudo porque la víctima es la más fiel encubridora de la violencia que soporta. Unas veces por el temor reverencial al agresor, por la dependencia económica y a veces —a pesar de todo— afectiva de la víctima respecto a aquél; otras, simplemente, por miedo a ventilar conflictos que se consideran íntimos de la pareja o la familia, o por la vergüenza a reconocer el fracaso de la relación o incluso la personalidad de quien eligió como compañero, lo cierto es que es la propia víctima quien abona el terreno para que pueda seguir cultivándose la violencia y la que se aísla a sí misma y sumerge cada vez más en su propia tortura.⁴ Ante esto, bien poco puede hacer el Derecho penal. Si en general la panacea a la solución de cualquier conflicto no puede encontrarse ni en el recurso al mismo⁵ ni siquiera en la exasperación de la pena sino en una actuación prejurídica, menos aún sirve recurrir a él cuando es la propia víctima la que oculta su realidad, la que no se atreve a poner fin a la relación. En este contexto, de poco o nada sirve la articulación de instrumentos de reacción penal o el aumento de la sanción punitiva; al contrario, dicha exasperación encierra incluso el riesgo de provocar el efecto inverso, esto es, el incremento del temor a la denuncia por sentirse la víctima aún más incapaz de imputar a su agresor un delito que tiene asignada una pena privativa de libertad realmente grave. Puede decirse, por ello, que el condicionamiento prejurídico en torno a la eficacia del delito de malos tratos es doble: en primer lugar, porque su recurso, como sucede en general con cualquier desviación de conducta, no puede ser la fuente directa de solución del problema; en segundo lugar, porque de poco sirve la aplicación misma de las previsiones del Código Penal si no se acompaña de una labor de concienciación por parte del propio sujeto pasivo de los mecanismos de defensa que le asisten.

Con todo, pese a la afirmación anterior en torno a que el Derecho penal no es ni puede ser el remedio ideal para la solución del conflicto, lo cier-

to es que tampoco puede permanecer impasible ante una realidad que en poco tiempo ha evidenciado la importancia cualitativa y cuantitativa de las conductas violentas producidas en el marco de relaciones familiares o análogas. Motivado por esta realidad, según se vio, el legislador incorpora al Código Penal el delito de malos tratos por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. En lo que sigue me ocupo de alguno de los aspectos que plantea la regulación.

II. Elementos típicos. Breve referencia al bien jurídico protegido en el delito de malos tratos

Conforme a la primera redacción del delito de malos tratos, contenida en el artículo 425 del anterior Código Penal: «*El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física o psíquica sobre su cónyuge o persona a que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor*». La atención legislativa específica de los actos de violencia en el ámbito familiar se completaba por la incorporación de una falta en el artículo 582.3 del Código Penal que venía a cualificar los malos tratos de obra producidos en el contexto familiar.⁶

Si bien es verdad que la introducción de dicho precepto fue aplaudida de forma prácticamente unánime por la doctrina, en cuanto que permitía el castigo directo de esta forma de violencia, la denuncia de sus deficiencias o, si se quiere, de sus limitaciones, no se haría esperar. La experiencia práctica pondría pronto de relieve la estrechez de la regulación para alcanzar tanto a determinadas formas de violencia como a los actos ejercidos contra determinados sujetos que, pese a no estar comprendidos por la letra de la ley, se insertaban de lleno en la misma situación conflictual que motivó la introducción del precepto. Por lo que a lo primero se refiere, ninguna duda había, ya desde el más rudimentario instinto del sentido común, que el daño físico, único que mencionaba el tipo, no es la única forma de agredir a la víctima, ni

4. Tampoco pueden olvidarse los casos en los que, si bien la víctima decide en un primer momento denunciar la situación, posteriormente rectifica por amenazas implícitas o explícitas. Véase, por ejemplo, el caso enjuiciado por la S. Aud. P. Córdoba 15 dic. 1998 en la que la mujer y su hijo, víctimas de actos de malos tratos, se retractan en el juicio oral de las declaraciones hechas en fase de instrucción.

5. Es significativo el dato recogido por un reciente informe realizado por el Instituto Andaluz de la Mujer, conforme al cual el 81% de las denuncias de malos tratos no tienen efectos sobre el agresor, Información aparecida en el Diario *El País* de 11 de diciembre de 1999.

6. Dicho artículo castigaba con la pena de arresto menor en toda su extensión a quien golpear o maltratare de obra sin causarle lesión a «los ascendientes, el cónyuge o persona a la que se hallase unido de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos menores».

siempre la que causa más sufrimiento, ni siquiera la que deja heridas más hondas y difíciles de sanar o la que más destruye el sentimiento de tranquilidad y seguridad. Pero en segundo lugar, tampoco escapaba a ese mínimo sentido común que las «torturas» físicas o psíquicas del agresor no siempre, ni siquiera con más frecuencia, se limitan al círculo de personas que enunciaba el entonces artículo 425 del Código Penal, círculo que era imposible extender por imperativo del principio penal básico de prohibición de analogía *in malam partem* y que, por ello, había motivado resoluciones absolutorias respecto al delito de malos tratos cuando, por ejemplo, los nuevos episodios de violencia se producían tras el trámite de la separación.⁷ Esta laguna resultaba especialmente preocupante ante la evidencia de que la ruptura de una relación sentimental no siempre supone el fin de las vejaciones y actos de violencia; al contrario, la propia personalidad a la que con frecuencia responden los agresores de este tipo de delitos (sujetos celosos, de baja autoestima que sólo logran afirmarse por medio de la violencia...) ⁸ determina que muchas veces el capítulo de la separación o

del divorcio no sea más que un incentivo para continuar la «persecución» de su víctima más allá del techo familiar, de la misma forma que un propietario persigue a su pertenencia allí donde quiera que esté. Es más, al margen de lo anterior, no puede olvidarse que muchas veces la separación o el divorcio es el punto de arranque de nuevos problemas capaces de encender una vez más la mecha de la violencia, de la vejación y la humillación. Baste pensar en los conflictos inherentes a la ruptura de la relación, como la custodia de los hijos o la distribución de los bienes comunes.⁹

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, se orientó a superar todas estas limitaciones. Dicha Ley, además de introducir reformas en el orden procesal¹⁰ y aumentar la pena de prisión,¹¹ modificó la redacción del delito de malos tratos para ampliar su ámbito típico tanto por lo que se refiere a las *conductas típicas* comprendidas en el mismo como al círculo de posibles *sujetos pasivos*.¹² En relación con éstos últimos el legislador se cuidó de ampliar el catálogo de sujetos a los que resultase aplicable, estableciendo que pueden serlo «quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya es-

7. Así, por ejemplo, la S. Aud. La Coruña 19 nov. 1997, en la que se enjuiciaba la conducta del marido que encuentra a su esposa en una frutería y tras discutir con ella la agarra por el cuello.

8. *Violencia contra la mujer*, Ministerio del Interior 1991, pp. 55 y ss.

9. Véase, por ejemplo, la S. 9 jun. 1998, en la que se produce una intensificación de la violencia psíquica y corporal ejercida por el marido hacia su esposa a raíz de la demanda de separación, al considerarse perjudicado en las cuestiones relativas a la custodia de los hijos así como en el hecho de que fuese la esposa quien siguiera residiendo en el que fue el domicilio familiar.

10. Dicha Ley modifica los arts. 13 y 544 bis de la L.E.Cr., redactándolos como sigue: «Art. 13: Se consideran como primeras diligencias las de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares u otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente Ley.»

«Art. 544 bis. En los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al imputado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios u otras entidades locales, o comunidades autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del imputado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del imputado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá originar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.»

11. Conforme al anterior art. 425 la pena prevista era arresto mayor (de un mes y un día a seis meses); conforme al art. 153 la pena es de prisión de seis meses a tres años.

12. Es verdad que la nueva redacción suprimió el inciso contenido en el art. 425 del anterior Código Penal que hacía referencia al que «con cualquier fin, ejerciere violencia física...». Si bien dicha supresión se ha denunciado a veces como un peligro, en el sentido de que pudiera dar pie a restringir el ámbito típico por excluir de la esfera penal los supuestos eventualmente reconducibles al ejercicio legítimo de un derecho, como un supuesto derecho de corrección, me parece que tal peligro debe considerarse inexistente. Si el legislador ha optado por suprimir dicho inciso no lo ha hecho para limitar el ámbito típico, máxime cuando, como se está señalando, su tendencia es a ampliarlo, sino, simplemente, porque era innecesario incluirlo. De hecho, creo que la supresión de dicha cláusula se presta a una lectura de signo diametralmente opuesto a la que apuntan los que denuncian tales temores: mantenerla supondría reconocer implícitamente que existe un derecho de corrección y por eso hace falta decir a renglón seguido que no se le quiere dar relevancia a efectos penales. Sencillamente porque tal derecho no existe es por lo que no hace falta decir que, en el orden penal, no es eficaz.

tado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge 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».¹³ La ampliación del ámbito típico la lograría el legislador a través de dos vías complementarias. La primera, cuidándose de definir de forma amplia lo que haya de entenderse por *habitualidad*, eje sobre el que gravita y da sentido al delito de malos tratos y que hasta entonces no encontraba otra concreción que la jurisprudencial.¹⁴ Si bien sin hacer especial mención al aspecto cuantitativo, esto es, al número de actos de violencia necesarios, el legislador quiso dejar claro que lo decisivo no puede ser la perspectiva formal de los actos de violencia enjuiciados, algo que la emparentaría más bien con el concepto de reincidencia, sino una valoración criminológico-social que ponga el acento en la realidad conflictual material que está en su base.¹⁵ Conforme al apartado segundo del artículo 153, para apreciar la habitualidad: «se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Pero sin duda, la novedad más llamativa y esperada, aunque también, como enseguida se verá, la que genera las más complicadas dudas interpretativas, es la inclusión entre el ejercicio de las formas de violencia que pueden ser constitutivas de un delito de malos tratos, además de las de carácter físico, las de índole psíquica. El legislador sitúa así la regulación penal en sintonía con las Declaraciones recogidas a nivel internacional,¹⁶ colmando una de las lagunas que más enérgicamente había denunciado la doctrina en relación con la regulación anterior del delito de malos tratos que, según se vio, sólo mencionaba los actos de violencia físicos, de tal modo que los daños psíquicos sólo podían reconducirse, en su caso, a los tipos comunes de lesiones, coacciones, amenazas o atentados a la integridad moral.¹⁷

Con este diseño más amplio de sus contornos, el artículo 153 del Código Penal se presenta como el instrumento con el que valorar de forma autónoma los casos en los que el insulto y la humillación se convierten en clima habitual de la relación, el reproche injustificado y la ridiculización en una tortura psicológica, el desaire en intimidación; la respuesta violenta en fuente permanente de pánico y miedo. A todas esas formas que, a veces, aisladamente contempladas, todo lo más, atravesarían los umbrales de una falta de lesiones del apartado primero¹⁸ o segundo¹⁹ del artículo 617

13. Sobre las dudas interpretativas y las lagunas de punibilidad de la regulación anterior, véase CUENCA GARCÍA, «La violencia habitual en el ámbito familiar», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998, pp. 643 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 54 y ss.

14. Sobre la concreción doctrinal de la habitualidad, CUENCA GARCÍA, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998, ob. cit., pp. 651 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, ob. cit., pp. 65 y ss.

15. Véase en este sentido el Informe aprobado por el Pleno del C.G.P.J. con fecha de 19 jun. 1998: «la exigencia de habitualidad del art. 153 del Código Penal debería ser entendida no tanto en un sentido técnico-jurídico, como reincidencia, sino mediante una interpretación más amplia y progresiva, en un sentido criminológico-social, como conducta agresiva repetida y dilatada en el tiempo, con o sin condenas previas, de forma que la sentencia condenatoria firme precedente pueda constituir una prueba más de la habitualidad que, no obstante, podría también demostrarse por otros medios, como la existencia de denuncias anteriores, el testimonio de personas pertenecientes al mismo ámbito vecinal, etc.».

Dicha solución contrasta con la definición de habitualidad que se preveía en el Proyecto de L.O. de Código Penal de 1992, que identificaba la habitualidad con la reincidencia, acotándola además en un margen temporal. Conforme al art. 161 del Proyecto: «A los efectos de este artículo, existe habitualidad cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a las que se refiere el apartado anterior, en los cinco años precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal».

La interpretación del concepto de habitualidad en sentido criminológico-social ya había sido sugerida por la doctrina; por todos, RUIZ VADILLO, «Las violencias físicas en el hogar», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 326, 1998.

16. Así, por ejemplo, la Tercera Conferencia del Consejo de Europa sobre igualdad de hombres y mujeres, de 1993; la Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, de 1993 o la Declaración de Beijing de 1995.

17. Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990: «la consecuencia más grave del empleo de la expresión "violencia física" es la de impedir la subsunción en el art. 425 de los malos tratos morales o psíquicos habituales, que pueden llegar a ser tanto o más graves que los físicos y que resultan de esta forma, sin embargo, impunes mientras no produzcan un resultado lesivo constitutivo de lesión».

No obstante, algún autor había justificado dicha restricción. Es el caso de GRACIA MARTÍN, quien manejaba como argumento el principio de intervención mínima, «El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial 1995, Delitos contra la vida e integridad física*, p. 250.

18. Que se refiere a la causación de lesiones que sólo requieren una primera asistencia facultativa.

19. Que contempla el maltrato de obra que no causa lesión, agravando la pena en el inciso final cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153.

del Código Penal o del artículo 620.2,²⁰ de unas coacciones, amenazas, o delitos contra la integridad moral, viene a dar respuesta penal el artículo 153 del Código Penal, dotándolas de un sentido unitario que acuña su específico contenido de desvalor.

No obstante, el consenso en torno a la comprensión del delito de malos tratos suele agotarse en la afirmación anterior. Pese a que a penas existen dudas para afirmar que la razón de ser del mismo desenfoca la contemplación aislada de los actos de violencia, las opiniones se dividen a la hora de delimitar los contornos del bien jurídico que se trata de tutelar, hasta el punto de que es posible encontrar defensores prácticamente de cualquier opción: desde la dignidad, el honor o la seguridad familiar, hasta los que niegan la posibilidad de descubrir en este delito un bien jurídico autónomo al protegido por otros tipos de la Parte Especial, fundamentalmente, el delito de lesiones.²¹

Es verdad que el delito de malos tratos guarda un innegable parentesco con los delitos de lesiones, en cuanto que también en aquél puede verse afectada la salud e integridad del sujeto pasivo. No es por ello de extrañar que un sector doctrinal apunte a la configuración del mismo como un delito de peligro respecto a aquel bien jurídico, que vendría a anticipar la protección penal antes de que se produjera el resultado lesivo que normalmente es de esperar del ejercicio de los actos de violencia.²² A mi entender, sin embargo, la comprensión del bien jurídico en el delito de malos tratos, si bien tiene en cuenta dicho estado de peligrosidad no se agota en el mismo, por mucho que se defina en términos amplios. Así lo revela el hecho de que la definición de habitualidad introducida por la Reforma de 1999 tome como punto de referencia cualquiera de los actos de violencia ejercidos contra los distintos sujetos que enumera. Más allá de dicho aspecto, el clima mismo en que se contextualiza la realización típica determi-

na que el objeto de protección desborde la mera contemplación de la situación de riesgo para entroncar con los conceptos más amplios de *dignidad, bienestar, seguridad y tranquilidad*, cuya tutela supera la contemplación aislada de los resultados lesivos que eventualmente llegaran a producirse.²³ Sólo así puede entenderse que el legislador haya optado sin matices por las reglas del concurso de infracciones al señalar de forma expresa que la pena que contempla se entiende «*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*».

Y es que, en efecto, si el delito de malos tratos no fuese más que la anticipación de la situación de peligrosidad ínsita a las lesiones, las reglas generales de la teoría del delito determinarían que el resultado lesivo consumiera a la situación de riesgo, en cuanto que la misma no sería más que una secuencia precedente a aquél cuyo castigo autónomo quedaría vedado por la regla penal básica del *ne bis in idem*. Frente a ello, el imperativo legal de apreciar de forma adicional los resultados lesivos que eventualmente pudieran producirse confirma de manera implícita que el contenido de injusto del delito de malos tratos se desvincula de la óptica individual a la que responden los respectivos delitos de lesiones.

III. La relación entre el delito de malos tratos y lesiones. Especial referencia a la problemática de los actos de violencia psíquica

A partir de la incorporación de la cláusula concursal en el artículo 153, la respuesta jurídica a los malos tratos continuados que acaban produciendo una lesión de mayor o menor intensidad está llamada a articularse sin mayores dificultades, al menos en teoría, en un doble plano: por un lado, una valoración unitaria que atendería a la situa-

20. «Serán castigados con la pena de multa de 10 a 20 días: (...) 2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve (...). Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de 10 a 20 días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar (...).»

21. Así, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Valencia, 1997. Véase las referencias doctrinales que recogen GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, ob. cit., pp. 18 y ss.

22. MORALES PRATS, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, ob. cit., p. 249; GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, ob. cit., pp. 20 y ss.

23. CUENCA GARCÍA, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998, ob. cit., pp. 632 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho penal*, AA.VV., Madrid, 1997, p. 169.

Véase la S. Aud. Madrid, 20 en. 1999: «el bien jurídico protegido no es sólo la salud, la integridad física, sino también el derecho a vivir razonablemente tranquilo, sin miedo, sin sumisión humillante y sin dependencia absoluta del humor ajeno, de suerte que el atentado a ese derecho puede penarse separadamente del atentado al derecho a la salud».

ción de vejación, humillación e inseguridad que suponen los malos tratos habituales; por otro, una valoración individualizada de cada acto aislado de violencia que vendría a calibrar de forma singular la entidad del resultado lesivo producido. Dicha relación, en principio, con las puntualizaciones oportunas,²⁴ no debería plantear mayores problemas. Y no debería plantearlos porque para ello cuenta con un diseño teórico impecable que viene a garantizar el engranaje perfecto de cada elemento concursal asegurando, de paso, la valoración jerarquizada del injusto conforme a la gravedad del resultado lesivo producido y, con ello, la proporcionalidad de la pena final resultante conforme a uno de los postulados básicos del Derecho penal. Evidentemente, no es la misma la conducta del padre que castiga reiteradamente al hijo encerrándole en una habitación oscura y prolonga la situación de aislamiento durante varios días, lo que le genera crisis de pánico o angustia, que la conducta consistente en la realización continuada de ataques verbales aunque éstos, también por su habitualidad, representen una forma de vejación que merme la autoestima de la víctima, como por ejemplo, las palabras del marido que niega haberse casado por estar enamorado de su esposa, sino simplemente para estar más cerca de la hermana de ésta, de la que dice estar enamorado.²⁵ De forma paralela, por lo que a las agresiones físicas se

refiere, está claro que no pueden contemplarse valorativamente idénticos los actos habituales de violencia que provocan serios resultados lesivos en la víctima que los atentados de pequeña intensidad que, como empujones o zamarreos, ni siquiera dejan marcas en el cuerpo o que, incluso dejándolas, como los hematomas o arañazos, no precisan asistencia facultativa.

Como decía, la valoración individualizada de cada acto de violencia y, con ello, el principio penal básico de proporcionalidad, se garantiza al contemplar el legislador toda una gama de delitos que valoran de forma individualizada la gravedad del ataque. Cada uno de los atentados aisladamente considerados encuentra un tipo al que conducirse: desde la falta de lesiones del artículo 617.1 cuando sea necesaria una primera asistencia facultativa tras la lesión física o incluso del artículo 617.2, cualificada por el inciso segundo, cuando la misma no sea necesaria (malos tratos de obra que no producen lesión), hasta los correspondientes delitos de lesiones psíquicas o físicas cuando la víctima, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico.²⁶ Ni que decir tiene que estos delitos, en su caso, podrán apreciarse en las modalidades agravadas de los artículos 148,²⁷ 149²⁸ y 150 del Código Penal.²⁹ Por su parte, por lo que a las lesiones psíquicas de menor entidad se refiere, la

24. Así, por ejemplo, el que los tipos de lesiones entren en relación concursal con un delito de malos tratos determina, según entiendo, la imposibilidad de apreciar en aquéllos la circunstancia de parentesco, en cuanto que la relación parental o análoga ya es tenida en cuenta como elemento constitutivo del art. 153.

25. S. 9 jun. 1998.

26. Art. 147: «1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.»

27. «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido.

1.ª Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.ª Si hubiere mediado ensañamiento.

3.ª Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.»

28. «El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.»

Esta cualificación comprendería, desde las deformidades hasta las lesiones psíquicas o físicas graves ocasionadas por la conducta de malos tratos. Dicho tipo permitiría comprender también los casos de contagio del virus del Sida, algo que frecuentemente trae su causa de la comisión de un delito previo, coacciones, amenazas, o de la reiteración de acciones vejatorias que propician un clima de intimidación implícita por la que el sujeto accede a la relación sexual. Por lo que a las lesiones se refiere, el simple hecho del contagio, antes aun de desarrollar la enfermedad, puede considerarse constitutivo de un delito de lesiones psíquicas en los casos en que el conocimiento de la infección conlleve un cuadro de angustia en el paciente ante el temor a su desarrollo y, en definitiva, al desenlace fatal. Al respecto, GÓMEZ RIVERO, *La imputación de resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998, pp. 174 y ss.

29. «El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.»

valoración graduada del reproche penal también se garantiza al contemplar el legislador en el artículo 620 apartado segundo la conducta de causar a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, agravándose la pena en el inciso tercero del mismo apartado cuando la víctima sea uno de los sujetos del artículo 153.

La dificultad para valorar de forma autónoma la conducta lesiva a efectos de la relación concursal, no se debe, por tanto, al diseño teórico de la solución legal. Tanto los resultados lesivos de mayor como de menor intensidad que pudieran tener relevancia penal encuentran en el Código tipos específicos a los que reconducirlos; con ello se valoran de forma autónoma, por imperativo del artículo 153, todos y cada uno de los resultados producidos a consecuencia de los actos de violencia que, a su vez, están llamados a entrar en relación de concurso delitos con los malos tratos. Y porque dichos presupuestos teóricos se dan tanto en relación con los malos tratos físicos como con los psíquicos, en principio, respecto a ninguna de las dos variables de ejercicio de violencia debieran plantearse especiales problemas para articular en cada caso la relación concursal.

Obsérvese, además, que la incorporación de la cláusula concursal en el artículo 153 viene a solucionar uno de los problemas interpretativos que se había presentado como más conflictivo en el capítulo del régimen concursal de este delito con otros títulos delictivos. Y es que, en efecto, en la regulación anterior en la que estaba ausente dicha cláusula, si bien podía considerarse mayoritaria la opinión doctrinal favorable a apreciar el correspondiente concurso de delitos, no habían faltado propuestas en el sentido de excepcionar dicha regla en determinados supuestos; en concreto, en los casos en que la valoración autónoma del atentado sólo pudiera subsumirse en una falta de lesiones.³⁰ Las dudas las despeja sin ambages dicha cláusula al referirse de forma expresa y sin distin-

ción a los resultados lesivos que se tradujeran simplemente en una falta. Es más, por ello, porque la cláusula se introduce sin excepción ni matiz alguno, las reglas del concurso de delitos deben regir también en los casos en los que el atentado en que se concreta el acto de violencia puntual sea la falta de maltrato del artículo 617.2 del Código Penal. Esta solución, a la que en general se había opuesto la mayoría de la doctrina, normalmente con el argumento de que el delito de malos tratos no es más que una cualificación de dicha falta, se desprende ahora claramente del artículo 153 del Código Penal.³¹ En realidad, se trataría simplemente de la confirmación legal de la solución a la que debe conducir la comprensión autónoma del bien jurídico protegido en el artículo 153 que, por ello, en absoluto se solapa con el maltrato de obra del artículo 617.2, en el que el bien jurídico protegido no es sino la integridad física,³² que resulta lesionada ahora de la forma más leve imaginable.³³

Sin embargo, esta aparente facilidad para enlazar el doble nivel en que se diseña la respuesta jurídica empieza a encontrar dificultades tan pronto como se abandona el primer plano de la actividad del jurista, el del estudio de los instrumentos de construcción teórica de la relación concursal, y se aborda la tarea de identificar los actos que desencadenen la aplicación práctica de dichas reglas teóricas. A esa dificultad contribuye de forma singular la fenomenología misma de uno de los actos de violencia que menciona el precepto tras la Reforma de 1999: las de carácter *psíquico*. Baste pensar que mientras la lesión *física* siempre trae su causa de un acto de *violencia física*, la *psíquica* puede traerla tanto de un acto de *violencia psíquica* como *física*. Son precisamente los casos en los que en su origen la lesión psíquica carece de dicha autonomía, esto es, cuando se vincula en su origen a actos de violencia física, los que van a resultar más problemáticos en la práctica. Como no dudan en señalar los especialistas, las alteraciones

30. Por todos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La Reforma penal de 1989*, Madrid, 1989, pp. 104 y ss.

De hecho, la propia Fiscalía General del Estado, en Circular 2/1990, afirmó que «si las lesiones causadas por las violencias habituales fueren constitutivas de falta, el art. 425 consumiría esos resultados que en cierto modo, están ínsitos en el término "violencia física"».

31. No obstante, en el sentido que aquí se defiende se había pronunciado ya algún autor en la regulación anterior, si bien de forma realmente minoritaria: es el caso de GRACIA MARTÍN, en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 426.

32. En un sentido distinto, PÉREZ ALONSO, «El delito de lesiones», en *ADPCP* 1990, p. 628, para quien el bien jurídico protegido es la dignidad personal. A mi juicio, si bien es indiscutible que la dignidad es el trasfondo de la tipificación de muchos tipos delictivos, su concepto no puede manejarse como un bien jurídico independiente, tutelado en primer plano por el Derecho penal. De lo contrario, habría de llegarse a la conclusión de que prácticamente en todos los tipos delictivos es ese el bien jurídico protegido.

33. Todo ello sin olvidar que la solución de entender que la falta del art. 617.2 se subsume en el delito de malos tratos podría dar lugar a consecuencias inadmisibles. De hecho, algún defensor de dicha solución, como CUENCA GARCÍA, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998, ob. cit., pp. 653 a 661 pone de relieve los problemas a que conduce dicha solución a efectos de apreciar la habitualidad: «ya que si ha habido una sentencia condenatoria en relación a una falta de malos tratos del art. 617.2 C.P., ésta no puede ser considerada de nuevo para formar parte de la habitualidad requerida por el tipo del art. 153 C.P.; pues ello, en principio, vulneraría el principio de 'non bis in idem'».

psíquicas producidas a consecuencia de la lesión física previa pueden referirse tanto a las vivencias experimentadas (los actos de violencia física ya realizados) como a las alteraciones psicológicas ante el temor a nuevas agresiones o reacciones violentas. Es lo que se conoce como *trastorno de estrés postraumático*, recogido en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la O.M.S., entre cuyas manifestaciones se encuentran las revivencias o sueños, episodios de temor e incluso evitación de situaciones que recuerdan o sugieren el trauma, llegando a dar paso a crisis de pánico o agresividad. Todo ello acompañado de un estado de hiperactividad e hipervigilancia, reacciones de sobresalto, insomnio, ansiedad, depresión y a veces, incluso, tendencias suicidas.³⁴ ¿Deben dotarse a todas estas alteraciones de una valoración penal autónoma o, por el contrario, se trata de simples consecuencias accesorias o concomitantes a la lesión, cuya valoración ya es tenida en cuenta en el marco penal de aquélla?

Dejando al margen cuestiones relativas a la dificultad misma de apreciar el nexo de atribución entre la conducta del agresor y la lesión psíquica,³⁵ la primera dificultad que se plantea tiene que ver con la imprecisión misma del concepto de lesión psíquica, lo que da paso a un doble interrogante: en primer lugar, respecto a la entidad que debe tener la misma para convertirse en soporte autónomo de valoración penal; en segundo lugar, allí donde se haya dado una respuesta afirmativa, los criterios con los que pueda delimitarse respecto a tipos limítrofes, especialmente, los delitos contra la integridad moral.

En relación con el delito contra la integridad moral debe advertirse que hasta la fecha la jurisprudencia solamente lo ha apreciado en una ocasión. Se trata de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona de 1 de enero del 2000 (confirmada después por la Audiencia Provincial), en la que, tras una discusión,

el hombre cogió un martillo y amenazó de muerte a su compañera, al tiempo que la cogió por el pelo y la arrastró hasta el lavabo de la vivienda. Una vez allí, metió la cabeza de su compañera en la taza del retrete y comenzó a tirar de la cadena para así causarle una sensación de angustia y agobio. El Juzgado le condenó a un año de prisión por un delito contra la integridad moral así como a un arresto de seis fines de semana por una falta de lesiones.

De entrada, la dificultad se centra a la hora de definir la intensidad mínima de los actos de violencia psíquica que sean relevantes para integrar el tipo objetivo de los malos tratos. Porque si bien es verdad que el Derecho penal no puede permanecer impasible ante los actos de violencia en el ámbito familiar, tampoco puede manejarse, ahora en el extremo opuesto, para reaccionar frente a comportamientos que si bien pueden ser incómodos dentro del núcleo familiar o de la relación de pareja, no revisten la intensidad suficiente para convertirse en objeto de reproche penal. Casi ni que decir tiene que la dificultad se agudiza en el ámbito de las violencias psíquicas, donde es más difícil definir los contornos de aquéllas frente a lo que todavía puede insertarse en los límites de lo admisible o tolerado. Baste pensar, por ejemplo, en conductas como la de realizar comentarios que pueden suponer un desprecio o ridiculización de la otra persona, o levantar la voz en público, comportamientos que, según algunos estudios, son vividos por la víctima como auténticos actos de violencia psíquica y, sin embargo, a la vez, se prestan a valorarse como simple expresión del deterioro de una relación de pareja, algo respecto a lo que está claro que el Derecho penal no tiene nada que decir. Por mucho que dé paso a una vivencia negativa, lo cierto es que criminalizar estas situaciones sería tanto como perder de vista los límites mínimos de la intervención penal. No es por ello de extrañar que en la doctrina se hayan ensayado

34. Véase JIMÉNEZ CASADO, *Malos tratos conyugales a mujeres en el área de Sevilla*, Sevilla-Málaga, 1995, p. 65; también *Violencia contra la mujer*, ob. cit., p. 54.

35. Véase, por ejemplo, la S. Aud. Las Palmas 5 dic. 1998, en las que, pese a los malos tratos inferidos al hijo por parte de la madre, se niega que la situación de desequilibrio y problemas de comportamiento del niño puedan imputarse en solitario a la madre: «El chico ha pasado por un cúmulo de circunstancias que han llevado a los problemas de conducta expuestos en el plenario por la directora del Colegio... En primer lugar, consta en la causa que fue un niño no querido por su madre, por ser fruto de relaciones con su marido —el primero— cuando ya existía una ruptura de fondo entre ellos. Que incluso pensó en abortarlo pero le disuadieron, ayudándola y animándola para que no lo hiciera. Que sus primeros tiempos fueron en prisión. Que allí era maltratado, hasta el extremo de ser denunciada y condenada luego. Que la relación con el hombre que ahora "está" con la acusada, no es buena y que éste le ha visto en toda su vida, un par de años a lo sumo. Que ha estado internado en un Centro de Acogida de la Dirección General del Menor del Gobierno de Canarias. Que tuvo una escolarización interrumpida y reanudada en un Colegio británico de la capital. Que presenció y fue víctima de malos tratos de su madre, a la que tiene un gran miedo, como puso de relieve la psicóloga forense interviniente en la vista. Y que, en consecuencia, es lógico que con tan intensas experiencias en su corta vida, sea un niño difícil, con problemas de agresividad. Pero, precisamente por todo lo relatado no puede achacarse exclusivamente a la acusada los daños que se le haya infligido a su "salud mental". Eso no sería justo, y en consecuencia, no estimamos producido el mencionado delito.»

fórmulas para restringir el círculo de conductas relevantes a efectos de apreciar los actos de violencia que requiere el artículo 153. Así, por ejemplo, puede citarse la propuesta de GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO para quienes «no toda expresión verbal constituye una conducta psíquica, sino sólo la que, de manera más o menos relevante, incide directamente sobre la psiquis del afectado, poniendo directamente en peligro su salud mental».³⁶

Pero no se agotan en este punto las dificultades que conlleva la imprecisión de los conceptos que tienen que ver con la esfera psíquica. Los problemas también se plantean a la hora de determinar cuándo pueda entenderse que el acto de violencia psíquico en cuestión se ha plasmado en un resultado lesivo que pueda dar paso a la aplicación del correspondiente tipo de lesiones –psíquicas–, aspecto que se convierte en el verdadero punto neurálgico de la discusión en torno a la relación concursal del delito de malos tratos con las lesiones.

• **Excursus:** el problema de la autonomía de los actos de violencia psíquica. La relatividad, imprecisión y dificultad que se presenta no pocas veces para diagnosticar y definir las alteraciones de orden psíquico abre todo un abanico de dudas en torno a si determinadas anomalías psíquicas pueden considerarse como auténticas lesiones o, por el contrario, como meras alteraciones más o menos pasajeras que se resisten a calificarse como patologías. Ello a su vez enlaza con la vieja polémica en torno a si la apreciación de un delito de lesiones requiere constatar o no una lesión somática y, en definitiva, en torno a lo que haya de entenderse por integridad corporal como fuente de la que deba traer su causa la lesión psíquica. Desde luego que la cuestión no es baladí. Y no sólo porque es evidente que de exigirse dicha lesión de base somática se restringe considerablemente el ámbito típico del delito de lesiones, sino porque a ello se añade de forma inevitable una segunda limitación nada desdeñable en el ámbito de las lesiones psíquicas: las dificultades probatorias para acreditar en el proceso la existencia de dicha base somática.

Alguna Sentencia, como la del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998, ha exigido dicha base somática al considerar que «el tipo penal de las lesiones exige como presupuesto una lesión corporal,

lo que, más allá de los casos en que se produzca una pérdida, perturbación o modificación de la sustancia corporal, debe afirmarse cuando se trate de la producción de malestares físicos de cierta entidad, como la producción de terror o de asco. Con respecto a estos últimos fenómenos se ha entendido que sólo cabe apreciar la exigencia de incidencia corporal cuando "junto a la conmoción del equilibrio espiritual se dé también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles". Esta tendencia contrasta, sin embargo, con el hecho de que el Código Penal se limite a exigir en el artículo 147 para apreciar un delito de lesiones que, por cualquier medio o procedimiento, se cause una lesión que menoscabe la salud mental. Como con buen criterio ha señalado un destacado sector doctrinal, ello debería llevar a priorizar en exclusiva el dato de la alteración psíquica, con independencia del efecto que tenga en el aparato nervioso central, siendo, todo lo más, la certificación de la base somática de la lesión un dato más a tener en cuenta a la hora de acreditar la realidad de aquélla.³⁷

Lo cierto es que, tal vez fruto de todas esas imprecisiones y dificultades interpretativas, la solución parece estar abocada a la contemplación del caso concreto. Así, por ejemplo, el Alto Tribunal ha negado la existencia de lesiones psíquicas en la conocida Sentencia de 30 de octubre de 1994, en la que se enjuiciaban las prácticas a que fueron sometidos los niños en la Secta Niños de Dios. En ella, el Tribunal Supremo descarta que las alteraciones psíquicas sufridas por los niños tuvieran intensidad suficiente para integrar un delito de lesiones al entender que «la única alteración psicológica admitida por la Sala sentenciadora consiste en la "dificultad de integrarse con niños de su edad y pertenecientes al área cultural catalana y de futuro, para insertarse con éxito en la sociedad postindustrial y competitiva", descartando la existencia de "lastimamientos psíquicos". Esta valoración encuentra su apoyo en el contenido de la pericial psiquiátrica que recoge la sentencia recurrida resaltando que los peritos han sido unánimes al descartar rotundamente cualquier enfermedad mental en sentido de dolencia de origen endógeno o exógeno, excluyendo cualquier tipo de "psicosis" reactiva –paranoia, mantaco depresiva o esquizoide–, habiéndose descubierto exclusivamente en una niña, una deficiencia cerebral congénita en vías de compensación.

36. GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, ob. cit., pp. 32 y ss.

37. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, p. 110; QUINTERO OLIVARES, «Las lesiones en el nuevo Código Penal (Aspectos problemáticos)», en las *Actas del Congreso de Derecho penal y procesal «El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado»*, celebrado en Sevilla del 11 al 1 de noviembre de 1996, p. 63: «la lesión psíquica no puede reducirse al cerrado pero impreciso campo de la inoculación de una enfermedad mental, sino que acoge el más plausible del daño o trauma psíquico».

Por el contrario sí se detectaron problemas de equilibrio emocional, mimetismo monocorde en la respuesta a estímulos y dificultades de integración con otros niños de su edad en Cataluña, especialmente en los planos lúdico y escolar pronosticando de futuro, para su mayoría de edad laboral, de haber seguido en el grupo posibles serios problemas de adaptación e integración en una sociedad competitiva... No puede olvidarse que el delito de lesiones es eminentemente de resultado y no de peligro, por lo que es necesario acreditar unos daños psíquicos que tienen que ir más allá de las simples carencias o desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales».

Las dificultades se acrecientan aún más cuando, como sucede normalmente en la tipología de casos que aquí interesa, la lesión psíquica trae su causa de un comportamiento delictivo previo, ya sea un delito de detenciones ilegales, de un delito contra la libertad sexual o, de forma más frecuente, del delito de lesiones físicas, casos en los que se plantea si el correspondiente resultado lesivo a la salud debe entrar en concurso con el delito al que se asocia.³⁸ En todos ellos las dudas se multiplican ante la dificultad misma de delimitar lo que deba considerarse como un resultado autónomo —aunque derivado del comportamiento delictivo previo— frente a lo que sean meros efectos secundarios, concomitantes a la acción delictiva de la que trae causa y que, por ello, no tienen consistencia para soportar una valoración penal autónoma. De hecho, un rastreo por la doctrina jurisprudencial de las diversas instancias pone de relieve la dificultad para trazar nítidos criterios de solución, por lo que no es de extrañar la diversidad de soluciones. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1995 aprecia como resultado lesivo los daños psíquicos producidos a consecuencia de un delito de detención ilegal: «La mujer ilegalmente detenida y encerrada en una habitación de su domicilio, como consecuencia de la dureza con que el mismo se desenvolvió, padeció estrés postraumático con múltiples consecuencias: ansiedad, depresión, temor, hipervigilancia, inquietud, insomnio, pérdida de hasta quince kilos de peso, sintomatología psicósomática propia de la ansiedad, ideas autolíticas, disminución del autoconcepto, pérdida del placer sexual, estado de angustia y de miedo con desajustes tempo-espaciales y desequilibrio emocional en general, todo lo cual precisó para su curación de tratamiento médico psiquiátrico o psicológico

además de farmacológico». El Alto Tribunal consideró que la mujer sufrió «un deterioro psíquico por encima de simples carencias sociales, por encima de meros desajustes, afectivos o emocionales, que también los hubo en el caso de autos. La resolución recurrida es elocuente, clara y precisa a estos efectos. La mente humana puede verse alterada seriamente como consecuencia de muy diversas acciones en su contra ejercitadas, con efectos y consecuencias distintos según la propia personalidad de la víctima, que puede reaccionar de también muchas maneras. De ahí que no quepa establecer reglas, definidoras o interpretativas, rígidas e inamovibles. La mente puede mantenerse firme a pesar de sufrir serias adversidades. Quizás por eso la lesión mental haya de cobijarse penalmente, algunas veces, en el ámbito del dolo eventual. En el supuesto de ahora, la mujer reaccionó psíquicamente en la forma que su organismo, por encima de su voluntad, determinó. Sin necesidad de establecer un cuadro comparativo con otras reacciones psíquicas de otras personas, aquí se consumó el tipo penal asumido por el artículo 420 del Código».

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1991 aprecia la autonomía de las lesiones psíquicas respecto a los delitos de malos tratos y contra la libertad sexual: el acusado había colocado a su pareja en un club de alterne cuyo trabajo iba a consistir, además del alterne con los hombres que visitaran el club, en mantener relaciones sexuales con los clientes. Ante las protestas de la mujer por la clase de trabajo, así como por la irritación que provocaba en el procesado la falta de rendimiento de su pareja, la respuesta eran conductas de malos tratos que obligaban a la víctima no sólo a continuar en el club, sino a intensificar sus relaciones sexuales. Toda esta situación de tensión provocó en la mujer una neurosis reversible, que el Tribunal valoró como constitutiva de lesión autónoma.

Por el contrario, en otras Sentencias las alteraciones psíquicas se contemplan como algo inherente a la acción delictiva de la que trae causa y, por ello, se descarta que puedan convertirse en soporte de un juicio de valoración penal autónomo. En este sentido puede citarse la Sentencia de 7 de enero de 1995 de la Audiencia Provincial de Tarragona. En ella, el Tribunal niega la valoración autónoma de las alteraciones psíquicas conectadas a un delito de violación: «Si bien las lesiones, como ha reconocido la Jurisprudencia y recoge el artículo citado, pueden ser no sólo físicas, sino psí-

38. Obsérvese que en el caso de que pueda afirmarse que a consecuencia de conductas habituales de violencia física a un miembro de la familia se haya producido una lesión psíquica autónoma deberá apreciarse un concurso de delitos entre una lesión física y otra psíquica.

quicas, en cuanto se atenta a la salud psíquica o mental de una persona, pues doctrinal y legalmente la lesión supone cualquier perturbación de la normalidad física o psíquica, cuan sinónimo de bienestar, originado por acción u omisión, intencional o culposa, que determina en efecto subsiguiente la pérdida y disminución, en cualquier caso alteración o perturbación, de la salud, igualmente normal (S.T.S. 2 mar. 1985), debe distinguirse entre las secuelas del delito de violación y las lesiones psíquicas. Efectivamente de un simple examen de los hechos probados se desprende que las perjudicadas... sufrieron secuelas psíquicas, consistentes en ligeros trastornos en el sueño y temor de su vida social... y...tratamiento psicoterapéutico, durante más de un año, pero tales efectos son derivados de los delitos de violación del que fueron víctimas las tres chicas, en cuanto la violación conlleva unas secuelas de gran intensidad psíquica que afectan hondamente a la vida personal, familiar y social de quien las sufre, siendo generalmente inherente a la violación este tipo de secuelas de carácter psíquico, por lo que deben subsumirse en el concepto de secuelas psíquicas del delito de violación, y no como un delito de lesiones psíquicas independiente del delito de violación, pues resulta obvio que los efectos psíquicos padecidos por las muchachas derivan directamente de la impresión que les produjo el hecho de ser víctimas de una o varias violaciones.»

En la misma línea puede citarse, entre otras,³⁹ la Sentencia de 8 de junio de 1995 de la Audiencia Provincial de Orense, en la que se enjuiciaba la conducta del padre que de forma reiterada mantenía relaciones sexuales con su hija. Además de los correspondientes delitos contra la libertad sexual, el Tribunal consideró que concurría un delito de malos tratos, no así uno de lesiones, pese a que el Médico Forense dictamina «angustia, temor, ansiedad, sentimientos de vergüenza, retraso escolar en un año –en el que ocurrieron los hechos denunciados– y temor a que se enteren sus amigas».

Y si las dudas presiden la calificación de las alteraciones psíquicas cuando se trata de calibrar la entidad de las causadas a la misma persona a la que se refiere el comportamiento delictivo previo del que trae causa, la incertidumbre se dispara

cuando la «ramificación» psíquica de la conducta delictiva inicial no se refiere al sujeto pasivo de aquélla, sino a otros sujetos que, ya sea de forma inevitable o circunstancial, se ven arrastrados al escenario de la violencia. De hecho, es lo que sucede con frecuencia respecto al delito de malos tratos que aquí interesa, en el que la comunidad de vida señala indefectiblemente a otros miembros del núcleo familiar como fieles testigos involuntarios del clima de violencia doméstica, hasta el punto de arrollar su propia estabilidad emocional y anímica e incluso de alterar sus comportamientos y reacciones, bien sea de forma inmediata o dilatada en el tiempo. Es, fundamentalmente, el caso de los hijos, condenados a presenciar el maltrato de que es objeto uno de los cónyuges o miembro de la pareja de hecho y, en general, de cualquier miembro del núcleo familiar hacia otro.⁴⁰ La fenomenología que estos casos pueden presentar comprende, casi ni que decir tiene, tanto los supuestos en que la violencia dirigida de forma directa al miembro de la familia en cuestión es de origen físico como cuando reviste carácter psíquico, caso este último en el que lo que se plantea es la entidad de una agresión psíquica derivada de otra agresión psíquica.

Lejos de ser un problema baladí o de interés meramente teórico, la aparición de sus repercusiones prácticas no se hace esperar. Y ello por una doble vía. En primer lugar, porque, según se vio, la consideración como autónoma de este tipo de alteraciones psíquicas «derivadas» de otra agresión determina, según el régimen concursal consagrado *ex lege*, que además del delito de malos tratos se aprecie el correspondiente tipo de lesiones (delito o falta), entre los que habría de situarse, en su caso, los actos de violencia psíquica derivados que se considerasen susceptibles de valoración autónoma; en segundo lugar, porque la respuesta que se dé en torno a la autonomía de este tipo de alteraciones psíquicas cobra singular importancia en orden a apreciar uno de los presupuestos típicos del propio delito de malos tratos previsto en el artículo 153. Según se vio, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 14/1999, la redacción del artículo 153 dispone que a efectos de apreciar la habitualidad que cualifica como delictiva la conduc-

39. Así, por ejemplo, la S. Aud. Córdoba 12 feb. 1999, en la que no se plantea la autonomía de las lesiones en el caso en el que la mujer, a consecuencia de los malos tratos físicos y agresiones sexuales de su marido, precisa ingreso en el Hospital Psiquiátrico por tener ideas suicidas y presentar una reacción aguda de gran tensión con predominio de las alteraciones emocionales, y posteriormente ingresa en un Centro de Acogida de Mujeres Maltratadas, siendo diagnosticada de trastorno de estrés postraumático.

40. Conforme a un reciente informe realizado por el Instituto Andaluz de la Mujer, el 41% de los niños que contemplan episodios de violencia familiar presenta retraso escolar y un 34% sufre retrasos psicológicos que los especialistas califican como graves, Información aparecida en el Diario *El País* de 11 de diciembre de 1999.

En la doctrina extranjera véase SCHNEIDER, *Körperliche Gewaltanwendung in der Familie*, Berlín, 1997, pp. 70 y ss.

ta de maltrato ha de atenderse «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». La determinación de en qué condiciones dichas repercusiones psíquicas pueden valorarse de forma autónoma adquiere el máximo interés. Y es que, más allá de los casos en que la lesión psíquica derive del mismo acto de violencia a otro miembro del núcleo familiar, son imaginables otros supuestos en que ese efecto derivado se convierta a su vez en objeto autónomo de una agresión psíquica. Baste pensar en el caso en que se amenaza al menor con volver a presenciar episodios de violencia proferidos a otros miembros de la familia, la mayoría de las veces a la figura materna. Si la perturbación psíquica se considera como una agresión autónoma, nada se opondrá a admitir en tal caso un nuevo acto de violencia a efectos de apreciar la habitualidad requerida por el artículo 153 del Código Penal.

El problema es, en definitiva, el de si puede considerarse como un acto de violencia independiente (a efectos del art. 153) y como una lesión autónoma (a efectos de subsunción en el tipo que aisladamente lo valore) los daños psíquicos que padecen los terceros que no son destinatarios directos de la agresión o si, por el contrario, todo lo más deben contemplarse como daños colaterales, ínsitos a aquélla que, por eso, repelen una valoración autónoma.

En realidad, salvando sus peculiaridades, puede decirse que la dificultad no es exclusiva del delito de malos tratos sino que se plantea con carácter general en relación con los tipos de lesiones. A él han apuntado algunos tratadistas, como MUÑOZ CONDE. Como ejemplo en el que podría invocarse dicha autonomía cita el autor el caso enjuiciado por la S.T.S. de 9 de junio de 1998, en la que el Tribunal Supremo, frente al criterio seguido por la Audiencia Provincial de Cádiz que conoció en primera instancia, admite la autonomía de la lesión psíquica ocasionada a un tercero que no era el objeto de la agresión física. Se trataba de la muerte por estrangulamiento realizada por el padre en presencia del hermano de la víctima, de 11 años, al que incluso requirió para que tomase el pulso a la niña para comprobar si ya estaba muerta des-

pues de cada maniobra realizada para provocar el estrangulamiento. Tras comprobar que efectivamente había muerto, le explicó a su hijo que si su madre quería una niña que la tuviese con otro y que no había de preocuparse por él pues como estaba enfermo saldría pronto de la cárcel. Después se encaminó hacia la Jefatura de Policía local donde se presentó con su hijo, mostrándose tranquilo y sin perturbación alguna, y con absoluta frialdad explicó que había estrangulado a su hija. En palabras del Tribunal, «Es evidente que en el presente caso el someter a un niño de once años a presenciar el asesinato de su hermana, luego de haberle dado explicaciones crípticas, que no pueden sino haberlo aterrorizado, reúne todos los elementos corporales de una lesión corporal. Si el solo enfrentamiento del niño al cadáver, someterlo a la percepción del mismo, hubiera sido probablemente suficiente para configurar la lesión corporal, imponerle presenciar cómo se daba muerte a su hermana de tres años reúne sin duda todos los requisitos de una lesión a la salud mental, en la medida en que determina una profunda conmoción espiritual originada por la percepción sensorial de los hechos».

Es más, saliendo al paso de la vieja e inagotable discusión en torno a si la relevancia penal de la lesión psíquica necesita una base patológica así como de las dificultades para acreditarla técnicamente, el Alto Tribunal declara de forma expresa que es suficiente con que se produzca un menoscabo a la salud aun de carácter *transitorio*, sin que su comprobación necesite una pericia médica cuando la experiencia general permite afirmar su existencia, algo que sucede en el caso concreto, donde esa experiencia general autoriza a considerar que el sometimiento de un niño de once años a la escena del asesinato de su hermana de tres altera de forma relevante el equilibrio psíquico aun cuando sea de forma transitoria.⁴¹

Esta declaración del Tribunal, como no podía ser menos, ha sido acogida favorablemente por un importante sector de la doctrina. Porque, como observa MUÑOZ CONDE, «uno no puede imaginarse un caso más claro del supuesto de hecho previsto en el artículo 147 del Código Penal. ¿Cómo admitir que un hecho de esa naturaleza no ha producido ningún tipo de perturbación en la salud mental, en el equilibrio psíquico de ese menor, que además probablemente le dejará secuelas para el resto de sus días? ¿Qué psicólogo o psiquiatra no valoraría dicho impacto como una lesión psíquica subsumible en el correspondiente delito de lesio-

41. Cuestión distinta es que el Tribunal no aprecie un delito de lesiones, sino sólo una falta al no constar en los hechos probados si objetivamente era necesario tratamiento médico para la sanidad de la alteración del equilibrio psíquico.



nes, teniendo en cuenta que una de las formas agravadas del mismo prevista en el artículo 148.3 es que la víctima fuere menor de doce años?».⁴²

Sin embargo, como el mismo autor advierte, son imaginables otros casos en los que puede resultar bastante cuestionable la pretensión de dotar de autonomía a dichas lesiones psíquicas derivadas. De hecho, hay supuestos en los que de forma casi instintiva ni siquiera surge la pregunta por más que a consecuencia de una acción inicial se hayan causado daños psíquicos a la propia víctima o a terceros. A título de ejemplo puede citarse el caso enjuiciado en la S.T.S. de 6 de abril de 1993, en el que durante una cena familiar en la que también estaban presentes los padres de la esposa, se produce una discusión entre los cónyuges en el curso de la cual el marido propina a aquélla un fuerte golpe en el cuello que le produce la muerte. La presencia de la escena ocasiona en la madre de la víctima un shock nervioso con pérdida de conciencia que hizo incluso temer al médico por su vida. Aun siendo evidente que la conducta del marido había sido la causante de la lesión psíquica, lo cierto es que ni siquiera se planteó la posible autonomía de la lesión psíquica «derivada». Lo mismo puede decirse respecto al caso enjuiciado por la ya referida Sentencia de 9 de junio de 1998 por lo que se refiere al daño que a la madre pueda causarle la muerte de la hija. De nuevo, en palabras de MUÑOZ CONDE, «es evidente el impacto psíquico y el consiguiente daño a su salud mental que le ha producido el hecho, pero probablemente tiene razón en este caso la S.T.S. cuando considera que ese daño psíquico a la madre es inherente al propio resultado luctuoso. Ciertamente, lo más que puede dolerle a una madre es saber que un hijo pequeño ha sido asesinado de esa manera por su propio padre, pero este impacto ya es tenido también en cuenta en la valoración del asesinato con las penas más graves».⁴³

¿Por qué en un caso la lesión, ya desde una valoración social, extrajurídica, parece tener capacidad para contemplarse como un resultado autónomo y, sin embargo, en otros, esa misma valoración tiende a cerrar ya de entrada, en una primera aproximación, la procedencia de dicha valoración autónoma?

Me parece fuera de dudas que la respuesta no puede estar en la contemplación aislada del resultado lesivo que finalmente se produce. En primer lugar, porque la redacción del artículo 147 del Có-

digo Penal sólo se limita a requerir, como una de las posibilidades, que se cause una lesión a la salud mental, y la verificación de dicho resultado lesivo nada tiene que ver con el origen ni con el método por el que se cause la misma. Es más, cuanto se está sosteniendo tampoco cambiaría ni siquiera en el caso de que exigiera una base somática para apreciar la lesión psíquica, tal como apunta la referida Sentencia de 9 de junio de 1998; esto es, la exigencia de una incidencia corporal, cifrada en que «junto a la conmoción del equilibrio espiritual se dé también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles». Dejando a un lado lo discutible del criterio, lo cierto es que ni siquiera su admisión ofrece fundamento para introducir un elemento diferenciador, ya que también dicha base somática puede estar presente en supuestos que, sin embargo, ya de una manera instintiva se tienden a calificar de formas diversas. Tan intensas y duraderas pueden ser las lesiones psíquicas y traumas que sufre el hijo al que se le hace presenciar el asesinato de su hermano como los que pueda padecer la madre al tener conocimiento de la noticia de la muerte de su hijo. De la misma forma, tan fuerte e irreparable puede ser el trauma psíquico de ésta cuando, como en el caso enjuiciado por Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1993, presencia una discusión conyugal que acaba con la vida de su hija que cuando convive con los cónyuges y asiste a los episodios de violencia que tienen lugar en el domicilio familiar. En todos estos casos existe una lesión psíquica sin que, ni desde el punto de vista cualitativo ni cuantitativo concurren datos relevantes para introducir criterios diferenciadores en la valoración jurídico-penal y, con ello, sesgar sus respectivas soluciones.

Por ello, la diferente valoración a que parece prestarse cada uno de los casos sólo puede explicarse, no desde la contemplación del resultado, sino de las circunstancias concomitantes a la dinámica comisiva que está en el origen de la agresión psíquica; de forma más precisa, en la contemplación relativa de las posiciones del agresor y sujeto pasivo. Si se vuelven a analizar los ejemplos citados desde esta perspectiva es posible extraer un criterio que traza una diferencia cualitativa entre ellos: sólo en el caso en que la muerte del hijo se ejecuta en presencia de su hermano puede descubrirse la existencia de un vínculo situacional entre en el agresor y agredido que canaliza el acto

42. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1999, p. 110.

43. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit. p. 111.

de violencia hacia un contexto que envuelve e implica de forma directa a sujetos distintos de la víctima inmediata de la agresión. Dicho vínculo situacional trasciende al dato de la mera presencia física para poner el acento en la implicación entre aquél y el resultado lesivo. Esto último, esto es, que la presencia física por sí sola no es decisiva lo evidencia, por ejemplo, el caso enjuiciado en S.T.S. de 6 de abril de 1993 en el que, según se vio, el sujeto que sufre lesiones psíquicas había presenciado el episodio violento. Por mucho que se dé dicha presencia e incluso que medie un vínculo familiar, no puede decirse que el curso lesivo se canalice a través de un contexto situacional que permita calificar de forma autónoma la lesión psíquica. En realidad, estos casos no se diferenciarían de aquellos otros referidos por MUÑOZ CONDE en los que la madre muere de un infarto al conocer el asesinato de su hijo, casos en los que, como advierte el mismo autor, «no es posible valorar esa muerte como un asesinato más, por lo menos en un plano estricto de causalidad y conforme a las reglas de la imputación objetiva (fin de protección de la norma, etc.) y todo lo más habrá que tenerlo en cuenta en la determinación de la pena o en la indemnización civil».⁴⁴

En supuestos como éste, en efecto, el resultado lesivo —en lo que aquí interesa, el daño psíquico— debe valorarse como una consecuencia secundaria y aleatoria de la lesión, cuyo riesgo de producción es inmanente a cualquier contexto situacional imaginable y que, por ello, repele una valoración penal autónoma. Son consecuencias que pertenecen, por así decirlo, al mundo de las causas dominadas por el azar, por la suerte; como mala suerte es que la víctima «secundaria», por ejemplo, la madre del fallecido, tenga una especial sensibilidad o debilidad orgánica o emocional que no le permita superar el shock emocional que le produce la noticia de la muerte de su hijo. Sobre estas causas el agresor poco puede influir y, por lo mismo, las normas penales no tiene nada que decir al respecto. Puede decirse, por ello, que en casos como éstos falta el último criterio de imputación objetiva que propusiera ROXIN: la comprobación de que el resultado producido cae dentro del ámbito de protección de la norma.⁴⁵ Y es que, en

efecto, la norma que prohíbe lesionar o matar a otro no tiene por objeto evitar los eventuales daños psíquicos que la acción cause en los familiares de la víctima, resultado que sólo sería explicable desde la más rudimentaria relación fenoménica de causa-efecto, nunca mediante un juicio normativo de imputación. Y casi ni que decir tiene que, por faltar ese presupuesto del tipo objetivo, la consecuencia permanecerá inalterada aunque el agresor actuase subjetivamente con una actitud de indiferencia e incluso deseara internamente la producción de dicha consecuencia lesiva.

La valoración se torna distinta, sin embargo, cuando la lesión psíquica al tercero se contextualiza en el marco de una relación fáctica que no es implícita a la agresión, sino que forma parte de un entorno especial que el agresor busca o al menos acepta como escenario singular de su conducta, de tal suerte que hace directamente a otros partícipes del clima de violencia hasta envolverles y socializarles en el mismo. Claro ejemplo de lo primero, esto es, de los casos en los que procura expresamente dicho contexto situacional, es el supuesto enjuiciado por la S.T.S. de 9 de junio de 1998, en el que el sujeto propicia de forma intencional la presencia de su hijo que se convierte de esta forma en testigo obligado del asesinato; lo segundo, esto es, el ejercicio de la violencia en el marco de un escenario especial que el agresor se limita a aceptar, será el caso cuando la alteración psíquica que experimenta quien no es destinatario directo de la agresión esté motivada por una relación de convivencia que indefectiblemente le implica con los sujetos activos y pasivos del conflicto. Son, en definitiva, los casos en los que la lesión psíquica se refiere a un tercero que convive en el domicilio familiar y que guarda una relación parental o análoga con el agresor.⁴⁶

Tanto en uno como en otro supuesto lo importante es que las repercusiones psíquicas no recaen sobre personas que de forma más o menos circunstancial pueden verse anímicamente afectadas, sino sobre aquéllas que entran en una relación *directa e inmediata* con su agresor, quien, con intención directa o no, les implica y hace partícipes de la violencia. Por eso, porque ya no se trata de terceros que de forma accesoria o secundaria

44. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial, ob. cit.*, p. 111.

45. ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1997, pp. 277 y ss.

46. Lo que a su vez determina que, por concurrir sus presupuestos situacionales, dicha lesión autónoma pueda valorarse a efectos de apreciar un delito de malos tratos. Pero obsérvese que no se está diciendo que siempre que se den los presupuestos de un delito de malos tratos se aprecie la autonomía de las lesiones psíquicas, sino que en los casos que aquí se acotan, en los que se exige la relación de convivencia, si concurren las premisas de dicho delito. Buen ejemplo de la primera afirmación es que en el caso enjuiciado por la S.T.S. 9 jun. 1998, no pueda considerarse como lesión autónoma la alteración psíquica sufrida por la mujer pese a que sí puede ser sujeto pasivo de un delito de malos tratos.

se ven eventualmente afectados por los daños al ser querido sino que forman parte directa del marco agresivo en el que el sujeto activo despliega sus actos de violencia, puede afirmarse que los daños psíquicos no son ya actos concomitantes a la lesión principal y explicables sólo con las leyes de la causalidad natural, siempre más o menos azarosa, sino fruto de un contexto comisivo especial que desborda la estricta relación con el sujeto pasivo de la violencia física. Es lo que permite afirmar que las lesiones psíquicas que éstos sufran resultan plenamente abarcadas por el ámbito de protección de los delitos de lesiones y malos tratos y, por ello, deben ser valoradas de forma autónoma.⁴⁷

Con todo, debe observarse que en el ámbito de la violencia doméstica la mayoría de las veces la valoración penal de los actos de violencia psíquica que puedan sufrir terceras personas va a estar sensiblemente simplificada en la práctica por el hecho de que lo normal es que sean a su vez sujetos pasivos de otros atentados, esto es, que se conviertan en destinatarios directos de malos tratos físicos o psíquicos (fundamentalmente coacciones o amenazas, ya revistan una forma explícita o implícita).

IV. La relación del delito de malos tratos con otros tipos delictivos

Hasta ahora se han tratado las dificultades que plantea la relación concursal del delito de malos tratos con los resultados de lesiones a que eventualmente pueda dar lugar, haciendo especial referencia, por su dificultad, a los actos de violencia psíquica. No quisiera concluir este trabajo sin tratar un problema concursal que surge justamente en relación con los casos de violencia psíquica: las dificultades que pudiera plantear la determinación de la relación del artículo 153 del Código Penal con otros delitos que presentan como denominador común el dato de que, de alguna forma, valoran conductas violentas que no se traducen, o al menos no necesariamente, en actos de acometimiento físico. Es lo que sucede, básicamente, con el delito de *amenazas* así como contra la *integridad moral* del artículo 173 del Código Penal.

Casi ni que decir tiene que desde un punto de vista lógico las dificultades eran sensiblemente inferiores en la regulación anterior a la Reforma de 1999. Como es sabido, el antiguo artículo 425 del Código Penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, limitaba su ámbito típico a los actos de violencia físicos, dejando al margen los casos de violencia psíquica. Ello eliminaba prácticamente cualquier dificultad de orden concursal, puesto que dado que el tipo desconocía tales actos de violencia cualquier agresión no física estaba llamada a entrar, sin mayor dificultad, en relación de concurso de delitos con el tipo de malos tratos.

Esta sencillez desaparece tan pronto como se incorporan al ámbito típico de este último, actos de violencia diferentes a los físicos. Baste pensar en el caso nada infrecuente en el que el agresor ejerce de forma reiterada amenazas sobre su pareja, lo que provoca una alteración psíquica en ésta;⁴⁸ o en aquellos otros en los que el medio elegido por el agresor para alterar psíquicamente a su víctima son actos continuados de ridiculización, humillación o desprecio que bien pudieran reconducirse a un atentado contra la integridad moral. Bien es verdad que, al menos en principio, no deberían plantarse mayores problemas a la hora de articular la respuesta concursal. Y no deberían plantearse porque, según se vio, el artículo 153 incorpora una cláusula que de forma expresa parece imponer sin excepciones la solución del concurso de delitos siempre que el atentado en cuestión resulte subsumible en un tipo delictivo autónomo. Ocurre, sin embargo, que como cualquier regla jurídica concursal, su admisibilidad pasa en última instancia por comprobar que en el caso concreto no contradice la filosofía misma que la inspira así como que mantiene su armonía con los principios básicos del Derecho penal; en concreto, por lo que ahora interesa, la imposibilidad de que un mismo contenido de injusto resulte castigado conforme a dos títulos delictivos diferentes. La pregunta que se formula entonces es la siguiente: ¿es compatible con el principio *ne bis in idem* castigar un mismo acto conforme a un delito de malos tratos por ejercicio de violencia psíquica y, adicionalmente, por un

47. Casi ni que decir tiene que cuanto aquí se sostiene se refiere a los presupuestos a partir de los cuales pueda afirmarse en abstracto la relevancia penal de la lesión psíquica. Junto a ello, su afirmación puntual requerirá comprobar que el afectado ha resultado efectivamente lesionado en el caso concreto, juicio en el que habrán de valorarse factores tan personales como su edad o grado de afectación.

48. Como ejemplo en este sentido puede citarse el caso enjuiciado por S.T.S. 9 jun. 1998 en el que, entre otros actos de violencia, se relata la conducta del marido que hace preguntas frecuentes sobre cuándo su mujer le quitaría el pecho a la hija menor, con lo que le daba a entender que a partir de entonces, por no serle ya necesaria, podría matarla, explicándole que él quedaría exento de responsabilidad criminal dada su enfermedad mental y así lograría casarse con su cuñada, de la que estaba enamorado.

delito de amenazas o, en su caso, un atentado a la integridad moral?

Si bien es verdad que las dificultades están presentes tanto en uno como en otro supuesto, no es de extrañar que sea con relación a la segunda calificación, esto es, la relativa a la posibilidad de apreciar un delito contra la *integridad moral*, donde las dudas se agudicen ante la dificultad misma de trazar los perfiles de las conductas que tengan cabida en ese delito.⁴⁹ En cualquier caso, por lo que ahora interesa, baste decir que si el criterio para admitir dicha relación concursal tiene que ser la atención a los bienes jurídicos protegidos en los respectivos tipos delictivos, la dificultad para apreciar un concurso de delitos se comprende de inmediato ante el paralelismo innegable de los atentados a la integridad moral y la conducta de malos tratos, hasta el punto de que, como enseguida intentaré fundamentar, apreciar cumulativamente ambos delitos supondría valorar dos veces el mismo contenido de injusto.

La identidad resulta evidente cuando se repara en que en ambos casos se trata en última instancia de prácticas vejatorias, de conductas que ponen el acento en el clima y contexto de vejación y humillación en que se desenvuelve el conflicto y, en definitiva, en la proyección emotiva de la agresión. Bien es verdad que el delito de malos tratos tamiza la protección de la dignidad de la persona desde la perspectiva del riesgo de que se produzca un resultado lesivo, y que la nota de la reiteración, consustancial al tipo de malos tratos, incorpora la tutela de un aspecto que en absoluto está presente en la valoración aislada del concreto atentado a la integridad moral: a saber, la situación de inseguridad, miedo y humillación que genera en la víctima la realización continuada de actos de violencia. Con lo anterior, sin embargo, lo único que se dice es que el delito de malos tratos desborda y supera al contenido de desvalor propio de la integridad moral para adoptar una perspectiva más amplia que la de éste. Y es que, en efecto, cuando más arriba se hacía referencia al bien jurídico protegido en el artículo 153 se subrayaba que, por encima del riesgo de que se produzca una lesión, el precepto se orienta a proteger la dignidad y bienestar de la persona, que se ve atacada por la humillación y vejación que supone su sometimiento a conductas violentas, aspectos éstos que protege

en exclusiva el delito contra la integridad moral. Por ello, apreciar en tales casos un concurso de delitos supondría castigar dos veces el mismo contenido de desvalor.

Entre los delitos que pudieran plantear problemas concursales con los malos tratos cuando los actos de violencia son psíquicos, no puede dejar de hacerse referencia al delito de *amenazas*. También aquí el parecido con el artículo 153 es innegable. En primer lugar, porque también en el delito de amenazas está presente un rasgo básico del delito de malos tratos: la perturbación de la tranquilidad, del sentimiento de seguridad,⁵⁰ lo que, de nuevo, vuelve a emparentar los respectivos bienes jurídicos. Es más, en el delito de amenazas puede descubrirse una afinidad adicional que no estaba presente en los delitos contra la integridad moral; a saber, que también en aquél la perturbación de la tranquilidad no se agota en un momento temporal concreto, sino que se proyecta durante todo el lapso temporal en que está vigente la amenaza, dando así paso a un *estado* de intranquilidad e inseguridad. Si cabe, las dificultades se complican aún más desde el momento en que, como es sabido, las amenazas son delitos de mera actividad,⁵¹ por lo que desde el punto de vista estructural se acentúa el parecido con el delito de malos tratos que, según se vio, pone también el acento en el desvalor de acción: en los actos de violencia ejercidos al margen del resultado que produzcan.

No obstante, entiendo que ahora la estricta aplicación de la regla concursal contenida en el artículo 153 no supondría castigar dos veces un mismo contenido de desvalor. Y ello porque, pese al parecido de los bienes jurídicos y la técnica de tipificación, en el delito de malos tratos pasan a primer plano aspectos que no son tenidos en cuenta por el delito de amenazas y, a la inversa, en éste se contempla un aspecto que es ajeno al delito de malos tratos. Por lo que a lo primero se refiere, baste pensar que el clima que genera la habitualidad de la violencia y el contexto situacional en el que se produce determina, no ya la continuidad de un mismo elemento de perturbación (como es el caso de la amenaza) sino de las condiciones mismas que generan su continua sucesión. Ello da paso a una situación de conflicto ajena al desvalor del acto concreto a que atienden estos delitos, desbor-

49. Por todos, DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, pp. 59 y ss.

50. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 159.

51. Con relación a este último así lo revela el hecho de que, conforme a la doctrina mayoritaria, se aprecie el desvalor de acción de las amenazas incluso cuando la víctima no llega a sentirse subjetivamente intimidada pese a que la amenaza tenía, desde una perspectiva *ex ante*, capacidad objetiva para hacerlo; por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 159.

dando así su puntual contenido de injusto.⁵² Pero en segundo lugar, decía, en el delito de amenazas se contempla un específico contenido de desvalor que no resulta atendido por el delito de malos tratos. Me refiero a la situación de inseguridad o intranquilidad que genera la amenaza en concreto y que infunde a la víctima un temor que no se contextualiza ya en el difuso clima de violencia continuada a la que se ve sometida, sino que se focaliza en el miedo a un mal inminente y concreto. Por ello, sólo apreciando un concurso entre ambos tipos delictivos se logra apreciar en su totalidad el contenido de desvalor.

Hasta aquí se ha afirmado que el delito de malos tratos puede entrar en una relación concursal tanto con el delito de lesiones como con un delito de amenazas. Cuestión distinta es si dicha relación debe discurrir conforme a las reglas del concurso ideal o real. Frente a lo sostenido por cierto sector

doctrinal, que considera que en todos⁵³ o al menos en parte de los casos⁵⁴ la solución tiene que ser la del concurso real, entiendo que el mismo ha de tener carácter *ideal*. Bien es verdad que la exigencia de habitualidad como elemento típico de los malos tratos determina que la acción constitutiva del respectivo atentado a la integridad o salud nunca pueda integrar, por sí misma, el tipo del artículo 153. Entiendo, sin embargo, que ello en absoluto empece la apreciación de las reglas del concurso ideal, ya que lo importante es que la acción en concreto forma parte (total o parcialmente) del injusto de dos tipos delictivos distintos y, por ello, la valoración del resultado autónomo no puede disociarse de la contemplación unitaria de la acción de la que trae su causa, esto es, la que a su vez da paso tanto a un puntual resultado lesivo como a un acto de violencia a efectos de computar la habitualidad en el delito de malos tratos.⁵⁵ ●

52. GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, ob. cit., pp. 45 y ss.

53. Por todos, TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona, 1990, p. 181.

54. CUENCA GARCÍA, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998, ob. cit., p. 663.

55. GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, ob. cit., pp. 40 y ss.