

# **DERECHO PENAL**



## LOS NUEVOS DELITOS DE MAL TRATO SINGULAR Y DE MALOS TRATOS HABITUALES EN DISTINTOS ÁMBITOS, INCLUIDO EL FAMILIAR<sup>1</sup>

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Profesora titular de Derecho Penal  
Universidad de Cádiz

I. Introducción. II. El delito de maltrato singular en distintos ámbitos, incluido el familiar. II.1 Justificación. II.2 Conductas típicas. II.3 Las penas. II.4 Relaciones concursales. III. Excurso sobre la identificación del bien jurídico protegido en el delito de maltrato singular y en el delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar al hilo de la evolución histórica del delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar. IV. El delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar. IV.1 Justificación: el aparente cambio del bien jurídico protegido. IV.2 Relación existente con el delito de trato degradante del art. 173.1. IV.3 Otros argumentos favorables al cambio del bien jurídico protegido. IV.4 La necesidad de seguir manteniendo el tradicional bien jurídico protegido en el viejo delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar en las nuevas figuras delictivas. IV.5 La necesaria reforma del nuevo art. 173.2. IV.6 Las penas. V. Supuestos de agravación de la pena para los delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar. V.1 Introducción. V.2 La presencia de menores. V.3 La utilización de armas. V.4 La comisión en el domicilio común o en el domicilio de la víctima. V.5. La violación de una orden de alejamiento. VI. Reformas en materia de suspensión de la ejecución de la pena y de sustitución de penas privativas de libertad para maltratadores.

---

<sup>1</sup> Texto de la conferencia pronunciada en el Curso «Violencia contra la Mujer y Justicia», organizado por la Dirección General de la Mujer de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León el día 4 de junio de 2004 bajo el título

## I. Introducción

Hasta el día de hoy y desde que la *LO 3/1989, de 21 de julio, de reforma del Código penal* introdujera en nuestro derecho positivo el delito de malos tratos físicos en el ámbito familiar —para, según su Exposición de Motivos, «mejorar la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo»—, el actual art. 173.2 ha sufrido tres reformas de gran calado. La primera se llevó a cabo con la aprobación del Código penal de 1995, en la que se solventaron algunos de los fallos detectados por parte de la doctrina y la jurisprudencia en el originario —y en cierta forma tosco— art. 425; la segunda, sólo 4 años después, a través de la *LO 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*, reforma de amplio contenido que afectó tanto a las conductas típicas, como a las personas implicadas, así como a la posibilidad de que el alejamiento pudiera ser impuesto no ya sólo como pena para los delitos y faltas de malos tratos, sino también como medida cautelar aunque sólo fuera para los primeros. En aquél entonces, ya resultó sorprendente el poco tiempo transcurrido desde el nacimiento del Código hasta el momento de su profunda reforma<sup>2</sup>.

Lejos de lo que podía parecer, sin embargo, este movimiento reformador no se terminó entonces: en efecto, la *LO 11/2003, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* encierra un cambio importantísimo en la regulación de los —a partir de ella— plurales delitos de malos tratos en distintos ámbitos, incluido el familiar; según la Exposición de Motivos de la Ley con la reforma se ha pretendido prestar una preferente atención al fenómeno de la violencia doméstica «para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos». A lo anterior, se añade que «también se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido».

Por otro lado, también la *LO 15/2003, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, que entrará en vigor el

---

lo «Reformas penales: nuevo tipo penal». Al mismo se le han añadido unas breves reflexiones sobre el *Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 1 de julio de 2004, núm. 2-1.

<sup>2</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 41 y ss.

próximo 1 de octubre, incide en el tratamiento penológico del maltratador, con la reforma que opera de los artículos 48.2, 57, 83.1.1<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup> y 88.1<sup>3</sup>. Sorprendentemente esta Ley vuelve a reformar el recién reformado art. 620, como se verá posteriormente.

Antes de pasar a examinar las nuevas figuras delictivas ha de señalarse que tanta reforma de una misma materia en tan poco tiempo, pone de manifiesto que el legislador no termina por acertar en la elección del modelo de intervención frente al fenómeno de la violencia de determinadas personas hacia otras a las que están unidas por vínculos familiares<sup>4</sup>. La sociedad está de acuerdo en que hay que ofrecer una cada día mayor protección a las víctimas de los malos tratos en el ámbito familiar. Pero el Código penal no puede admitir por así decirlo cualquier cosa: su utilización con la finalidad simbólica de acallar las voces de la sociedad sin programa político criminal alguno que la sostenga puede tener unos claros beneficios electorales, pero no tiene ningún efecto en la mejor protección de los bienes jurídicos, única función que tiene —o debería tener— el Derecho penal.

Pues bien, y en esta línea de reforma de los delitos relacionados con una particular clase de violencia en el ámbito familiar, recientemente ha visto la luz el *Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Para comprender las reformas penales que emprende hay que partir de su art. 1 en el que se define dicha clase de violencia en los siguientes términos: «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia»<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> A ellas han de añadirse las reformas que han sufrido otros textos legales —en particular, la Ley de Enjuiciamiento Criminal— con la misma finalidad que las primeras: proteger a las víctimas de esta clase de violencia (las más recientes, a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de la LO 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado).

<sup>4</sup> En este sentido, también se ha procedido a reformar la circunstancia mixta de parentesco (art. 23) con la finalidad de aplicarla —con carácter agravante o atenuante, según el caso— a los supuestos de separación, divorcio o abandono de la relación de hecho anterior (supuestos excluidos de la interpretación tradicional de la circunstancia mencionada por parte de la jurisprudencia: *vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1987).

<sup>5</sup> Ardua ha sido la discusión sobre la definición de violencia contra la mujer que acuñaba el Anteproyecto del hoy Proyecto de Ley Orgánica en la que se hacía gravitar el concepto sobre un elemento subjetivo: esto es, se entendía por violencia ejercida sobre la mujer «la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». *Vid.* el Informe del Consejo General del Poder Judicial. Dicho Informe puede consultarse en [www.poderjudicial.es/CGPJ](http://www.poderjudicial.es/CGPJ).

El *Proyecto* intenta hacer frente de forma integral a la violencia que se ejerce sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, con o sin convivencia. El círculo de sujetos implicados se restringe doblemente pues además el sujeto activo ha de ser de sexo masculino y el pasivo de sexo femenino.

El hecho de que la Real Academia Española emitiera un informe rechazando la denominación de *violencia de género* fue motivo suficiente para que los propulsores de la Ley pasaran de denominar el Anteproyecto como «Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la violencia ejercida sobre la mujer»<sup>6</sup>. No obstante, la presión de las Asociaciones de Mujeres ha hecho que con la misma rapidez, se haya recuperado la referencia al género en el texto del *Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*<sup>7</sup>. Esto nos pone de manifiesto la inseguridad previa con la que se ha enfrentado el legislador al propio objeto de protección: violencia ejercida sobre la mujer es cualquier clase de violencia cometida por cualquier persona contra la mujer, por lo que es una expresión que no es indicativa del contenido de la Ley. Con la expresión *violencia de género* se quiere hacer referencia a aquella clase de violencia que reciben los distintos géneros por su pertenencia al mismo y por el papel que tradicionalmente cada uno de ellos viene desempeñando. En particular, la *violencia contra la mujer por razón de género* es una expresión con la que se hace referencia a aquella clase de violencia en la que la mujer es sometida a actos de violencia, por su propia condición de mujer y por el papel que tradicionalmente se le ha otorgado socialmente (como esposa, madre, hija, trabajadora, etc.). Ello determina que, por un lado, el concepto de violencia de género no va unido al sexo del sujeto activo, sino al del sujeto pasivo y al rol que tradicionalmente se le reconoce a éste y, por otro, no se reduce al mero ámbito familiar, pues también fuera de éste —el laboral, por ejemplo— existen claros ejemplos de esta clase de violencia. Ambos datos ponen de manifiesto la parcialidad del *Proyecto*.

La reforma que ahora se anuncia no afecta al art. 173.2 pero sí al nuevo delito de maltrato singular del art. 153 (del que se elimina del ámbito de las conductas típicas la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos), a las amenazas (art. 171<sup>8</sup>), a las coacciones (art.

---

<sup>6</sup> El Informe de la Real Academia Española sobre la expresión violencia de género puede verse en <http://rae.es/rae/gestores>.

<sup>7</sup> Erróneamente el Anteproyecto refería el carácter «integral» a la propia Ley Orgánica; en el Proyecto, con mejor criterio se califica con el adjetivo integral no a la ley, sino a la protección que se ofrece contra la violencia de género.

<sup>8</sup> Se añaden dos números nuevos: «4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación

172<sup>9</sup>), a los supuestos agravados de lesiones (art. 148<sup>10</sup>), al quebrantamiento de condena (art. 468<sup>11</sup>) así como a la falta de vejaciones del art. 620<sup>12</sup>.

---

de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

5.El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando un pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

<sup>9</sup> Se añade un número 2 nuevo: «El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

<sup>10</sup> Se añade un supuesto nuevo de agravación de la pena: «4º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia».

<sup>11</sup> «1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2.Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

<sup>12</sup> «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1.Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

A ello han de añadirse reformas que afectan al orden procesal (con la creación de un Juzgado competente en materia de violencia contra la mujer), laboral (ampliando las prestaciones a recibir las trabajadoras que sufran esta clase de violencia), educativo (se incluyen en las enseñanzas regladas asignaturas referidas al respeto al principio de igualdad por razón de sexo así como a la resolución pacífica de conflictos personales), etc.

Del conjunto de la reforma puede concluirse que se ha individualizado a la mujer casada o unida sentimentalmente al agresor de sexo masculino y se le ha dado una respuesta punitiva especial, dejando a un lado a otras relaciones de pareja (las compuestas por personas del mismo sexo), al hombre víctima de violencia a manos de quien sea o haya sido su esposa o compañera sentimental con o sin convivencia y a otras personas de ambos sexos unidas familiarmente por vínculos distintos a los que ofrece el matrimonio (por ejemplo, los actos de violencia que ejercer hombre o mujer sobre su hija/o, o sobre su padre o madre).

## **II. El delito de maltrato singular en distintos ámbitos, incluido el familiar**

### *II.1 Justificación*

El delito de maltrato singular en distintos ámbitos, incluido el familiar viene regulado en el nuevo art. 153. En él, el legislador eleva a la consideración de delito distintos comportamientos que hasta la entrada en vigor de la *LO 11/2003* estaban castigados como falta de lesiones (art. 617.1), de maltrato físico (art. 617.2 en su segundo párrafo) y de maltrato psíquico (art. 620.1 en relación con su segundo párrafo) con una pena agravada sobre lo dispuesto en los correspondientes tipos básicos siempre que «el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 153».

---

2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

El fundamento de la elevación a delito de dichas faltas, según la Exposición de Motivos de la Ley, no es exigencia de su gravedad, sino para poder tratarlo procesalmente como delito<sup>13</sup>, en particular, para castigar dichas conductas con las penas de prisión y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas<sup>14</sup>. En efecto, así lo ha hecho el legislador, pues ha dispuesto una pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

La imposición de pena de prisión de tres meses a un año al autor de esta conducta es doblemente criticable. En primer lugar, es criticable la propia imposición de penas de prisión de tan corta duración que impiden por definición la posibilidad de desarrollar sobre el penado tratamiento penitenciario alguno, lo que la convierte en una pena innecesaria e inútil; si a ello se le une el «contagio criminal» que presentan las prisiones —fundamentalmente— para los delincuentes primarios condenados a penas privativas de libertad de tan corta duración, podrá comprobarse como se trata de una pena que carece de fundamento pues éstas han de estar orientadas por imperativo constitucional a la reinserción social (art. 25 de la Constitución), sin que el amparo en supuestas necesidades preventivo-generales (como señala en este punto la Exposición de Motivos de la Ley) justifiquen la instrumentalización de la dignidad de la persona (art. 9.3 de la Constitución)<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Sobre el fundamento de la elevación a la consideración de delito de estas conductas se manifiesta la SAP de Tarragona (sec. 2ª), de 8 de marzo [JUR 2004/119784] en los siguientes términos: «la expresa voluntad del legislador de supraproteger la integridad física cuando los actos lesivos son acometidos y producidos por personas familiarmente vinculadas con la víctima, prescindiendo de la naturaleza delictual o no del menoscabo o de su habitualidad... constituye una respuesta democráticamente inobjetable ante un fenómeno, el de la violencia doméstica, que constituye, sin duda, un síntoma de un problema de indudable relevancia social. Los contextos problemáticos, la interacción de componentes afectivos y emotivos en las conductas, nunca pueden justificar, más allá de supuestos específicos de reducción de la culpabilidad... la violencia como un instrumento de configuración de la relación familiar. La violencia 'cosifica' a la persona lesionada y cuando se produce en el ámbito familiar, aún en crisis, adquiere un plus denigrador de la dignidad personal pues revela la existencia de una relación de desigualdad, basada, en muchos casos, en una posición de intolerable dominación del victimario respecto a la víctima».

<sup>14</sup> Siguiendo en este punto al Consejo General del Poder Judicial que en su Informe de 2001 ya ponía de manifiesto la necesidad de eliminar el requisito de la habitualidad.

<sup>15</sup> Vid. J.M. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», en J.R. CAPELLA (coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, ed. Trotta, Madrid, 2003, pág. 377.

Pero además de ello, en particular, es criticable la imposición de dicha pena al autor de la conducta castigada en el art. 153<sup>16</sup> sin que paralelamente se haya procedido a elevar las penas de otras figuras delictivas. Como se sabe, el principio de proporcionalidad exige reservar la pena de prisión —que es la más grave del catálogo de penas del art. 32— para los delitos más graves y no parece serlo el ahora comentado, a la vista de los comportamientos que hasta la fecha de entrada en vigor de esta Ley estaban siendo subsumidos por parte de la jurisprudencia en las faltas ahora elevadas a la consideración de delito: hematomas, moratones (SAP de Cádiz -sec. 1<sup>a</sup>-, de 27 de diciembre de 2002 [ARP 2003/388]); esguince cervical (SAP de Sevilla —sec. 7<sup>a</sup>—, de 24 de octubre de 2002 [ARP 2002/742]); arañazo (SAP de Sevilla -sec. 1<sup>a</sup>-, de 12 de junio [ARP 2002/596]); bofetada (SAP de Huelva -sec. 1<sup>a</sup>-, de 4 de abril de 2002 [ARP 2002/434]). Téngase en consideración que la reforma no ha elevado la pena correspondiente de los delitos de lesiones que sigue siendo de prisión de seis meses a tres años siempre que la lesión requiera para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, con lo que se produce un criticable solapamiento entre el límite máximo de la pena de prisión del art. 153 y el mínimo de la pena del tipo básico del delito de lesiones del art. 147.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial justifica el cambio que operaba el por entonces Proyecto de Ley Orgánica teniendo en cuenta que con esa conducta de lesiones no constitutivas de delito de lesiones y de maltrato de obra «no sólo se atenta contra la integridad física, sino también el ataque a otros bienes jurídicos relevantes, por lo que el hecho tiene carácter pluriofensivo. De este modo, la posible sanción que derivaría de su sola subsunción en las faltas de lesión o de maltrato de obra no comprendería el total desvalor del hecho»<sup>17</sup>; ha de señalarse sin embargo que antes de la reforma el Código agravaba la pena de las faltas de malos tratos si la víctima era alguna de la señaladas en el art.

---

<sup>16</sup> Entiende P. LAURENZO COPELLO («Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», en *Artículo 14*, 2003/14, pág. 9) que «por mucho que un legislador en pleno frenesí criminalizador nos tenga acostumbrados a un uso desmedido e irreflexivo de la vía punitiva, si se quiere mantener un mínimo de racionalidad en la utilización del Derecho penal —ciertamente difícil en los tiempos que corren— resulta irrenunciable la búsqueda de un fundamento material capaz de justificar no sólo la prohibición penal de la conducta sino también la intensidad concreta de la pena con la que se amenaza su realización». Critica también la nueva figura delictiva: J.M. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 153», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.)/F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, ed. Aranzadi, 3<sup>a</sup>edic., Pamplona, 2004, pág. 792.

<sup>17</sup> El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros puede verse en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

153, prestando atención —precisamente— a la especial relación familiar o sentimental existente entre los sujetos activos y pasivos<sup>18</sup>. Por otro lado, en aquellos supuestos en los que al leve atentado contra la integridad física le acompañe el atentado a otros bienes jurídicos, en particular, a la integridad moral, que parece ser el supuesto al que se está refiriendo el Consejo en su valoración, nada impide establecer el correspondiente concurso con el delito de trato degradante del hoy art. 173.1 o la falta de vejaciones del art. 620 (que también tiene en consideración la relación familiar existente entre los sujetos activos y pasivos para agravar la pena) según la gravedad del atentado contra la integridad moral.

La conducta castigada en el art. 153, en virtud de los principios de ofensividad y de proporcionalidad, no debió abandonar el ámbito de las faltas, sobre todo si se tiene en consideración que la aplicación del alejamiento de la víctima en sus distintas acepciones (art. 48, con la novedosa incorporación de los medios telemáticos para controlar su efectivo cumplimiento) como medida cautelar y como pena, parecen mecanismos suficientes para asegurar la necesaria separación entre víctima y agresor, al margen de la posibilidad de recurrir al delito de quebrantamiento de condena para los supuestos de incumplimiento de dicha pena o medida (art. 468). La envergadura del problema social de los malos tratos entre estas personas no es negada por nadie; sin embargo, no es posible darle respuesta de cualquier forma, sobre todo si se tiene en consideración que se trata de una respuesta penal.

## II.2 Conductas típicas

La primera de las conductas ahora constitutiva de maltrato singular en distintos ámbitos, incluido el familiar consiste en causar por cualquier medio o procedimiento «*menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código*». Esta conducta estaba castigada como falta en el art. 617.2 párrafo segundo, precepto que ha sido derogado por la LO 11/2003. Si bien, ha cambiado los términos en los que se define la conducta típica. En efecto, la vieja falta del art. 617.2 castigaba al que «por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código», términos que se mantienen en el actual art. 617 para las lesiones allí descritas. Como se observa, junto a la «lesión» no definida como delito, se incluye ahora el «menoscabo psí-

---

<sup>18</sup> A favor de la elevación a delito de la conducta examinada: J. GÓMEZ NAVAJAS, «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», en *Revista Derecho y Proceso Penal*, 2004/1, n.º 11, pág. 83.

quico». La inclusión expresa de dicha clase de menoscabo no tiene justificación alguna y no hace más que sembrar dudas<sup>19</sup>. Por tal parece que el legislador se está refiriendo al resultado típico de una falta de lesiones psíquicas, por lo que no era necesario que lo incluyera expresamente en el art. 153 pues a efectos penales, se entiende que entra dentro del concepto de lesión los atentados contra la salud física o mental (sean éstas constitutivas de delito o falta de lesiones, según requieran además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico o no lo requiera, respectivamente). Tampoco sería posible entender el «menoscabo psíquico» como el resultado de los delitos y faltas que atentan contra la integridad moral porque éste no es elemento típico de aquéllos.

En segundo lugar, el art. 153 castiga al que «golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión»; esta conducta estaba castigada en el art. 617.2 párrafo 2º antes de que la *LO 11/2003* la derogara. Hasta entonces, dentro de esta falta de maltrato en el ámbito familiar la jurisprudencia venía entendiendo subsumidos aquellos menoscabos de la integridad «física» de la víctima (por la expresa referencia al maltrato de «obra») que no requirieran para su sanidad no ya sólo tratamiento médico o quirúrgico, sino ni tan si quiera una primera asistencia facultativa<sup>20</sup>.

Finalmente, el nuevo art. 153 castiga al que «amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos»<sup>21</sup>. Esta conducta estaba castigada antes de la *LO 11/2003* en el art. 620.1. Ahora bien, la reforma no ha procedido a derogarla, con lo cual, ha de recurrirse al concurso aparente de normas y señalar que en atención al principio de alternatividad (art. 8.4), ley preferente es la contenida en el art. 153, por estar castigada con pena superior que la que dispone el art. 620. Cuando entre en vigor el próximo 1 de octubre la *LO 15/2003*, se solventará el problema comentado, en la medida en que la misma limita la vigencia de la falta de malos tratos psíquicos en el ámbito familiar a la prevista en el número 2º del art. 620.

En relación con lo acabado de mencionar, si bien la *LO 15/2003* elimina el problema concursal planteado, consagra expresamente la sub-

---

<sup>19</sup> En parecidos términos: P. LAURENZO COPELLO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», cit., pág. 9; J. GÓMEZ NAVAJAS, «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», cit., pág. 59.

<sup>20</sup> Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 43.

<sup>21</sup> Téngase en consideración que el art. 153 se refiere a amenazar a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos. A pesar de la partícula copulativa empleada por el legislador parece que ha de bastar la utilización bien de un arma, bien de otro instrumento peligroso. Así se señala expresamente en el art. 620 del que proviene el precepto mencionado («utilización de armas u otros instrumentos peligrosos»).

sistencia de la falta en el ámbito familiar de «los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve»<sup>22</sup>. Esta situación causa cierta inseguridad, pues no se entiende cuál haya sido el motivo por el cual, esta conducta en particular siga siendo constitutiva de mera falta, lo que va a determinar al margen de que la pena sea sustancialmente distinta, que no le sean de aplicación las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en los artículos 153 y 173.2, si bien en materia de determinación judicial de la pena en las faltas, es sabido que el juez no queda limitado por las reglas de los artículos 66 y siguientes (art. 638).

Como se decía anteriormente, el *Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección Integral contra la violencia de género* vuelve a modificar el art. 153, del que elimina la referencia a la amenaza leve con armas y otros instrumentos. Paralelamente, incluye un nuevo número 4º en el art. 171 en el que castiga con pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años al hombre que «de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Ha de señalarse sin embargo que la nueva figura contenida en el art. 171.4 según el *Proyecto* es distinta a la mencionada en el actual art. 153: en efecto, lo que hace el legislador —en atención al sexo de los sujetos activos— masculino— y pasivos —femenino— y a la relación existente entre ambos— es elevar a la consideración de delito la falta del art. 620.2 («los que causaren a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve»), que también se reforma para aclarar que la misma será de aplicación «salvo que el hecho sea constitutivo de delito».

Como consecuencia, a efectos de pena, no distingue el legislador el medio empleado en la amenaza de carácter leve pues con o sin armas, será aplicable la pena dispuesta en el art. 171.4, pena que por otro lado eleva a seis meses el límite de la pena de prisión del art. 153<sup>23</sup>: esto es, no se tiene en consideración —porque se desprecia— el plus de peligro

---

<sup>22</sup> A favor de mantener esta conducta en el ámbito de las faltas: P. LAURENZO COPELLO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», cit., pág. 9.

<sup>23</sup> Al margen de lo anterior ha de afirmarse que carece completamente de sentido la imposición de una pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho «en atención al mejor interés del menor», pues el menor no se protege en esta figura delictiva.

inherente a la amenaza con armas u otros instrumentos peligrosos para la integridad o la salud de las personas.

A ello se añade una rebaja de la pena en un grado en atención a «las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho».

El *Proyecto* incluye también un nuevo número 5 en el art. 171 en el que se castiga —con independencia ahora sí del sexo de los sujetos activos y pasivos— a «el que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a algunas de las personas a las que se refiere el art. 173.2 exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo» con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años». Esta conducta está castigada en el actual art. 153 como delito de maltrato singular en distintos ámbitos incluido el familiar con la misma pena, por lo que el legislador en este punto, se limita a reubicar en virtud del bien jurídico protegido la conducta en el ámbito de las amenazas<sup>24</sup>.

Con lo cual, si se amenaza de forma leve sin armas a los sujetos referenciados en el art. 173.2 excepto los cónyuges o ex cónyuges, compañeros sentimentales o ex compañeros sentimentales con o sin convivencia en el caso de que el sujeto activo sea de sexo masculino y el pasivo, femenino, será aplicable la falta del art. 620; y si se amenaza de forma leve pero con armas u otros instrumentos peligrosos, entonces será de aplicación la nueva figura delictiva del art. 171.5. La diferencia penológica en este caso es apreciable<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ha de resaltarse que con independencia de la valoración que merezca en relación con las reformas penales que emprende el Proyecto, poco sentido tiene incluir un precepto como el que recoge en el art. 171.5 una ley que pretende que haga frente a la violencia por razón de género contra la mujer.

<sup>25</sup> El número 4 contiene una serie de supuestos de agravación de la pena: cuando el delito se perpetre en presencia de menores; tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima; o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Estas circunstancias de agravación coinciden con las que actualmente dispone el art. 153, excepto la de utilizar armas y otros instrumentos peligrosos.

Resulta curioso que en el número 4 se prevea una disminución facultativa de la pena y que en el número 5 no se prevea dicha disminución, pero sí una serie de supuestos de agravación.

Téngase en consideración que como se decía anteriormente, si la persona amenazada con o sin armas es o ha sido la esposa o la compañera sentimental —con o sin convivencia— de su agresor de sexo masculino la amenaza leve va ser castigada por el art. 171.4, se acompañe o no de armas u otros instrumentos.

Esto supone afirmar que a pesar de que la amenaza con armas es más grave que la amenaza sin ellas, el legislador se basa en el sexo de los sujetos implicados y en la relación de pareja existente entre ambos para imponer una pena superior en el segundo de los supuestos. De esta forma, se produce la violación del principio de proporcionalidad: las conductas más graves tienen que ser castigadas con penas más graves que las conductas menos graves y la mera condición de los sexos no incorpora plus de antijuricidad por sí misma.

### II.3 Las penas

Como se decía anteriormente, la pena que dispone el legislador para el autor de esta conducta es una pena compuesta de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años<sup>26</sup>, así como cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años<sup>27</sup>. Se trata pues de una pena

---

<sup>26</sup> Privación ésta que ha sido muy bien recibida por todos los colectivos que informaron el Proyecto de la hoy LO 11/2003. Vid: *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, cit.; *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, este informe puede consultarse en [www.fiscalia.org](http://www.fiscalia.org).

<sup>27</sup> Fuera ya de las penas previstas en este artículo, hay que señalar que según dispone el art. 5, también será aplicable al autor de la figura delictiva comentada el alejamiento de la víctima, pena que será reformada cuando entre en vigor la LO 15/2003, y que ya fue ampliamente reformada en 1999. La reforma principalmente consiste en ampliar su contenido (puesto que la prohibición de aproximarse a la víctima incluirá además que quedarán en suspenso «respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena»), su duración (que en caso de los delitos de los artículos 153 y 173.2 pasa a tener a ser de hasta diez años si el delito fuera grave o de cinco años si fuera menos grave) y los medios de control (pues según dispone el art. 48.4 «el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan»). Por lo demás se aclara ahora que se trata de una pena de ejecución discontinua pues sólo podrá procederse a su cumplimiento en aquellos momentos en que el penado disponga de libertad, con lo cual, el tiempo que esté privado de la misma, no se computa a estos efectos.

compacta en la que se incluyen una pluralidad de penas que afectan a otros tantos bienes jurídicos del condenado: con ella, el legislador ha evitado la imposición de la pena de multa para impedir, en los supuestos de dependencia económica, que la pena termine repercutiendo negativamente en la propia víctima del delito.

Por lo que se refiere a la pena de prisión, se trata de una pena que en su límite mínimo rebasa el mínimo que señala el art. 36 para las penas de prisión. La reforma que operará el próximo 1 de octubre la *LO 15/2003* del art. 36 introduce expresamente las penas de prisión de tres a seis meses. Hasta entonces, no es ajustado a nuestro arsenal punitivo la imposición de la pena de prisión de tres a seis meses al autor del delito de maltrato singular en el ámbito familiar y por tanto, no es aplicable el tipo: si la determinación legal de la pena es incorrecta al día de hoy, no puede más que predicarse como consecuencia la incorrecta determinación judicial de la misma.

Por mucho que el art. 36 establezca «salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código», no pueden admitirse penas de prisión inferiores a seis meses; porque si bien en torno al límite máximo de la pena de prisión sí existen algunas excepciones (por ejemplo, el art. 140), ésta sería la única vez en que el legislador excepcionara lo relativo al límite mínimo de la pena de prisión. Pero además, así lo reconoce el art. 71.2 al señalar que una pena de prisión inferior a los seis meses no puede ser más que el fruto de aplicar las reglas de determinación judicial de la pena, en cuyo caso dispone que la misma será *en todo caso* sustituida sin perjuicio de que proceda la suspensión, por lo que *en ningún caso* y hasta el próximo 1 de octubre, podrán ser impuestas penas de la duración señalada que, en todo caso, deberán ser sustituidas.

Si se tiene en cuenta lo anterior, puede entenderse la situación tan compleja a la que se ha enfrentado la praxis desde la entrada en vigor de la *LO 11/2003*. Compleja, porque en la determinación judicial de la pena se ha tenido que partir del dislate legislativo mencionado: la prudencia judicial debió provocar la inaplicación del art. 153 hasta que entrara en vigor la *LO 15/2003*. La escasa jurisprudencia que ha podido ser consultada pone de manifiesto sin embargo como no sólo el precepto examinado ha sido en varias ocasiones aplicado, sino cómo la jurisprudencia no se ha planteado el problema de determinación de la pena planteado. Así, y al margen de las penas de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, la SAP de Tarragona (sec. 2ª), de 8 de marzo [JUR 2004/119784] castiga al autor de un delito de maltrato singular con la pena de prisión de seis meses «sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», sin que se justifique en

forma alguna por qué sin la existencia de dichas circunstancias se ha impuesto una pena de prisión de seis y no de tres meses, lo que da a pensar que el juez ha impuesto los seis meses, para evitar precisamente la imposición de una pena inferior al límite señalado en el art. 36; la SAP de Barcelona (sec. 2ª), de 15 marzo [JUR2004/120640] impone una pena de prisión de tres meses pero la sustituye por la expulsión del acusado del territorio nacional por un periodo de tres años en atención a lo dispuesto en el art. 89.1 al ser el autor extranjero sin residencia legal en España; nótese, por otro lado, como el plazo de expulsión impuesto va en contra de lo establecido en el art. 89 que *en todo caso* y a partir de la *LO 11/2003* entiende que «el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años»; la SAP de Córdoba (sec. 1ª), de 8 de marzo [JUR 2004/126649] impuso pena de prisión de un año, si bien en este caso parece, aunque no quede claro en la Sentencia, que el juzgador ha tenido en consideración que el autor se valió de una navaja para amenazar a su hijo, circunstancia que determina la imposición de la pena prevista en el art. 153 en su mitad superior, según el párrafo 2º del art. 153; y la SAP de Barcelona, nº 25/2004-J, de 30 de abril de 2004 impone una pena de prisión de seis meses y un día, después de haber tenido en consideración que la agresión se llevó a cabo en el domicilio de la víctima y una circunstancia atenuante analógica por cometer el delito en estado de intoxicación etílica.

Como pena original alternativa a la prisión de tres meses a un año, el art. 153 impone la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, siempre que se cuente con el consentimiento del penado pues de otra forma, se violaría lo dispuesto en el art. 49.

«En todo caso», señala el art. 153, ya se imponga la prisión o los trabajos en beneficio de la comunidad, se impondrá también la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, ello además con independencia de que el autor causara menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito con o sin arma, golpeará o maltratara de obra a otro con o sin ellas, o amenazara de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos. Como se verá posteriormente los artículos 153 y 173.2 agravan la pena de sus correspondientes tipos básicos si —entre otras circunstancias— se hubiera cometido el delito «utilizando armas». Si se tiene en consideración que el autor de este tipo de conductas —atendiendo a los datos criminológicos— suele utilizar su propia fuerza física<sup>28</sup>, quizás la pena de privación de los derechos señalados debió quedar reservada para el tipo agravado que, por lo demás,

---

<sup>28</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., págs. 54 y ss.

será siempre de aplicación cuando la conducta típica llevada a cabo fuera la de amenazar de modo leve con «armas» —aunque no cuando se utilicen los otros «instrumentos» a los que se refiere el precepto—.

Respecto a la imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años en atención «al interés del menor o incapaz» ha de tenerse en consideración —además de que sólo podrá ser impuesta si el sujeto pasivo está sometido a ellas— que el legislador se ha olvidado que junto a los menores e incapaces, también se incluyen ahora en el art. 153 por remisión al art. 173.2 otras personas que están unidos al agresor por vínculos distintos a los familiares<sup>29</sup>. Así, por ejemplo, en el caso de maltrato singular a persona interna en una residencia geriátrica no se ha previsto la imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo como pena principal<sup>30</sup> si bien podrá recurrirse a ella como pena accesoria según lo establecido en el art. 56 con todo lo que ello conlleva, pues si la ejecución de la pena principal queda en suspenso, la lógica impone que también quede en dicho estado la pena accesoria y además, su duración será la misma de la pena de prisión principal y, por tanto, de tres meses a un año, siendo así que como pena principal la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad cuando de menores e incapaces se trate, tiene una duración de seis meses a tres años y su ejecución es independiente del estado en el que se encuentre la pena principal<sup>31</sup>: a igual gravedad de la conducta, igual debió ser también la consecuencia jurídica prevista en atención al principio de proporcionalidad<sup>32</sup>.

### III.3 Relaciones concursales

Vistas cuáles son las conductas típicas en el art. 153, han de resolverse las relaciones concursales que se plantean.

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido, P. LAURENZO COPELLO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», cit., pág. 9.

<sup>30</sup> Así lo resaltaba la Fiscalía General del Estado en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, cit.

<sup>31</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 200.

<sup>32</sup> El propio Consejo General del Poder Judicial ya destacaba la violación del principio de proporcionalidad en relación con esta nueva figura delictiva en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, cit. En el mismo sentido, la Fiscalía General del Estado en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, cit.

En primer lugar, con el resto de delitos de lesiones. En este caso, atendiendo al tenor literal del precepto, la conducta que aquí se castiga consiste en causar menoscabo psíquico o «una lesión no constitutiva de delito», por lo que aquellas lesiones que requieran para su sanidad además de una primera asistencia facultativa tratamiento médico o quirúrgico, será castigada por los artículos 147 y siguientes. Con ello se está reconociendo que la conducta incluida en el art. 153 no es constitutiva de un delito de lesiones y, por ende, la errónea ubicación sistemática del precepto dentro del Título III del Libro II del Código que castiga las conductas constitutivas de «delitos de lesiones».

Ahora bien, con el análisis realizado, todavía no se solventan todas las relaciones concursales que presenta esta figura, especialmente, la que ha de establecerse entre el delito de maltrato singular y el de maltrato habitual. La cercanía entre ellos (a pesar de la lejana ubicación sistemática de ambos) no puede negarse desde ningún punto de vista: al margen de que el art. 153 se remite al art. 173.2 a los efectos de determinar los sujetos pasivos y activos, los dos incluyen idénticos supuestos de agravación.

En principio, se puede pensar que lo único que distingue al delito de maltrato singular del de malos tratos habituales es precisamente la repetición del comportamiento. Luego, podría entenderse que se trata de tipos básico y agravado, con independencia de que el legislador haya decidido ubicarlos en distintos lugares del Código. Como consecuencia, no podrían entrar en concurso de delitos, sino de normas, siendo por tanto el agravado ley preferente en atención al principio de subsidiariedad —tácita, en este caso— (art. 8.2).

Esta interpretación sin embargo no puede mantenerse en la medida en que el propio art. 173.2 señala que la pena allí dispuesta va a ser aplicable con independencia de la que corresponda a cada uno de los actos singulares de maltrato, sean estos constitutivos de delitos o faltas de lesiones o de delito de maltrato; con ello se está reconociendo que el delito de maltrato singular entrará en concurso de delitos con el de malos tratos habituales: este razonamiento sólo puede mantenerse si se tiene en consideración que el nuevo delito de maltrato singular y el reconfigurado delito de maltrato habitual en distintos ámbitos y en particular, en el familiar, protegen el mismo bien jurídico pero desde perspectivas diferentes, lo que impide el *bis* por falta de *idem*.

Se impone pues en este momento del análisis proceder a analizar cuál sea el bien jurídico protegido en estos delitos para poder solventar los graves problemas concursales que entre ambos se plantean.

La cuestión de la identificación del bien jurídico protegido es crucial en unos delitos tan complejos como éstos, verdadera obra de ingeniería legislativa: podrá comprobarse como según cuál se entienda que es éste, el análisis del tipo, así como las relaciones con el resto de figuras afines es completamente diverso y lo que es criticable para una posición, pasa a tener perfecta justificación en la otra<sup>33</sup>.

### **III. Excurso sobre la identificación del bien jurídico protegido en el delito de maltrato singular y en el delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar, al hilo de la evolución histórica del viejo delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar**

Hasta la reforma de 1999 del viejo art. 153, doctrina y jurisprudencia discrepaban en torno a la identificación del bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, afirmando mayoritariamente que no era más que un delito de lesiones en el que se protegía el bien jurídico integridad corporal y en el que se castigaba su puesta en peligro<sup>34</sup>. Los argumentos manejados para hacer dicha afirmación eran fundamentalmente dos: la ubicación sistemática tanto del art. 425 del texto punitivo derogado como del art. 153 en el Código de 1995 dentro de los delitos de lesiones, así como la imposibilidad de que los actos singulares de malos tratos entrasen en concurso real de delitos con el propio delito de malos tratos.

Tras la reforma de 1999, por las modificaciones que en este punto introdujo el legislador, esta interpretación era difícilmente sostenible<sup>35</sup>. Como

<sup>33</sup> En particular, compárense los análisis que realizan J. GÓMEZ NAVAJAS, «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», cit., págs. 45 y ss; P. LAURENZO COPELLO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica; otra reforma precipitada», cit., págs. 4 y ss, con el que se está realizando en estas páginas.

<sup>34</sup> Vid. en sentido contrario M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 121.

<sup>35</sup> A favor de esta interpretación: F. GARCÍA ÁLVAREZ/J. DEL CARPIO DELGADO, *El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 19 y ss; E. CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 41 y ss.; L. GRACIA MARTÍN, «El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995», en *Actualidad Penal*, 1996/31, pág. 582; P. LAURENZO COPELLO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», cit., pág. 9. También dentro de la jurisprudencia se encuentra todavía algún minoritario planteamiento en este sentido, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 9 de marzo de 2000: «hallándose la razón del precepto en el peligro que el ejercicio de la violencia puede suponer para la salud física y mental de las personas integradas en la unidad familiar».

afirma el Tribunal Supremo en la importante Sentencia núm. 927/2000, de 24 de junio [RJ 2000/5792]<sup>36</sup>: «el delito de maltrato familiar del art. 153 es un *'aliud'* y un *'plus'* distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal».

A pesar de la idéntica ubicación sistemática del precepto, el legislador de 1999 llevó a cabo una mejor identificación del bien jurídico protegido con las modificaciones realizadas en la cláusula concursal que ya estaba en el Código desde 1995; desde entonces el primer párrafo del art. 153 afirmaba que la pena de prisión de seis meses a tres años iba a ser impuesta «*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*»: si los actos individuales constitutivos de delitos o de faltas de lesiones o de falta de malos tratos o de delito de trato degradante o de falta de vejaciones podían entrar en concurso con el delito de malos tratos, era porque el bien jurídico protegido en este último era distinto al que se protege en todos aquellos otros delitos y faltas con los que podía entrar en concurso —incluidas las lesiones, ya sean delito o falta<sup>37</sup>—. Es lo que entendieron —entre otras— la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2000, de 24 de junio [RJ 2000/5792], y las de las Audiencias Provinciales de Madrid (sec. 5ª), de 20 de enero [ARP 1999/283] y de La Coruña (sec. 4ª), de 11 de noviembre [ARP 1999/5463]. La identificación de este bien jurídico pasaba por concretar el ámbito en el que las conductas castigadas se producían: el ámbito familiar. Con ello, en la medida en que el vínculo familiar era ya elemento tenido en cuenta a la hora de configurar el injusto específico de este delito no se podría aplicar la circunstancia mixta de parentesco porque suponía un *bis in idem*<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Seguida por las Sentencias del mismo Tribunal núm. 20/2002, de 22 de enero [RJ 2002/2631]; núm. 355/2003, de 11 de marzo [RJ 2003/2872]; núm. 414/2003, de 24 de marzo [RJ 2003/4045]; núm. 805/2003, de 18 de julio [RJ 2003/5649].

<sup>37</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., págs. 122 y ss.

<sup>38</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sec. 1ª), de 23 de febrero (ARP 1999/306) incurrió en el error de apreciar el parentesco con carácter agravante en un caso de malos tratos en el ámbito familiar. La Sentencia fue objeto de casación y el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 1161/2000 de 26 de junio [RJ 2000/5801]) eliminó la apreciación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad mencionada «por ser ínsita al mismo (art. 67)». *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 20/2001, de 22 de enero [RJ2002/2631], en la que se examina la posibilidad de aplicar la circunstancia mixta de parentesco con carácter agravante a una madre que fue castigada como autora en comisión por omisión de un delito intentado de homicidio, junto a dos faltas de malos tratos y a un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar. La Sentencia argumenta que en la medida en que el parentesco ha sido tenido en consideración para apreciar la posición de garantía de la madre respecto a la integridad física de su hijo no puede tenerse en consideración a la vez para agravar la pena, pues constituiría un *bis in idem*.

En la familia, el individuo no sólo nace, sino que *se forma y se desarrolla* recibiendo aquella educación de la cual depende su destino como persona y como ciudadano: la fase de la vida que se lleva a cabo dentro del seno familiar es esencial para el desarrollo de la personalidad de cada uno de sus miembros. Las investigaciones efectuadas en materia de delincuencia juvenil, por ejemplo, demuestran ampliamente cómo el sentimiento de inseguridad, consecuencia de la falta o insuficiencia en la vigilancia afectiva de la primera infancia, es un potente factor criminógeno<sup>39</sup>, que propicia la *cadena doméstica de la violencia*: «el hogar expone la forma al individuo, las técnicas y el adiestramiento para usar la violencia; el esposo le pega a la esposa, la esposa al hijo y el hijo al perro»<sup>40</sup>.

Así, si el legislador se decidió por castigar las violencias ejercidas «en el ámbito familiar y asimilados» y no en otros, de determinadas personas frente a otras que están unidas por unos lazos particularmente significativos que no son de posible sustitución por otros había que entender que el bien jurídico protegido estaba relacionado con estas características que distinguían los actos de violencias típicas a los efectos del entonces art. 153, es decir, tenía que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar; de esta forma, se podía identificar el interés jurídicamente protegido con la relación de dependencia vital que se establece en el seno de la convivencia familiar, con las situaciones de inferioridad domésticamente creadas, con la potenciación de la inseguridad, del miedo, la minoración de la autoestima, la falta de tranquilidad, en definitiva, con la necesidad de contar con un ámbito familiar en el que vivir y desarrollarse en el respeto a la dignidad de la persona en cuanto que tal y que impide el desarrollo integral, por un lado, de cada uno de los sujetos protegidos y, por otro, del colectivo, esto es, del grupo de personas que ha de convivir en semejantes condiciones. De esta forma, la dignidad de la persona no se constituye en bien jurídico protegido, pero sí las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada

---

Tampoco podrá aplicarse la circunstancia mixta de parentesco a las figuras constitutivas de delito que prevé el *Proyecto de Ley Orgánica de medidas protección contra la violencia doméstica*, pues como se ha visto, la relación parental existente entre el sujeto activo y pasivo es ya elemento del tipo (arts. 171.4 y 5, 172, 148.4).

<sup>39</sup> R. DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 25; M.L. LIMA MALVIDO, *Criminalidad femenina*, ed. Porrúa, México, 1988, págs. 297 y ss; M. BARBERO SANTOS, J.M. TERRADILLOS BASOCO, L. ARROYO ZAPATERO, «Approche au problème des mauvais traitements infantiles dans la famille en Espagne», Informe presentado al *Cuarto Coloquio Criminológico del Consejo de Europa*, Estrasburgo, diciembre de 1979, pág. 9.

<sup>40</sup> MARTIN, D., «Battered Women: Society's Problem», en *The Victimization of Women*, Sage Tear books in Womens, Policy Studies, USA, 1978, pág. 127.

uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar<sup>41</sup>.

En este sentido se vino pronunciando la jurisprudencia. Así, antes todavía de la reforma de 1999, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1060/1996 [RJ 1996/9036], de 20 de diciembre entendió que el bien jurídico protegido en el delito contenido en el art. 153 era «la paz y convivencia familiar». La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2000, de 24 de junio [RJ2000/5792]<sup>42</sup> señaló que «el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes». La Sentencia sigue diciendo: «por ello, la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar»<sup>43</sup>.

Si se observa, dentro de este bien jurídico se estaba ofreciendo protección a dos realidades relacionadas entre sí, pero individualizables. En primer lugar, la del concreto miembro del ámbito familiar que recibía el acto individual de maltrato. Y, en segundo, el núcleo familiar en el que habitualmente se realizaban esos actos de maltrato. Desde la primera perspectiva, titular del bien jurídico lo era cada miembro de la unidad familiar que en su persona sufría las agresiones. Es decir, se trataba de un bien jurídico individual proyectado al ámbito familiar que era el que lo identificaba como propio. Desde la segunda, titular del bien jurídico lo era la unidad familiar que venía sufriendo asiduamente la repetición de actos de maltrato contra sus singulares miembros. En este caso el bien jurídico tenía una titularidad compartida proyectada hacia cada uno de los miembros del grupo familiar que estaban condenados a convivir en semejantes condiciones familiares<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 133.

<sup>42</sup> Seguida por la Sentencia del mismo Tribunal núm. 20/2001, de 22 de enero [RJ2002/2631].

<sup>43</sup> Vid. M.J. ARIAS EIBE, «La respuesta específica a la violencia doméstica en el art. 153 del Código Penal: estudio jurídico penal», en *Actualidad Penal*, 2001 (n.º 32, semana del 3 al 9 de septiembre), pág. 754.

<sup>44</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., págs. 135 y ss.

Teniendo en consideración el bien jurídico protegido acabado de delimitar, ha de entenderse que el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del viejo art. 153 era un delito de lesión del bien jurídico y no meramente de peligro<sup>45</sup>. Por todo lo anterior, podía entenderse que no existiera problema alguno para que una falta de maltrato singular en el ámbito familiar pasase a configurar la habitualidad de un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar.

Con esto, queda ya resuelta la pregunta que suscitó la inclusión de este excurso sobre el bien jurídico protegido en este momento de este trabajo, pero no es suficiente para aclarar si tras la *LO 11/2003* puede seguir manteniéndose la misma argumentación: antes es necesario analizar si el bien jurídico protegido en el nuevo art. 173.2 sigue siendo el mismo.

A continuación, se analizará el nuevo delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar y se examinará si es posible seguir manteniendo que el bien jurídico protegido por el tipo es cercano a las relaciones familiares y, paralelamente, la relación concursal con los delitos o faltas que entran a configurar la habitualidad necesaria a los efectos de la conducta ahora castigada en el art. 173.2.

#### **IV. El delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar**

##### *IV.1 Justificación: el aparente cambio del bien jurídico protegido*

La *LO 11/2003* ha «reconducido» el mal ubicado delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del Título III relativo a las lesiones, al Título VI, en el que se castigan, según su rúbrica, los delitos de tortura y otros delitos contra la integridad moral<sup>46</sup>. Como se decía, en efec-

---

<sup>45</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 145.

<sup>46</sup> A favor de la nueva ubicación, J. GÓMEZ NAVAJAS, «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», cit., págs. 45 y ss. No convence en este punto el *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, cit., pues parece que más que tomar posición en torno a que la integridad moral sea el bien jurídico protegido, enumera una pluralidad de ellos para finalmente decantarse por aquél. Así afirma «el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, además de afectar a la integridad física y psíquica, y de constituir un delito contra las relaciones familiares, en cuanto conlleva un grave quebranto por el autor de los deberes elementales de respeto y cuidado que le impone la relación familiar, se

to, desde que en 1989 se incluyó en el Código el delito de malos tratos habituales siempre había estado ubicado dentro de los delitos de lesiones, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia sumaron sus esfuerzos para aclarar que no se trataba de un delito de lesiones: la inclusión de la cláusula concursal en el Código de 1995, así como las mejoras en la redacción que en dicha cláusula llevó a cabo el legislador en 1999, sirvió para aclarar en opinión mayoritaria, que el bien jurídico protegido se distinguía del protegido en los delitos de lesiones<sup>47</sup>.

Ahora, al trasladar el legislador el delito de sede, parece que lo ha hecho con la doble intención de aclarar que el bien jurídico es distinto del protegido en los delitos de lesiones —si bien, el hecho de que el delito de maltrato singular en distintos ámbitos, incluido el familiar haya pasado a ocupar el artículo que ha dejado vacío el viejo delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar dentro del Título relativo a las lesiones, enturbia la claridad de la anterior afirmación— y que el mismo no es otro que el que se protege en el nuevo lugar de ubicación, esto es, la integridad moral, como se venía reclamando por un sector de la doctrina —a ello conduce una elemental interpretación sistemática de la letra de la ley—<sup>48</sup>. Es más: el legislador ni si quiera ha incluido un nuevo artículo *bis* dentro del Título VII, relativo a los delitos de tortura y a otros delitos contra la integridad moral, sino que se ha conformado con incluir un número 2º en el art. 173, donde hasta ahora, se castigaba exclusivamente el delito de trato degradante.

El *Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, como se decía, no afecta al tenor literal del art. 173.2. Ahora bien, no puede desconocerse que los actos singulares de violencia física o psíquica que sirvan para configurar la habitualidad en el maltrato —amenazas leves, del art. 171.4, coacciones leves (art. 172)

---

presenta con un contenido de injusto mayor que el que resulta de cada ataque individual, y la protección penal trata de evitar el trato denigrante y menoscabo psíquico que sufre la víctima que sistemáticamente se encuentra maltratada por la persona o personas con las que convive, de las que depende o se encuentra relacionado por vínculos estrechos de derecho de familia». Por su parte, en este punto, la Fiscalía General del Estado en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, afirma que si bien la nueva ubicación es más acertada que la anterior, ésta «lógicamente la decisión pudiera haber recaído a favor de otras posibilidades».

<sup>47</sup> En sentido contrario L. GRACIA MARTÍN, «El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995», cit., pág. 580; P. LAURENZO COPELLO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», cit., págs. 4 y ss.

<sup>48</sup> Vid. M.J. RODRÍGUEZ MESA, «El delito de tratos degradantes cometido por particular, bien jurídico protegido y elementos típicos», en *Poder Judicial*, 2001/62, págs. 89 y ss. J.M. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 173», en G. QUINTRO OLIVARES (dir.)/F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pág. 919.

o las lesiones agravadas (art. 148.4) hacia quien sea o haya sido la esposa o compañera sentimental—con o sin convivencia— cuando el sujeto activo sea su marido o compañero sentimental; así como las amenazas con armas al cónyuge o compañero sentimental de sexo masculino, a los hijos, ascendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o incapaces que convivan con el maltratador o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogiendo o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, a persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrado en el núcleo familiar así como a personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (art. 171.5)— sí son objeto de profunda reforma. En atención a las penas que prevé el legislador para cada uno de estos supuestos en que se concreten los actos de violencia puede comprenderse que si bien el legislador valora de igual forma a la misma unidad familiar, los miembros de ésta, reciben una mayor o menor protección en atención a su sexo y a la relación de pareja que le une con el agresor.

#### *IV.2 Relación existente con el delito de trato degradante del art. 173.1*

En efecto, *a priori*, puede pensarse que en la medida en que el legislador ha reubicado el actual delito de malos tratos en el ámbito familiar dentro de los delitos contra la integridad moral, el bien jurídico protegido en aquél se está identificando también con éste. Si ello fuera cierto, los números 1º y 2º del art. 173 no podrían entrar en concurso de delitos pues existiría *bis in idem*. Se trataría de tipos básico y agravado en el que la repetición de los actos singulares constitutivos de trato degradante así como la relación especial existente entre los sujetos activos y pasivos servirían de fundamento para la agravación (relación que, se insiste, sobrepasa los límites de las meramente familiares). De tal forma que, por este mismo motivo, los actos singulares constitutivos de trato degradante no podrían entrar a configurar la habitualidad del maltrato habitual, pues todas las conductas que supusieran violación de lo dispuesto en el art. 173.2 serían a la vez violación de lo dispuesto en el art. 173.1 (en virtud del principio de subsidiariedad —tácita— del art. 8.2). Esto es lo que afirma el art. 177: si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley. No prevé por tanto la posibilidad de que entren en concurso de delitos varios delitos contra la integridad moral, sino de éstos con los que expresamente señala.

Si ello fuera así, las dudas se producirían en el supuesto en el que el atentado contra la integridad moral, fuera «no grave» y por tanto constitutivo de falta de vejaciones del art. 620 (conducta que, como se decía, no ha sido elevada a la consideración de delito ni por la *LO 11/2003*, ni por la *15/2003*, ni prevé hacerlo el *Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*), pues se estaría ante un supuesto en el que sin tipo básico, difícilmente podría darse el tipo agravado: ¿significaría ello que al no existir la gravedad del atentado a la integridad moral exigida por el art. 173.1 esa vejación no serviría para configurar la habitualidad del art. 173.2? El mismo problema se produciría en aquellos supuestos en los que los actos de violencia que dieran lugar a la habitualidad fueran constitutivos de violencia física, pues —de nuevo— sin tipo básico, difícilmente podría configurarse el tipo agravado<sup>49</sup>.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la cláusula concusal del art. 173.2, como se decía, no ha sido modificada, y en ella se sigue haciendo una remisión expresa al concurso de delitos entre el de malos tratos habituales y los singulares delitos o faltas en los que se hayan concretado los actos de violencia física o psíquica, entre éstos, los atentados contra la integridad moral, ya sean constitutivos de trato degradante del art. 173.1 o de mera falta de vejaciones del art. 620 en su segundo párrafo.

Eliminada pues la relación entre ambos como tipos básicos y agravados, puede pensarse que entre los preceptos examinados existe una relación de tipos común (art. 173.1) y especial (art. 173.2), en el que los mismos argumentos —la cualidad de los sujetos implicados así como la repetición del comportamiento— servirían para aclarar su relación. Ahora bien, con ello se estaría afirmando que tampoco podrían ser aplicados conjuntamente, pues el tipo especial, desplazaría al general en aquellos supuestos en los que fuera de aplicación, con lo que de nuevo se estaría estableciendo una relación contraria a la consagrada en la cláusula concursal.

Finalmente, ha de tenerse en consideración que las penas que establece el legislador en los números 1º y 2º del art. 173 no parecen corresponderse con las de tipos básico y agravado, ni con la de tipos común y especial pues en lo que toca a la pena de prisión, en el primer caso tiene una extensión de 6 meses a 2 años y en el segundo de 6 meses a

---

<sup>49</sup> Ello con independencia de que el legislador, con la nueva redacción, parece que está entendiendo que siempre que se repitan en el tiempo malos tratos físicos, los mismos producen un atentado contra la integridad moral. *Vid.* el concepto de maltrato psicofísico en M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 94.

3 años (al margen del resto de penas que incluye el legislador en la nueva figura delictiva).

### *IV.3 Otros argumentos favorables al cambio del bien jurídico protegido*

En la línea del aparente cambio del bien jurídico protegido inciden también las otras reformas que ha llevado a cabo el legislador en el nuevo art. 173.2.

Así, hasta ahora elemento típico esencial entre los sujetos era la existencia en algún momento de convivencia entre los sujetos implicados en los actos de malos tratos. Cuando en 1999 se incluyeron los ex cónyuges y ex compañeros sentimentales se recurrió precisamente por parte de la doctrina para justificar su inclusión en el tipo, a la existencia de una convivencia anterior al momento en el que se suceden los actos de violencia<sup>50</sup>. Ello dio lugar a que la jurisprudencia excluyera del ámbito típico los malos tratos entre novios o ex novios que no habían llegado a convivir, entendiendo incluidas dentro de esta clase de relación a aquellas parejas de igual o de distinto sexo que si bien están unidas sentimentalmente o así lo estuvieron en el pasado por análoga relación de afectividad a la matrimonial o a la convivencia de hecho, no tienen o no tuvieron relación de convivencia (*vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 659/1995 de 11 de mayo [RJ 1995/3625] y de la Audiencia Provincial de Cantabria de 31 de octubre de 2001). Al dejar de ser típica la convivencia entre los sujetos, parece que desaparece el sustrato necesario para sostener que el bien jurídico que protege el legislador es el mismo que el que hasta la reforma operada por la *LO 11/2003* se venía entendiendo protegido: la paz familiar<sup>51</sup>. Ahora bien, nótese sin embar-

---

<sup>50</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 156 y ss.

<sup>51</sup> La interpretación que al respecto ha realizado la escasa jurisprudencia que se ha podido analizar sobre esta materia es restrictiva. Así, la SAP de Asturias (sec. 3ª), de 11 de marzo [JUR 2004/106647] no aplicó el delito de maltrato singular en un supuesto de maltrato singular entre dos compañeros de Instituto basándose en el argumento de que si bien el legislador en la reforma operada por la *LO 11/2003* ha eliminado el requisito de la convivencia, ello no impide que en virtud del bien jurídico protegido, sea necesario exigir una relación equivalente a la conyugal o a la de la convivencia de hecho; así afirma que «no hay que olvidar que el referente sigue siendo los cónyuges lo que exige una cierta estabilidad en la relación y aun cuando en la redacción actual se establece de manera explícita que no es necesario que haya convivencia, ello no supone la inclusión automática de todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente de aquellas en las que se dé un componente de compromiso más o menos definitivo y un grado de efectividad semejante y generador de una vinculación familiar, que evidentemente no concurre en el supuesto de autos en el que los sujetos al tiempo de ocurrencia de los hechos

go, que la convivencia sí que se exige como elemento típico en aquellos supuestos en los que no existe lazo parental alguno, por lo que se convierte en sustituto de la relación familiar.

Por otro lado, también se han introducido cambios relevantes en cuanto a los sujetos activos y pasivos del maltrato. En lo que aquí interesa, el tipo incluye ahora las conductas de violencia física o psíquica ejercidas «sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar», por ejemplo, en aquel supuesto en el que por motivos laborales (cuidado del hogar) o de estudios (intercambios culturales) una persona convive en el ámbito familiar propio del agresor. Estas conductas hasta ahora no se consideraban típicas porque los malos tratos habituales que se llevaban a cabo en estos supuestos no afectan al bien jurídico «paz familiar» porque no existía precisamente el vínculo familiar y era más sencillo poner fin a esa forma de convivencia y, con ello, de maltrato, al no existir aquél. Téngase en consideración que la ampliación comentada no abarca sin embargo a aquellas otras formas de convivencia que se establecen directamente entre maltratador y persona maltratada, por ejemplo, un piso de estudiantes o en los centros de reclutamiento militar, pues en estos casos, no es que exista un núcleo de convivencia del maltratador en el que se integre el maltratado, sino que no existe núcleo de convivencia previo al margen del formado por estos sujetos. Con independencia de que no se esté de acuerdo con la inclusión en el tipo de los malos tratos cuando se establezcan estas formas de convivencia, dada la similitud de situaciones a las que se puede llegar, no tiene justificación la inclusión de unos supuestos y la exclusión de otros.

También se incluyen ahora los malos tratos físicos o psíquicos sobre «personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a la custodia o guarda en centros públicos o privados»<sup>52</sup>. Con esta genérica refe-

---

eran compañeros de instituto, contaban con 18 años ella y con 19 años él, llevaban saliendo tres años y la relación no era constante, como expresamente manifiesta E. en el plenario a las preguntas del Ministerio fiscal, obviamente con tales antecedentes fácticos, deducidos de la prueba obrante en autos resultando innecesaria la reiteración de la misma, no cabe apreciar en el supuesto de autos la existencia del bien jurídico protegido por la norma cuya aplicación se postula, que no es otro, en palabras de la STS núm. 927/2000, de 24 de junio, que la 'preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente el bien jurídico protegido es la paz familiar...'. Analiza también esta cuestión la SAP de Barcelona (sec. 2ª), de 15 de marzo [JUR 2004/120640] que considera que no es relevante a los efectos de la existencia de dicha clase de relación la juventud de la pareja.

<sup>52</sup> La referencia a centros «públicos» plantea serios problemas concursales: en efecto, el trabajador de un centro público va a ser un funcionario público o autoridad a efectos penales si se dan los requisitos exigidos por el art. 24, en cuyo caso, si somete a actos

rencia se ofrece cobertura, entre otras relaciones, a las que se establece en los internados en centros geriátricos. Esta es otra novedad, pues en la medida en que el anterior art. 153 se refería al «ascendiente» necesariamente el sujeto pasivo tenía que ser el ascendiente del sujeto activo, cosa que no ocurre en los internados, donde no media relación de parentesco sino profesional o de prestación de servicios, supuestos que hasta la entrada en vigor de esta ley, eran castigados como falta por el art. 619, falta que no ha sido objeto de modificación alguna y que habrá que recurrir al concurso de normas para solventar la relación existente entre ellas (*vid.* la SAP de *Lleida* de 29 de julio de 1999: se trataba de una mujer que mediante contrato aceptó la cesión de la propiedad de la casa de un matrimonio de edad avanzada a cambio de prestarles alimentos y cuidados)<sup>53</sup>.

Como se puede observar, y en palabras de TAMARIT SUMALLA, la reforma operada por la *LO 11/2003*, «desborda el ámbito familiar»<sup>54</sup>: en esta línea ha de resaltarse que todos los cambios que se han llevado a cabo afectan directamente al bien jurídico protegido «relaciones familiares», pues se elimina la convivencia —su sustrato necesario— y se amplían considerablemente las relaciones que han de existir entre los sujetos activos y pasivos —que ya no se limitan a las familiares—.

---

de malos tratos a la persona sometida a su cuidado fuera de los casos del art. 174, sería de aplicación el art. 177, pues entre éste y el art. 173.2 habría que plantear un concurso de normas a resolver en virtud del principio de alternatividad por aquél, que es el que dispone pena superior.

<sup>53</sup> Además de las comentadas, son muchas las reformas en materia de sujetos que introduce el legislador: algunas son verdaderas novedades, otras, sin embargo, no son tales. Entre las primeras, se incluyen los malos tratos entre «hermanos por naturaleza, adopción o afinidad» que hasta ahora no eran típicos, en la medida en que con la redacción anterior sólo cabían los malos tratos entre hermanos si el que maltrata es tutor del maltratado: su inclusión por tanto, si se tiende a proteger el ámbito familiar, ha de ser bien recibida; se elimina la referencia a los hijos y se sustituye por la de los «descendientes» con lo cual van a ser típicos los malos tratos habituales del abuelo al nieto; se incluyen los malos tratos al cuñado y al suegro, haya o no convivencia. Pero hay otra reforma importante en este apartado pues actualmente son constitutivos de delito los malos tratos hacia el hijo que esté sometido a alguna de las instituciones de guarda o que convivan con el agresor, de forma que si se es mayor de 18 años y no se convive con el agresor, no caben los malos tratos. Ahora se independiza el maltrato de la convivencia. Por otro lado, atendiendo al viejo art. 153, los padres que sometían a sus hijos a malos tratos durante los periodos de fin de semana eran castigados por el mismo ya sea porque no estén privados de la patria potestad, o porque durante el fin de semana convivan con el niño. Yerra por ello el Informe del Consejo General del Poder Judicial cuando afirma que éste es uno de los puntos novedosos de la nueva regulación. La *LO 11/2003* sustituye la referencia a los pupilos en el vigente art. 153 por la de «menores o incapaces» en relación con los malos tratos que sufran en internados; el cambio es meramente semántico por lo que con ello no se introduce novedad alguna en el precepto como erróneamente afirma el Informe del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>54</sup> J.M. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 173», *cit.*, pág. 912.

#### *IV.4 La necesidad de seguir manteniendo el tradicional bien jurídico protegido en el viejo delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar en las nuevas figuras delictivas*

¿Significa ello que ha de entenderse que se trata de un delito nuevo en el que el legislador pasa a proteger la integridad moral de la víctima cuando su agresor está unido a ella por una pluralidad tasada de vínculos? La respuesta no puede ser positiva si se quiere defender la existencia de un delito autónomo con un bien jurídico propio que no está protegido en otros lugares del Código; a pesar de la nueva ubicación sistemática, el delito de malos tratos habituales en distintos ámbitos, entre ellos, el familiar, no es un delito contra la integridad moral.

En primer lugar, porque la cláusula concursal recogida en el 173.2 no ha sido modificada; y así sigue estableciendo que la pena —que ha sido modificada en los términos que se verán posteriormente— va a ser impuesta «*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*». Si la pena del delito de malos tratos habituales va a ser aplicada con independencia de la que le corresponda a los delitos de lesiones, a los delitos de maltrato singular, a los delitos de trato degradante o a la falta de vejaciones del art. 620, esto ha de significar que en todos ellos se tiene que estar protegiendo un bien jurídico distinto. En particular en este punto hay que entender que si cabe el concurso entre el acto singular en que se haya concretado la violencia psíquica ya sean constitutivos de un delito de trato degradante o de una falta de vejaciones, dichos actos singulares van a servir para calcular la habitualidad. Luego no son tipos básicos y agravados. Sino tipos penales que protegen bienes jurídicos distintos (individual y compartido, respectivamente).

Pero en segundo lugar, hay que tener en consideración que el concepto normativo de habitualidad ahora contenido en el art. 173.3 tampoco ha sido modificado: «*para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado 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*». Desde aquí se deduce que si para conformar la habitualidad, es independiente que los actos de violencia física o psíquica hayan sido realizados sobre la misma o sobre diferentes «víctimas»<sup>55</sup> de la misma unidad familiar maltratada, el bien jurídico protegido no puede ser la «inte-

<sup>55</sup> Nótese que el legislador no se refiere siquiera a «sujeto pasivo», sino que utiliza el término más amplio de «víctima». Desde la perspectiva aquí mantenida, el concreto

gridad moral» de los miembros singulares de la unidad familiar, pues éste es un bien jurídico eminentemente individual, personalísimo, siendo así que el legislador al admitir la suma de actos singulares constitutivos de malos tratos y dirigidos contra distintas personas, está admitiendo que el bien jurídico tiene un sustrato compartido<sup>56</sup>.

#### *IV. 5 La necesaria reforma del nuevo art. 173.2*

Esto nos lleva a la siguiente situación: el legislador ha incluido una serie de reformas puntuales en un precepto que ya existía, reformas que inciden directamente en el bien jurídico protegido y por tanto en las relaciones concursales existentes entre éste y el resto de preceptos con los que puede entrar en concurso; pero a la vez, ha mantenido de la redacción anterior partes del precepto que eran precisamente los elementos esenciales a los que se agarraba la doctrina y la jurisprudencia para sostener la presencia de un bien jurídico compartido entre los distintos miembros de la unidad familiar. El resultado alcanzado es un tipo que no se sostiene y que plantea dudas irresolubles: esto es, estamos ante un precepto que no puede tener pies ni cabeza porque precisamente no tiene cuerpo, por lo que se impone urgentemente una intervención del legislador —que sería ya la quinta— para aclarar la confusión que ha sembrado la *LO 11/2003*, ya sea para reformar la cláusula concursal del art. 173.2 *in fine* y la definición de la habitualidad —eliminando la posibilidad de que los actos singulares constitutivos de trato degradante del art. 173.1 entre en concurso con el delito de maltrato habitual del art. 173.2, y eliminado la posibilidad de que puedan sumarse actos singulares de malos tratos contra distintas personas de la misma unidad familiar maltratada para conformar la habitualidad en el art. 173.2—, bien para eliminar las relaciones entre personas que conviven sin relación familiar alguna<sup>57</sup>.

Así, habría que plantearse si los malos tratos habituales entre novios, es decir, personas entre las que a pesar de reinar el mismo afecto —o

---

miembro de la unidad familiar que en su persona y en distintas ocasiones recibe los actos de violencia física o psíquica ni siquiera tiene la consideración de sujeto pasivo, sino la de mero objeto material del delito. *Vid.* M. ACALE SÁNCHEZ, «Protección penal de los menores frente a los malos tratos en su ámbito familiar y a los delitos de contenido sexual», en L. RUIZ RODRÍGUEZ/J.I. NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 73.

<sup>56</sup> Resalta este inconveniente: J.M. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 173», cit., pág. 919.

<sup>57</sup> No se puede compartir pues con el Consejo General de Poder Judicial en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, cit., que se aborde «adecuadamente la cuestión del círculo de sujetos pasivos».

desafecto, pero en todo caso, afecto mal entendido— deben o no estar allí. En relación a esta cuestión, habría que recurrir al bien jurídico para entender que sin la convivencia, difícilmente es posible que se vea afectado el bien jurídico «relaciones familiares»: de ahí la interpretación restrictiva que está haciendo la jurisprudencia<sup>58</sup>; el hecho de que la reforma operada por la LO 11/2003 del art. 23 no haya incluido esta clase de relaciones entre las que agravan o atenúan la responsabilidad criminal —según el caso— sirve de argumento para confirmar lo que aquí se dice.

En lo que toca a los malos tratos sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, habría que entender que al faltar el vínculo familiar que caracteriza al precepto, tampoco deberían ser castigados por este delito, sino por los concretos actos singulares en los que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica y, en su caso, aplicar algunas de las circunstancias agravantes del art. 22, en particular, el abuso de confianza que necesariamente se produce en estos supuestos, precisamente por la convivencia que existe entre ambos. Ello con independencia de que además, la convivencia pueda ser criterio judicial de determinación de la pena (art. 66) en relación a los concretos resultados producidos.

Finalmente, tampoco entrarían dentro del precepto, los malos tratos físicos o psíquicos sobre «personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidos a la custodia o guarda en centros públicos o privados». Ciertamente, la relación de dependencia vital que se establece en estos casos (por ejemplo, entre personas de avanzada edad internadas en una residencia para ser cuidadas por terceros y estos terceros) es muy similar a los lazos que existen entre los miembros de una misma familia. En relación con este supuesto ha de aclararse que si bien es positiva su inclusión en el Código, sin embargo, la solución pasaba por crear un tipo específico e independiente en el que se tuviera en consideración la situación de dependencia y subordinación, como ocurre en el Código penal alemán (art. 223.b).

En relación con estos dos grupos de personas, se plantea el problema del supuesto en el que en una misma unidad familiar, el maltratador maltrate a su hijo, a su cónyuge y a la persona que sin vínculo familiar se ha incorporado a esa unidad familiar; en el mismo sentido, podría pensarse en la residencia geriátrica en la que el maltratador maltrata a distintas personas que están sometidas a su custodia, o a su cónyuge y a alguna de las personas que por su especial vulnerabilidad están bajo

---

<sup>58</sup> Vid. las sentencias citadas anteriormente.

su cuidado en su lugar de trabajo: ¿cabría sumar los actos de malos tratos entre todos ellos en ambos supuestos para configurar la habitualidad? En atención a la letra de la ley, nada lo impide. Ahora bien: ¿está justificada políticamente la configuración de la habitualidad en estos casos? Parece que el resultado al que conduce el precepto no es el que se supone que persigue el legislador en este punto y es una muestra de puro Derecho penal de autor.

En nuestra opinión, sólo si se sigue la segunda vía propuesta, se estará configurando un tipo dotado de la suficiente ofensividad como para ser considerado autónomo y además, no se interferiría de manera negativa a la hora de identificar cuál sea el bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos con y sin habitualidad en el ámbito familiar al que se ofrecería una protección autónoma<sup>59</sup>.

Parece, pues, que al día de hoy, el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar sigue errante, en busca de su sitio dentro del articulado del Código. Quizás la solución pasaba por haber incluido los delitos de malos tratos habituales en el ámbito familiar, en un lugar próximo a los delitos contra las relaciones familiares (Título XII) pues allí se castigan los matrimonios ilegales, los delitos de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, los delitos contra los derechos y deberes familiares (por un lado, los relativos al quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio; la sustracción de menores; así como el abandono de familia, menores o incapaces); delitos todos ellos con los que el de malos tratos habituales en el ámbito familiar (no en el resto de ámbitos) tienen mucho más en común que con los delitos de lesiones y los de trato degradante.

#### IV. 6 Las penas

La reforma también modifica la pena a imponer pues si bien mantiene la prisión de seis meses a tres años, añade la privación del dere-

---

<sup>59</sup> Comparte esta opinión: P. LAURENZO COPELLO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», cit., pág. 8. En sentido contrario a lo que aquí se ha defendido entiende J. GÓMEZ NAVAJAS («La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», cit., pág. 58) que la ampliación del tipo a estas otras relaciones no ha de ser crítica y que no suponen más que la constatación del «giro de la *ratio* del precepto», lo que le lleva a afirmar que «hubiera sido oportuno y adecuado recoger expresamente otras relaciones de carácter laboral o de otra índole no basadas en el parentesco ni en la tutela, guarda, etc., pero que al igual que éstas pueden erigirse en una coyuntura privilegiada para la comisión de conductas de maltrato sistemático (piénsese en casos de *mobbing*, maltrato a ancianos en residencias de la llamada tercera edad, novatadas en residencias universitarias...).

cho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, «en su caso», cuando el juez o tribunal lo estime adecuado para el interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años.

A pesar de que la intención del legislador no es otra que la protección de los miembros más vulnerables a las situaciones de malos tratos en el ámbito familiar, ha de tenerse en consideración que en el delito examinado se protege al propio ámbito familiar, no a sus singulares miembros; por ello, la imposición de la pena de inhabilitación, debería venir determinada por la pena dispuesta a los concretos delitos o faltas en los que se hayan concretado los actos de violencia física o psíquica. Además, con relación a ésta última ha de observarse sin embargo que parece que se va a imponer a su autor respecto del concreto hijo, tutelado o sometido a dichas instituciones de guarda que soporte los actos singulares de malos tratos en su persona. Si bien como punto de partida la elección legislativa no puede ser criticada, hay que pensar en los supuestos en los que se maltrate a uno de los hijos y no a los otros pero todos ellos pertenezcan al mismo ámbito familiar. En estos casos, y en la medida en que el bien jurídico es compartido por todos, la pena de inhabilitación debería abarcar a todos los hijos de la misma unidad familiar maltratada, sufran o no ellos en sus personas los concretos actos de violencia.

De la misma forma, y como se afirmaba en relación con el delito de maltrato singular, en el supuesto de que se ejerzan malos tratos físicos o psíquicos sobre persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a la custodia o guarda en centros públicos o privados, no cabrá imponer como pena principal la inhabilitación allí señalada en la medida en que la misma se refiere «al interés del menor o incapaz»: habrá que recurrir a la imposición como pena accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio o cargo con la duración de la pena privativa de libertad impuesta como pena principal y dependerá del estado en el que se encuentre ésta.

Finalmente, ha de llamarse la atención sobre la duración de las penas de prisión en los artículos 153 de tres meses a un año y 173.2 de seis meses a tres años: podría darse el caso de condenado a pena de prisión superior por el delito de maltrato singular que por el de maltrato habitual siendo así que ese maltrato singular haya sido tenido en cuenta para calcular esta habitualidad. Este solapamiento entre límites mínimos y máximos entre las penas se debe, sin duda alguna, a la inclusión en el Código de penas de prisión de tres a seis meses, que hace muy difícil respetar el principio de proporcionalidad, en virtud del cual, las con-

ductas más graves han de estas castigadas con penas más graves que las conductas menos graves<sup>60</sup>.

El mismo razonamiento ha de realizarse en relación con el resto de penas impuestas: la duración de la inhabilitación para el derecho a la tenencia y porte de armas es, cuando de mal trato singular se trata, de uno a tres años y, cuando de mal trato habitual se trata, de dos a cinco años; la duración de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, por el delito de mal trato singular es de seis meses a tres años y por el delito de malos tratos habituales de uno a cinco años.

## V. Supuestos de agravación de la pena para los delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar

### V. 1 Introducción

Tanto en el delito de mal trato singular como en el de malos tratos habituales se impondrá la pena en su mitad superior si concurren una serie de circunstancias que específicamente agravan la pena. Como es sabido, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tienen que estar relacionadas con alguno de los elementos del tipo básico y han de incorporar un plus de desvalor, ya sea éste de acción o de resultado.

Por otro lado, ha de resaltarse que el legislador no ha establecido regla alguna en aquellos supuestos en los que concurren más de una de las circunstancias de agravación de la pena descritas en los artículos 153 y 173, como sí ha hecho en el delito de asesinato (art. 140) o en las agresiones sexuales (art. 180.2). Ante el silencio de la ley, habrá que entender que cuando concurren más de una de las circunstancias previstas, una de ellas habrá de ser tenida en consideración para aplicar la pena agravada que señala el precepto y la otra —o las otras— habrá de ser tenida en cuenta, bien como delito autónomo (de allanamiento de morada o de quebrantamiento de condena), bien como criterio judicial de determinación de la pena<sup>61</sup>. De este modo, en opinión de GÓMEZ NAVAJAS, «se respe-

<sup>60</sup> Vid. *supra* el comentario realizado a las penas dispuestas en el art. 153.

<sup>61</sup> Interpretación similar a la que ha de realizarse en los supuestos en los que concurren dos de las circunstancias previstas en el art. 369 en materia de tráfico de drogas; vid. M. ACALE SÁNCHEZ, *Salud pública y drogas tóxicas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 140.

ta el principio de proporcionalidad, exigencia ineludible del Derecho penal en un Estado de Derecho y se evita que la pena que corresponda sea la misma, independientemente del número de circunstancias de agravación descritas en el tipo que concurren»<sup>62</sup>.

El art. 153 requiere que cualquiera de las formas previstas en el tipo básico se lleve a cabo: en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o incumpliendo una orden de alejamiento. El art. 173.2 agrava la pena por los mismos motivos —con la especialidad que se señalará posteriormente— y siempre que uno de los actos configuradores de la habitualidad se hayan llevado a cabo en dichas condiciones: no es necesario pues que las mismas concurren en cada uno de ellos. Antes de pasar a examinarlas ha de señalarse la compleja situación que se planteará en aquellos supuestos en los que un sujeto haya sido condenado por un delito de maltrato singular con la apreciación de alguna de estas circunstancias y que posteriormente ese mismo delito sirva para configurar la habitualidad de un delito de malos tratos del art. 173.2. Agravar la pena en este segundo caso por el mismo motivo, supondría un *bis in idem*, pues aunque sea posible establecer diferencias en cuanto al bien jurídico protegido en uno y otro, no existe posibilidad alguna de encontrar un fundamento distinto a las circunstancias en uno y otro caso.

## V.2 La presencia de «menores»

El art. 153 agrava la pena «cuando el delito se perpetre en presencia de menores», olvidándose de los incapaces que, como es sabido, además de ser sujetos a los que expresamente se refiere el art. 173.2, vienen recibiendo la misma protección especial que aquéllos a lo largo del articulado del Código (por ejemplo, en los delitos de lesiones o contra la libertad e indemnidad sexual<sup>63</sup>); por su parte, el art. 173.2 agrava la pena «cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores». Aunque el precepto no lo señale, parece oportuno entender que el menor ha de ser miembro de la unidad familiar en la que se lleven a cabo dichos actos, por lo que no sería aplicable en aquellos supuestos en los que un menor ajeno a la relación existente entre los sujetos activos, los presenciara<sup>64</sup>. Por «menor» habrá que entender, ante el silencio

<sup>62</sup> J. GÓMEZ NAVAJAS, «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», cit., p. 53; J.M. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 153», cit., pág. 793.

<sup>63</sup> No convence la justificación que en este punto ofrece M.J. CRUZ BLANCA, «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2004/82, pág. 144.

<sup>64</sup> M.J. CRUZ BLANCA, «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», cit., pág. 147.

de la ley, menor de 18 años<sup>65</sup>. Asimismo, será requisito necesario que la presencia del menor en el acto de maltrato haya sido buscada por el autor: el dolo pues, ha de abarcar dicho elemento objetivo, si bien nada impide la comisión mediante dolo eventual, por lo que el error sobre la edad dará lugar a la no aplicación de la agravación (art. 14.2), si bien, teniendo en cuenta la relación tan especial que ha de existir entre dicho menor y el autor del maltrato, se hace difícil la aceptación del mismo.

La circunstancia agravante parece tener en consideración la especial vulnerabilidad de los menores. Ahora bien, si se entiende que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual en distintos ámbitos, entre otros, en el familiar, tiene un trasfondo colectivo, quizás habría que tener en consideración dicha especial vulnerabilidad como criterio de determinación de la pena de los concretos delitos o faltas en que se concreten los actos de violencia. Son variadas las ocasiones en las que el legislador agrava específicamente la pena en atención a la especial vulnerabilidad del menor (por ejemplo, en los delitos de lesiones o contra la libertad sexual): a lo mejor era necesario incluir una nueva circunstancia agravante genérica en el art. 22.

»En presencia de menores» se supone que hace referencia a aquellos supuestos en los que el menor es espectador del maltrato, pero también cuando sea él mismo el objeto del maltrato<sup>66</sup>: sería absurdo entender que cuando no sólo «presencia» sino que además recibe en su persona los actos de malos tratos, sería aplicable el tipo básico<sup>67</sup>. En este sentido, ha de tenerse en consideración que el Código castiga con más pena la utilización de menores para la elaboración de material pornográfico (art. 189: prisión de uno a tres años<sup>68</sup>) que la exhibición de esa clase de material —con independencia de la edad de las personas que intervengan en dicho material— ante menores (art. 185: prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses<sup>69</sup>).

---

<sup>65</sup> M.J. CRUZ BLANCA, «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», cit., pág. 143.

<sup>66</sup> Entiende por el contrario que la agravación sólo será aplicable en los supuestos en los que los menores presencien los actos de violencia y no cuando vayan dirigidos contra ellos J. GÓMEZ NAVAJAS, «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», cit., pág. 52.

<sup>67</sup> En términos parecido M.J. CRUZ BLANCA, «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», cit., pág. 144.

<sup>68</sup> La pena que le corresponderá al autor de esta conducta según la *LO 15/003* es la de prisión de uno a cuatro años.

<sup>69</sup> La pena que le corresponderá al autor de esta conducta según la *LO 15/2003* es la de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses.

### V.3 La utilización de «armas»

El segundo criterio de agravación es según el art. 153 cuando el delito se perpetre «*utilizando armas*» y el art. 173.2 cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren «*utilizando armas*». En este supuesto, tiene en consideración el legislador el plus de peligro para la integridad física de las personas sometidas a malos tratos (por lo que se trata de una figura delictiva agravada que protege dos bienes jurídicos distintos: el relativo a las relaciones familiares que es lesionado cuando se llevan a cabo los actos de malos tratos, y la salud de las personas que, en este caso, queda puesto en peligro). Por «armas» habrá de entenderse «tanto las de fuego como las denominadas armas blancas, entre las que se encuentran los cuchillos, navajas y puñales (Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1998 [RJ1998/1730], SSTS 22 de enero de 1994 [RJ 1994/10261]<sup>70</sup>) pero no otros instrumentos que se utilicen a modo de armas. A esta conclusión se llega si se comparan los términos de esta circunstancia agravante —«utilizando armas»— con los términos en los que se describe —por ejemplo— la circunstancia agravante del art. 148.1º —«si en la agresión se hubieren empleado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas par la vida o salud, física o psíquica del lesionado»—<sup>71</sup>. La pena dispuesta absorbe el delito de tenencia ilícita de armas.

Como se decía, ha de tenerse en consideración que el legislador ha impuesto «la privación del derecho a la tenencia y porte de armas» en el delito de maltrato singular y en el delito de malos tratos habituales —entre otros ámbitos— en el familiar como pena principal; si se tiene en cuenta que la comisión del delito con un arma es un elemento que agrava la pena pero que no es elemento de los correspondientes tipos básicos, habrá que afirmar que la pena se va a imponer con independencia de ello: quizás el legislador debió reservar esta pena para este subtipo agravado<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> J.M. TAMARIT SUMALLA, «De las lesiones», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.)/ F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 779.

<sup>71</sup> *Vid.* en aplicación del nuevo delito del art. 153 la SAP de Barcelona (sec. 5ª), nº 25/2004-J, de 30 de abril de 2004; en ella, además de imponer la pena de seis meses y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena se le priva del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de dos años: «requiérase al acusado para que haga entrega en la correspondiente intervención de armas de las que pudiera poseer y se oficiará a la Administración competente para cumplimiento de la accesoria».

<sup>72</sup> En parecidos términos: J. GÓMEZ NAVAJAS, «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?», cit., pág. 52.

#### V.4 *La comisión en el domicilio común o en el domicilio de la víctima*

La tercera de las circunstancias que agravan la pena en ambos delitos es que el acto de maltrato singular o alguno de los actos de malos tratos habituales se lleve a cabo «*en el domicilio común o en el domicilio de la víctima*»<sup>73</sup>. Atendiendo a su tenor literal, el legislador distingue dos supuestos: en primer lugar, cuando los actos de maltrato se lleven a cabo en el domicilio común de víctima y agresor y, en segundo lugar, cuando los actos de malos tratos se lleven a cabo en el domicilio de la víctima, ya sea porque se trate de una relación en la que no existe convivencia (novios) o porque por ejemplo, los cónyuges se encuentren en vías de separación y ya no compartan domicilio de hecho o por decisión judicial. El error sobre la comunidad del domicilio ha de ser tratado como un error sobre un elemento que cualifica la infracción criminal, lo que dará lugar, según el art. 14.2 a aplicar el tipo básico ya sea aquél vencible o invencible (así por ejemplo, en el supuesto en el que se desconozca por parte del maltratador la decisión judicial de dejar el domicilio común para su cónyuge en caso de separación o divorcio).

Las características criminológicas de estos delitos ponen de manifiesto cómo en aquellos supuestos en los que existe convivencia entre agresor y agredido/os el lugar en el que «habitualmente» se cometen es precisamente el domicilio familiar, que es donde por voluntad del agresor, tienen establecido el particular campo de batalla<sup>74</sup> y es el lugar en el que se refleja con mayor facilidad el bien jurídico protegido «relaciones familiares». Por ello, agravar la responsabilidad criminal por algo que es consustancial al maltrato parece que carece de justificación: exigirle al maltratador que lleve a cabo sus actos de maltrato en la calle, lo que supondría tanto como exigirle que maltrate en público, es exigirle mucho. Por otro lado, parece que así se constata cierta discriminación legal al no agravar la pena por ejemplo, en los delitos de homicidio o de violación por el mismo motivo.

De estos supuestos han de separarse aquéllos en los que el domicilio en el que se produzcan los malos tratos no sea el compartido por víctima y agresor, pues éste ya no va a tener autorizada legalmente la entrada en el mismo y va a ser la víctima quien con su consentimiento le autorice en cada caso. Ahora bien, esto es precisamente lo que castiga

<sup>73</sup> Aplica esta circunstancia de agravación la SAP de Barcelona (sec. 5ª), nº 25/2004-J, de 30 de abril de 2004.

<sup>74</sup> M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., págs. 47 y ss.

el delito de allanamiento de morada: entrar en morada ajena o mantenerse en ella contra la voluntad del morador (art. 202)<sup>75</sup>, que en este caso deberá entrar en concurso medial de delitos con el de maltrato; como establece el art. 77, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. El hecho de que, ya sea aplicando la agravación prevista en los artículos 153 y 173.2, o ya sea aplicando los tipos básicos de los delitos tipificados en dichos preceptos en concurso medial con el de allanamiento de morada, se llegue a la imposición de la misma pena, pone de manifiesto que no era necesaria la inclusión de esta circunstancia de agravación.

A todo lo anterior ha de añadirse que el juez puede agravar la pena de los tipos básicos atendiendo al catálogo genérico de circunstancias agravantes (art. 22.2) cuando así lo crea necesario por las características del hecho por haber ejecutado el hecho aprovechando «las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente».

### *V.5. La violación de una orden de alejamiento*

Finalmente, es criterio que sirve para agravar la pena en el delito de maltrato singular del art. 153 cuando se realice «*quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*»; por su parte, el art. 173.2 añade a los anteriores supuestos, cuando se trate de una «*prohibición de la misma naturaleza*», en referencia a aquellos supuestos en los que el alejamiento se impone como pauta de comportamiento a los efectos de la suspensión de la ejecución de la pena y de la sustitución de las penas de prisión por otras penas (artículos 83 y 88): el hecho de que no coincidan pone de manifiesto la falta de cuidado puesta por el legislador.

El art. 48, que será modificado el día 1 de octubre cuando entre en vigor la *LO 15/2003*, regula el alejamiento (prohibición de residir en determinados lugares, prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella), consecuencia jurídica de amplísima versatilidad pues aparece tanto como pena y como medida cautelar (544 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma de 1999), y además en concepto de pena (art. 48), de medida de seguridad (art. 96, en el que se hace

---

<sup>75</sup> Castiga por el delito de allanamiento de morada junto al de malos tratos la STS núm. 805/2003, de 18 de junio [RJ2003/5649].

referencia a la «prohibición de estancia y residencia en determinados lugares»: la *LO 15/2003* reformará este precepto y a partir del 1 de octubre establecerá como medidas de seguridad además de dicha prohibición, la de aproximarse o comunicarse con la víctima), de pauta de comportamiento dentro de los mecanismos de diversión de la respuesta penal (artículos 83.1.1º, 1º bis, 88.1), así como condición a respetar durante el plazo de la libertad condicional (art. 90.2).

El problema se suscita cuando se comprueba que la violación de la orden de alejamiento es también considerada delito de quebrantamiento de condena del art. 468; es más, la *LO 15/2003*, reforma dicho precepto e incluye expresamente lo siguiente: «en los demás supuestos, se impondrá multa de doce a veinte cuatro meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del art. 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días»<sup>76</sup>. Así, la STS núm. 805/2003, de 18 de junio [RJ 2003/5649] establece un concurso entre el delito de malos tratos habituales y el de quebrantamiento de condena<sup>77</sup>. La introducción en los artículos 153 y 173.2 de la agravación examinada produce un grave problema concursal que ha de ser resuelto en cada caso.

Partamos del siguiente supuesto: sujeto que maltrata en una ocasión a algunas de las personas referenciadas en el art. 153 (por remisión al art. 173.2) y se le impone la medida cautelar del alejamiento; pensemos que este sujeto, incumpliendo dicha orden, se acerque a ella y vuelva a maltratar a la misma persona. En este caso, es necesario distinguir dos actos:

- primer acto de maltrato: ha de ser calificado como delito de maltrato singular castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en su caso inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de seis meses a tres años;
- segundo acto de maltrato en violación de una orden de alejamiento: hay que establecer un concurso de normas entre
  - a) el art. 153 en su mitad superior: prisión de cuatro meses y dieciséis días o trabajos en beneficio de la comunidad de cincuenta y seis a ochenta días, privación del derecho a la tenen-

---

<sup>76</sup> Como se decía anteriormente, el *Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género* prevé reformar de nuevo el art. 468, imponiendo en todo caso al maltratador que incumpla una orden de alejamiento, pena de prisión.

<sup>77</sup> Recurrió al delito de desobediencia a las órdenes de la autoridad la SAP de Baleares (sec. 2ª), de 6 de abril [ARP 2000/1734].

cia y porte de armas de dos años y un día a tres años e inhabilitación de un año, nueve meses y un día a tres años, y

- b) el resultado de establecer un concurso medial de delitos entre los artículos 468 y 153. Las reglas del concurso medial señalan que en este caso se impondrá la pena de la infracción más grave en su mitad superior, esto es, la pena del art. 153 en su mitad superior, con lo cual, se llega a la misma pena que en a). Ello pone de manifiesto que la agravación dispuesta en el art. 153 no tiene ningún sentido pues ya está incluida en el art. 468 y, además, se castiga con la misma pena.

Ante esta situación, cualquiera de las dos soluciones al concurso planteado debería ser considerada ajustada al ordenamiento jurídico.

Solventado lo anterior, los actos primero y segundo de maltrato entran entre sí en concurso real. Pero además, con ellos, ha de tenerse en consideración que ya existen dos actos de malos tratos y que la última jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que basta con dos actos para calcular la habitualidad<sup>78</sup>; por lo que finalmente la sentencia tendría que castigar: por un delito de maltrato singular (primer acto); por otro delito de maltrato singular agravado (o no agravado pero en concurso medial con el quebrantamiento de condena) y además por un delito de malos tratos habituales del art. 173.2 (sin que la misma agravación tenida en consideración para agravar la pena del segundo de los actos pueda ser tenida en consideración otra vez para agravar la pena del delito de malos tratos habituales por lo que se aplicará la que le corresponde al tipo no agravado).

---

<sup>78</sup> El Tribunal Supremo ha roto con la línea de interpretación tradicional de la habitualidad que exigía tres actos singulares de malos tratos en su Sentencia núm. 1208/2000, de 7 de julio [RJ 2000/1734], en la que señala que este criterio «no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 del Código penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas». Si bien es cierto que este número de actos es el exigido por el art. 94, también lo es que esta interpretación de la habitualidad en materia de malos tratos en el ámbito familiar se viene manteniendo por la jurisprudencia española desde que el art. 425 fue incluido en el Código en 1989.

Al margen de esta cuestión, esta rompedora sentencia señala: «otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agresión de las desvaloraciones propias de cada acción individual».

## VI. Reformas en materia de suspensión de la ejecución de la pena y de sustitución de penas privativas de libertad por otras para maltratadores

Finalmente, el legislador en la reforma que prevé operar a través de la *LO 15/2003* de los mecanismos de diversión de la respuesta penal ha tenido en particular consideración la situación del maltratador (o de la persona maltratada, según desde donde se miren estos mecanismos)<sup>79</sup>.

Dentro de la suspensión, la especialidad consiste en que cuando se trate de persona condenada por un delito de maltrato singular o de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar (art. 83.5), el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1 y 2 de este apartado, esto es, prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de acercarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. Como puede comprobarse, la especialidad consiste en que el legislador limita parcialmente en este caso la discrecionalidad judicial pues como es sabido, el juez o tribunal —como regla general— puede decretar que se cumpla la pena privativa de libertad, que se suspenda la ejecución de la pena, que se suspenda la ejecución de la pena con la imposición de una pauta de comportamiento, que se sustituya la pena o, finalmente, que se sustituya imponiendo alguna pauta de comportamiento<sup>80</sup>. Cuando se trate de condenados por malos tratos, se limita al juez su discrecionalidad parcialmente pues si bien puede seguir decidiéndose por cualquiera de las soluciones señaladas, si opta por la suspensión ésta —en todo caso— tiene que ir acompañada de las prohibiciones mencionadas, sin perjuicio de que además entienda aplicable cualquiera de las otras pautas de comportamiento (por ejemplo, la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual y otros similares, pauta de comportamiento que, como se verá, impone el legislador con carácter obligatorio cuando de sustitución de la pena al maltratador habitual se trate).

---

<sup>79</sup> Como así recomendaba la Fiscalía General del Estado en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*, cit.

<sup>80</sup> A partir del momento en el que entró en vigor de la *LO 11/2003*, cuando se trate de un extranjero no residente legalmente en España, se limitó también dicha discrecionalidad judicial, a tenor de lo dispuesto en el nuevo art. 89.1: «la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código penal», convirtiendo de esta forma en regla general la expulsión.

También se limita la discrecionalidad judicial en los supuestos en los que se haya decidido por la suspensión de la ejecución de la condena con la imposición de las pautas de comportamiento mencionadas, en la medida en que en atención a las reglas generales, si se incumple la condición principal —no delinquir— se revoca la suspensión, pero si lo que se incumple es la pauta, en este caso el juez puede decidirse por cambiarla por otra, por prolongar la duración en el tiempo de la pauta incumplida, y sólo en los casos de incumplimiento reiterado, decretar la revocación de la suspensión y hacer cumplir la pena cuya ejecución había quedado en suspenso (art. 84). A partir de la entrada en vigor de la *LO 15/2003*, el incumplimiento de la pauta de comportamiento en una sola ocasión tendrá siempre la misma respuesta que el incumplimiento de la pena alternativa impuesta: la revocación de la suspensión y el ingreso en prisión.

En materia de sustitución de las penas privativas de libertad también se hace una referencia expresa al maltratador. Así, a partir del próximo 1 de octubre, el art. 88 señalará que «en el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad». La excepción en este caso se produce en la medida en que de nuevo se vuelve a limitar la discrecionalidad judicial pues no podrán sustituir la prisión por multa con la intención de alejar las penas de contenido económico en estos supuestos pues es fácil deducir que finalmente van a repercutir en la propia víctima maltratada en los supuestos de dependencia económica<sup>81</sup>. El precepto acabado de mencionar se refiere exclusivamente al autor del art. 173.2 y no al del art. 153; dicha disparidad de trato se justifica en que el propio art. 153 ya dispone como pena alternativa originaria a la prisión de tres meses a un año la de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que con buen criterio, ha deducido el legislador que si se impone dicha pena en vez de la prisión, ha de hacerse en concepto de pena originaria y no a través de las vías del 88. Ahora bien, nada impide que el juez aplique la pena originaria de prisión y luego la sustituya por multa, algo que en relación con el delito de malos tratos habituales ha intentado evitar.

---

<sup>81</sup> En este sentido, el art. 620 establece que «cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será 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». Nótese como erróneamente el precepto se refiere a las personas mencionadas en el art. 153, en vez de a las mencionadas en el art. 173. A partir del próximo día 1 de octubre, el tenor literal de este precepto será el siguiente: «en los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días».

También en estos supuestos en los que se decreta la sustitución de la pena del art. 173.2 por la de trabajos en beneficio de la comunidad, según prevé la reforma del art. 88 «el juez o tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del art. 83 de este Código». Hay que entender que también en este caso habrá de tenerse en consideración que el alejamiento no haya sido impuesto como pena en la sentencia, pues así se establece para el régimen general en el número 1 del art. 88 (previsión que sin embargo no se ha contemplado en materia de suspensión de la ejecución de la pena).

Por otro lado, sigue sin dar respuesta el legislador al supuesto en el que se incumpla con la pauta de comportamiento impuesta, pues sólo prevé que en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente». Quizás, por asemejar el tratamiento en materia de suspensión y de sustitución, debió prever la revocación de la sustitución en caso de que se incumpla con el alejamiento.