

Dña Carmen Lamarca Pérez
Prof. Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid

“EL MARCO LEGISLATIVO ESPAÑOL Y LAS VÍCTIMAS”
Curso “Las víctimas de la violencia doméstica”.
SAMUR – Protección civil - Fundación Instituto de Victimología
28 y 30 de mayo 2007

I.- Introducción: de la violencia doméstica a la violencia de género

Como es sabido, no es hasta 1989 que el legislador penal se decide a hacer frente de modo específico a una de las mayores lacras sociales de nuestro tiempo, la violencia ejercida sobre las mujeres, conducta que a pesar de los modernos logros sociales y políticos y de la consecución de al menos una igualdad legal entre los géneros, sigue produciéndose con una alarmante frecuencia. La introducción del art. 425 en el Código penal de 1973 supuso así el primer paso de una regulación que desde entonces ha sufrido varias modificaciones constituyendo un claro ejemplo de inseguridad jurídica, inestabilidad y provisionalidad normativa¹ pues a la nueva redacción otorgada por el Código penal de 1995 le sucedieron las reformas introducidas por la LO 14/1999 y por LO 11/2003², a las que hay que añadir las procesales previstas por la LO 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y la Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, culminando todo este proceso, hasta la actualidad, con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género una ley que pretende ofrecer una respuesta global al problema y que, por tanto no sólo afecta al ámbito penal.

¹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., en LAMARCA, C, y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Madrid 2005, pág. 81.

² Un análisis de las diferentes reformas puede verse, entre otros, en ACALE, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia 2000; MAQUEDA, M.L., “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en QUINTERO, G., y otros *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. J.M. Valle*, Pamplona 2001; ASUA, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Cuadernos Penales Jose María Lidón*, nº1, Bilbao 2004; DE VICENTE, R., “Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. El artículo 173, 2 y 3 del Código penal: algunas cuestiones”, en *Serta In Memoriam Alexandra Baratta*, Universidad de Salamanca 2004 y BOLEA, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 09, 2007.

Inicialmente, la tipificación de este tipo de conductas, denominadas generalmente por la doctrina como delito de malos tratos o de violencia doméstica, se vinculan sobre todo y especialmente con la protección del ámbito familiar y, en este sentido, se manifestaban expresamente las rúbricas o las Exposiciones de Motivos de las sucesivas leyes dictadas en la materia que, junto a la mujer, otorgaban una especial protección a los hijos menores reconociendo de este modo que las reformas penales estaban dirigidas fundamentalmente a reforzar la defensa de las personas más vulnerables del entorno familiar. Sin poner en duda que este entorno familiar, o al menos las personas más débiles del mismo, estuvieran también necesitadas de una reforma de las leyes penales, el problema de la violencia sobre la mujer requería sin embargo una comprensión distinta de la cuestión que rebasara este estricto ámbito³ y reconociera, como ya se había realizado incluso en textos internacionales, que estos comportamientos no constituyen sino *una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre.*⁴, en definitiva se trata de reconocer la necesidad de adoptar en esta materia una perspectiva de género⁵ lo que claramente condiciona el tipo de respuesta que debe ofrecerse para afrontar el problema. Atendiendo a esta nueva perspectiva surge así la LO 1/2004 que, como desde su rúbrica indica, pretende hacer frente al problema de forma integral, esto es desde todos los ámbitos, con respuestas plurales como educacionales o de carácter social (acceso a viviendas, ayudas económicas, etc.) y que en el orden jurídico afecta al Derecho penal pero también al civil o laboral⁶.

Pero el debate sobre la Ley integral se ha centrado sobre todo en poner en cuestión que la intervención penal prevista, consistente fundamentalmente en proteger de modo específico a la mujer, haya respetado el principio de igualdad reconocido en el art 14 de la Constitución; a nuestro juicio, sin embargo, y como seguidamente

³ En este sentido se manifiesta LAURENZO, P., señalando que tratar la violencia sobre la mujer como un problema doméstico *pone de manifiesto una preocupante falta de comprensión del fenómeno o, tal vez, la falta de interés por llegar a las causas últimas que lo generan.* “La violencia de género en la Ley integral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07, 2005, pág. 5. Como acertadamente señala MAQUEDA, M.L., la familia, como las relaciones de noviazgo o de pareja propician pero no crean ni constituyen el origen de la violencia contra la mujer. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08, 2006, pág. 4.

⁴ Declaración de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993.

⁵ Un muy interesante trabajo sobre el concepto de violencia de género con abundante bibliografía sobre la materia es el anteriormente citado de MAQUEDA, M.L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”.

⁶ Un pormenorizado análisis sobre los aspectos que regula la LO 1/2004 en *Mujer, violencia y Derecho*, Dolores Cervilla y Francisca Fuentes (coords), Universidad de Cádiz 2006.

trataremos de demostrar, la legislación penal vigente en materia de violencia de género no supone una vulneración del principio de igualdad sino que por el contrario responde o se inspira en este mismo principio y es precisamente su respeto lo que la normativa pretende defender o restaurar. Como acabamos de señalar, la promulgación de la LO 1/2004 se justifica en combatir el hecho de que determinadas personas, fundamentalmente del género masculino, creen o les han hecho creer que valen más, que pueden imponerse sobre otras; desde luego, la cuestión de las relaciones de poder no es ni mucho menos privativa del género pero se manifiesta especialmente en este ámbito donde históricamente, y hasta hace muy poco incluso con base legal, se ha relegado a la mujer al ejercicio de determinados roles sociales (esposa, madre) y a la realización de tareas secundarias y, sobre todo, se le ha pretendido educar en el sometimiento a un poder, el del padre, el del marido, en definitiva, el del hombre, al que además ha de reconocer como superior. Pero también, creemos que la normativa que analizamos es además coherente con el respeto a este principio de igualdad que en materia de género puede concretarse en el viejo axioma de que “nadie vale más que otro”; es decir la ley integral no pretende, como desde algunos sectores se proclama, dar la vuelta a la tortilla e imponer ahora el dominio de las mujeres, sino de modo exclusivo proteger a quienes precisamente por estar minusvaloradas, por pertenecer a un género que se conceptúa como inferior sufren el ejercicio de la violencia.

En el ámbito penal, partimos de la base de que moral y legalmente la vida, la integridad, la libertad, etc., de cualquier persona valen en principio lo mismo o, lo que es igual, su privación merece la imposición de la misma pena sea quien sea la víctima pues lo contrario vulneraría sin duda el principio de igualdad. Pero, en realidad, y como es sabido, hay casos en que por diversas razones determinadas conductas se desvaloran más o se consideran más culpables y, en consecuencia, se imponen sanciones diferentes; así, por ejemplo, en casos de parentesco entre agresor o víctima cabe imponer una pena mayor -antes incluso existía todo un tipo específico, el parricidio basado en puros lazos de consanguinidad- y sin embargo nadie se atreve a decir que vale más la vida del padre o del hijo que la vida de un tercero; o, por ejemplo, en los casos de muerte de niños o personas desvalidas se suele aplicar el tipo de asesinato y no el de homicidio -por esa aplicación casi sistemática y criticada por ello de la alevosía- o si la víctima lo es en función de su raza, religión o ideología cabe también un mayor reproche por la aplicación de la agravante 22,4 de discriminación cuyo máximo exponente es el tipo de genocidio que sanciona con las penas más graves la destrucción de determinados colectivos -donde, por cierto, no se prevé la discriminación por razón de sexo- y, sin embargo, no solemos

decir tampoco en estos casos que el mensaje del legislador es que resulta más valiosa la vida de estas personas aunque sin duda en estos casos también hay que buscar un fundamento a la diferente respuesta de la ley penal para que resulte acorde con el principio de igualdad. La mayor protección que en algunos casos puede establecer el Código penal debe responder, como responde en los casos señalados, a la existencia, temporal o permanente, de desigualdades reales que puede determinar, por ejemplo, que exista una mayor vulnerabilidad o indefensión de este tipo de víctimas⁷.

En el caso de la violencia de género es evidente que, como hemos señalado, la relación entre los sujetos, entre el agresor y la víctima, no es de igualdad sino de poder y sometimiento y no se trata además de una desigualdad física (que también puede concurrir) sino cultural y social. Para someter, para demostrar su poder y su mayor valor el hombre ejerce la violencia (el maltrato en el hogar, la agresión sexual, el acoso en el lugar de trabajo, etc.) y la ejerce además especialmente, como nos señalan las estadísticas, cuando la mujer trata de huir de esa situación, cuando quiere romper esa desigualdad⁸. Resulta indudable que la educación, como la propia LO destaca, juega aquí un papel primordial, hay que educar para saber resolver los conflictos de forma pacífica y no por medio de la violencia; la violencia, la agresividad no es privativa de un género pero es cierto que al hombre se le ha educado, y se le sigue educando en muchos casos, en ese ejercicio de violencia; la violencia se constituye así en una forma de expresión y no sólo de resolución de conflictos.

Pero además hay que constatar que las medidas penales de la Ley integral que consisten en una mayor protección de la mujer o de las personas más vulnerables del entorno familiar⁹ -personas más vulnerables que, por cierto, pueden ser, por ejemplo, un hombre impedido- no quitan protección al género masculino, no dejan indefenso al hombre ni le discriminan pues, como destaca LAURENZO¹⁰, lo que aumenta la pena en los casos de los arts. 148, 4 o del 153 del Código penal no es el género del agresor sino la condición de la víctima; además, en los casos de maltrato

⁷ Un análisis sobre el contenido del mandato constitucional de no discriminación en general y en relación con la LO 1/2004 en LAURENZO, P., “La violencia de género en la Ley integral”, citado, págs. 11 y ss.

⁸ Quien maltrata o mata porque “a mi no me deja nadie”, por ejemplo, deja claramente traslucir esa idea de sometimiento, de que la víctima es menos valiosa que el agresor.

⁹ Como es sabido, la ampliación del ámbito de protección de la Ley a otras personas del entorno familiar especialmente vulnerables, se introdujo finalmente tras las críticas recibidas por el Proyecto de Ley integral, especialmente por parte del Consejo General del Poder Judicial, y, como ha destacado un sector de la doctrina, resulta cuando menos incongruente con una norma que expresamente declara que su objetivo es combatir la violencia de género. En este sentido MAQUEDA, M.L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista Penal*, nº 18, julio 2006, pág. 179.

¹⁰ Obra citada, pág. 17.

habitual la Ley integral no ha modificado el contenido del art. 173,2 en virtud del cual resulta indiferente el género del sujeto pasivo. Se trata pues de la defensa de un colectivo, las mujeres, que como demuestra desgraciadamente la práctica hoy por hoy es más vulnerable, sufre en mayor medida las consecuencias de una determinada manera de concebir las relaciones entre las personas, lo que supone además que, desde un punto de vista político criminal, la Ley Orgánica resulta perfectamente legítima pues, como señala Ferrajoli, la ley penal sólo se justifica en cuanto ley del más débil.

Más discutible resulta sin duda la previsión, contenida en los arts. 171 y 172 del Código penal, consistente en elevar a delito las amenazas y coacciones leves, hasta ahora constitutivas de falta, cuando el sujeto pasivo sea mujer; y resulta cuando menos discutible porque la entidad del ataque, que es el criterio general para distinguir los delitos de las faltas, no se transforma por el género del sujeto pasivo aunque sí cabría entender que en estos casos también se atiende al criterio de la mayor vulnerabilidad. Sin embargo, como señala MAQUEDA¹¹, creemos que en estos casos la cuestión discutible, lo que ha propiciado la reforma, es el criterio jurisprudencial que en ocasiones se ha utilizado para medir la gravedad o levedad que, en los tipos de amenazas o coacciones, no es un dato tan objetivable como en los casos, por ejemplo, de lesiones, pero que se ha venido prestando a interpretaciones como que es su realización en un ámbito privado, en el familiar, lo que determina la entidad del supuesto que, casi siempre en estos casos, se han venido calificando como leves pudiendo constatarse que en los supuestos que se producen en el entorno familiar existe una cierta resistencia a calificar como graves conductas que en otros ámbitos si alcanzan este calificativo; se trata, en nuestra opinión, de una resistencia similar a la de sancionar la violación de la propia esposa supuesto grave que sin embargo ha sido reiteradamente minimizado hasta el punto de que tanto un cierto sector de la doctrina como de la jurisprudencia lo más que han llegado a considerar que existía en esta conducta era un mero delito de coacciones.

Pero dentro de las medidas previstas por nuestro ordenamiento penal para combatir la violencia de género la que a nuestro juicio resulta no sólo más discutible sino poco acorde con nuestro texto constitucional sea la de alejamiento e incomunicación contenida en el art. 57 del Código penal que resulta, y esto es lo discutible, de aplicación obligatoria en estos casos incluso cuando la víctima se opone a la misma o solicita su revocación. En todo caso, hay que recordar que esta medida no proviene de la LO 1/2004

¹¹ “La violencia contra las mujeres..”, citado, pág. 181.

sino que se introdujo en el Código Penal en la reforma del año 2003 pero la situación se ha agravado con la reforma del art. 468 por la Ley Integral que obliga a considerar delito de quebrantamiento de condena los supuestos de desobediencia a las órdenes judiciales de alejamiento o incomunicación impuestas a los maltratadores. A nuestro juicio, la adopción de esta medida contra la voluntad libremente emitida de la mujer supone cuando menos una disposición claramente paternalista que, como señalaba la sentencia de 15 de julio de 2004 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, resulta *ofensiva para la dignidad personal de la víctima*¹²; ahora bien, la crítica debe realizarse respecto de todos los supuestos en que cabe aplicar el alejamiento y no sólo de los casos de violencia de género porque el fundamento de su inidoneidad no reside en que deba primar el derecho a la vida familiar o a la convivencia en pareja, sino en que contradice el derecho de libertad y de libre autonomía de la voluntad. En todo caso, que duda cabe que debe comprobarse que no existe un consentimiento viciado de la víctima -y en estas situaciones no es difícil imaginar la existencia de coacciones o presiones-, y tampoco conviene dejar sin más la decisión de aplicar o dejar de aplicar esta medida sólo en sus manos para que la utilice a su conveniencia o incluso como modo de ejercer coacción sobre el agresor.

En definitiva creemos que las previsiones de la Ley integral son, con las dudas y consideraciones expresadas, en general legítimas y conformes a nuestra norma superior. El recurso al Derecho penal resulta en este caso necesario pero también hay que insistir en que no debe realizarse un abuso de este recurso pues la realidad suele demostrar la escasa eficacia preventiva que tienen las leyes penales. En estos supuestos, como la misma Ley integral apunta, tenemos más confianza en otros sistemas de control social y en la educación sobre todo; y educación también a través de las buenas campañas publicitarias, cuyo control también está previsto en la Ley integral, que nos deben enseñar a todos, mujeres y hombres, a compartir y a dialogar, incluso a cambiar el lenguaje sexista que aún se utiliza en muchas ocasiones a veces sin siquiera darnos cuenta. Enseñarnos en definitiva a hacer realidad la efectiva igualdad de derechos y a que se imponga ese ideal de pacifismo y de tolerancia que, como se ha señalado, tantas veces ha abanderado el feminismo.

II.- Análisis de los tipos penales.

¹² Vid., asimismo, los razonamientos de las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por los Autos 167/2005, de 20 de mayo de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid y 136/2005, de 29 de junio, del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid y LARRAURI, E., “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, en *Cuadernos Penales Jose María Lidón*, 205, pág. 157 y ss.

Desde la LO 11/2003, la violencia de género puede ser constituida de un delito de lesiones o contra la integridad moral, son los denominados tipos de maltrato ocasional, previsto en el art. 153, y de maltrato habitual del art. 172,2 previsiones que, junto a otras medidas que seguidamente analizaremos, constituyen el núcleo central de esta normativa y sobre las que ha operado la reforma de la Ley integral.

La primera de estas reformas afecta al art 148 del Código penal al haber introducido dos causas específicas de agravación para el delito de lesiones; la primera, que responde a los casos de ejercicio de violencia de género, consiste en que *la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia (148,4º)*, mientras que la segunda se dirige en mayor medida a la protección del ámbito familiar al hacer referencia a que *la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (148,5º)*. En el primero de los casos, de carácter más objetivo, se recoge, a nuestro juicio con acierto, tanto las relaciones maritales como de convivencia como pareja de hecho e incluso de noviazgo y en todos los supuestos tanto de presente como de pasado pues, como evidencia la práctica, suele ser en estos últimos casos, cuando la relación ya no existe por haber puesto fin a la misma la propia víctima, cuando con carácter más extremo se realiza un ejercicio de violencia de género¹³. Sin embargo, esta última referencia a las relaciones de afectividad sin convivencia es sin duda la que requiere en mayor medida acreditar de modo fehaciente cuando concurre una relación de esta naturaleza¹⁴ debiendo probarse el transcurso de un cierto lapso temporal o la notoriedad de estas relaciones.

En cuanto a la segunda de las agravaciones, hay que comenzar destacando la ausencia de un concepto legal de vulnerabilidad y cuando esta circunstancia ha sido recogida en otros preceptos siempre ha estado ligada a criterios más objetivos como la edad, la enfermedad o la producción de determinadas situaciones¹⁵ pero, en definitiva, debe hacer referencia a que la víctima se encuentre desvalida o en una posición de clara inferioridad o indefensión frente al autor de la agresión. Por lo demás, en estos supuestos, y a diferencia de la causa anterior, se exige la convivencia de los sujetos de la infracción lo que resulta lógico si, como creemos, esta medida está relacionada con la violencia doméstica y no con la violencia de género, pero sin que resulte preciso una convivencia de

¹³ En este sentido ASUA, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, citado, pág. 217.

¹⁴ Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., obra citada, pág. 78.

¹⁵ En este sentido las previsiones contenidas en los arts. 180, 184 y 188 sobre los delitos relativos a la libertad sexual.

carácter permanente procediendo su aplicación en los supuestos de acogida temporal que especialmente se producen con respecto a hijos o padres. En todo caso, la aplicación de estas agravaciones resulta incompatible entre sí e incluso con la prevista en el nº 3 del mismo precepto que recoge el supuesto de que la víctima sea menor de doce años de edad o incapaz que sin duda alguna tiene el mismo fundamento de mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo¹⁶.

En segundo lugar, la reforma de la Ley integral afecta al tipo genérico de malos tratos, también denominado de maltrato ocasional, previsto en el artículo 153 del Código penal que, desde la LO 11/2003, recoge las conductas de los artículos 617.1 y 2 CP, es decir determinados supuestos de faltas contra las personas que se convierten en delitos en razón al sujeto pasivo. El comportamiento consiste en producir un menoscabo psíquico, una lesión que no constituya delito o en golpear o maltratar de obra sin causar lesión¹⁷ lo que supone que no se requiere, como en el resto de los tipos delictivos de lesiones, que exista necesidad de tratamiento médico o quirúrgico para la curación de las lesiones. A partir de esta conducta típica el art. 153 prevé dos supuestos cuya diferente penalidad¹⁸ se articula en función de la clase de víctima del delito.

Así en el primero de los apartados, que se configura como un tipo agravado, se requiere que *la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia* o que se trate de *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*, de este modo, y al igual que sucedía en los casos de las agravaciones del anteriormente comentado art. 148, se hace aquí referencia a supuestos específicos de violencia de género (cuando el maltrato se ejerce sobre la mujer) pero también de violencia doméstica sobre las personas más vulnerables del ámbito familiar igualdad que produce confusión y hacer perder sentido a muchas de las medidas previstas por la Ley integral que están pensadas y tienen su sentido sólo en los casos de violencia de género¹⁹.

¹⁶ De igual modo, a nuestro juicio, debe resultar incompatible con la agravación del nº 1 del art. 148 si la vulnerabilidad de la víctima se produce por la utilización de armas, instrumentos o modos peligrosos para la vida o integridad que realiza el autor y que le sitúa en una posición de superioridad.

¹⁷ El concepto de maltrato en cualquiera de las modalidades a que se refiere tanto este precepto como el art. 173,2 supone que se trata de conductas penalmente relevantes pero quedan fuera de este ámbito otro tipo de comportamientos, como por ejemplo la infidelidad, que sólo podrán ser reprochables moral o civilmente.

¹⁸ La diferencia de penalidad es muy escasa y referida únicamente al límite máximo de la pena de inhabilitación y al mínimo de la pena de prisión pero manteniendo en ambos supuestos el límite máximo de un año y la misma duración de la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad así como y de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

¹⁹ En este sentido se pronuncia con razón MAQUEDA, “La violencia contra las mujeres...”, citado, pág. 179, señalando las incongruencias que produce este intento de contentar a todos al equiparar a las mujeres

El segundo apartado del artículo 153 CP, que constituye el tipo básico, recoge la misma conducta típica e, igualmente, requiere también que exista una relación especial entre el sujeto activo y pasivo del delito pues, con la excepción de las personas contempladas en el número anterior, es necesario que se trate de la clase de víctimas a las que se hace referencia en el artículo 173 CP, esto es *los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*. En todos estos casos es la convivencia en un mismo entorno familiar lo que determina la conversión del simple maltrato en un hecho delictivo por lo que la medida parece encaminada a la protección de la paz doméstica pero, además, la irresistible ampliación de sujetos pasivos alcanza ahora también a personas internadas en centros públicos o privados, es decir, a personas con las que no existe relación de convivencia por lo que con razón se ha dicho que en este precepto se hace referencia también a lo que pudiera denominarse violencia asistencial²⁰.

En todo caso, la fórmula de conversión de todo maltrato en hecho delictivo por razón sólo del sujeto pasivo no parece el mejor de los sistemas ni el más respetuoso con los principios que deben inspirar la legislación penal²¹. La crítica en este caso no deriva del hecho del reforzamiento de protección de la mujer pues, como acabamos de ver, las previsiones del art 153 afectan a un círculo muy amplio de víctimas, sino de que, como anteriormente señalamos para los similares casos de amenazas y coacciones previstos por la Ley integral, no se tiene en cuenta el criterio de la gravedad de los hechos. La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 parecía arrojar alguna luz sobre los motivos que podían haber llevado al legislador a la decisión de criminalizar como delito las faltas del artículo 617.1 y 2 CP, cuando señalaba que con esta medida se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas así como medidas de protección para las víctimas de malos tratos familiares que se añaden a la orden de protección para las víctimas de faltas de malos tratos. Pero el hecho es que, a pesar de lo señalado en la referida

con las personas más vulnerables del entorno familiar pues en estos últimos casos puede carecer de sentido medidas como las órdenes de alejamiento.

²⁰ En este sentido BOLEA, C., "En los límites del Derecho penal...", citado, pág. 12.

²¹ Vid la crítica que a esta conversión de la falta en delito realizaba GIMBERNAT en el Prólogo a la 10ª edición del Código penal de la editorial Tecnos, Madrid 2004, pág. 20.

Exposición de Motivos, así sucede sin necesidad de haber elevado a categoría delictiva las conductas que recoge el artículo 620.2 CP pues por imperativo del artículo 544 ter.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el juez de instrucción deberá dictar orden de protección de la víctima cuando aprecie una situación objetiva de riesgo para la misma en los casos de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP y a este precepto se refiere de forma específica el artículo 62 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Violencia de género que no sólo no ha derogado las previsiones del art. 153 sino que ha utilizado la misma técnica en los señalados casos de amenazas y coacciones de los arts. 171 y 172 CP.

Finalmente, cabe una agravación de la pena prevista para los supuestos del art., 153, 1 y 2, que obliga a imponer la pena en su mitad superior, cuando el delito se lleve a cabo en presencia de menores, o utilizando armas o en el domicilio común o de la víctima o quebrantando una pena, una medida cautelar o de seguridad. En el primero de los casos, la presencia de menores, como señala la Circular 3/2004 de la Fiscalía y reitera la 4/2005, es suficiente con que concurra un único menor pero, sobre todo, debe tratarse de menores pertenecientes al ámbito familiar de los sujetos activo y pasivo²². También resulta acertada, a nuestro juicio, la agravación por la realización del hecho en el domicilio de la víctima por cuanto implica una transgresión también de su intimidad pero, por el contrario, creemos que carece de sentido agravar la agresión que se produce en el domicilio común que es, por decirlo así, el medio natural de estos comportamientos y, desde luego, como señala ASUA, no parece que deba considerarse siempre menos grave el maltrato que se realiza en otros lugares públicos²³; en cuanto a la utilización de armas, que no la mera exhibición, resulta difícilmente compatible con una conducta de simple maltrato que no ha de causar lesión y respecto a la agravación consistente en que la violencia se ejercite quebrantando las penas o medidas de prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima que su concurrencia con el tipo previsto por el art. 468 sobre quebrantamiento de condena, también modificado por la Ley integral sobre violencia de género, deberá ser tratado como un supuesto de concurso de normas. Para terminar con las previsiones contempladas por el art. 153 del Código penal, el último párrafo de este precepto prevé un tipo atenuado, que permite imponer la pena inferior en grado *en atención a las circunstancias*

²² Como señala ASUA, obra citada, pág. 219-220, esta agravación tiene su fundamento en el *daño indirecto* que puede suponer para los hijos presenciar el maltrato pero carece de sentido cuando la agresión se realiza ante menores sin vinculación con el agresor o agredido.

²³ ASUA, obra citada, pág. 220.

personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho cláusula abierta y, por tanto, poco respetuosa con el principio de legalidad penal, aunque por lo menos se exige expresamente que la sentencia exponga las razones de esta decisión²⁴.

El denominado delito de maltrato habitual previsto en el art. 172,2 del CP constituye el otro gran eje de la lucha contra la violencia doméstica. Como es sabido, aparece por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico penal con la LO 3/1989, de 21 de junio, dentro del Título relativo a las lesiones, y con la LO 11/2003 de 29 de septiembre, el delito, muy reformado además en su contenido, se traslada al Título VII sobre las torturas y otros delitos contra la integridad moral; con ello se vino a recoger la tesis sostenida por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia sobre que los malos tratos constituían un delito pluriofensivo que además de afectar a bienes como la vida o la salud también incidían en el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes²⁵ y en la paz familiar, si bien en este último sentido no prosperó la idea de su ubicación entre los delitos contra las relaciones familiares como sostenía un sector de la doctrina²⁶.

En cuanto a su contenido, el artículo 173.2 constituye un tipo cualificado respecto del tipo base que recoge el párrafo anterior. Se trata de un delito especial propio donde los sujetos activo y pasivo deben estar ligados por la relación de convivencia o familiar²⁷ que exige el tipo penal, que ha sido desmesuradamente ampliada a nuestro juicio y que en todo caso no constituye un elemento normativo tipo sino descriptivo. En cuanto a la conducta, se incluye tanto la violencia física como la psíquica y no caben formas imperfectas de ejecución, por tratarse de un delito de mera actividad. Si como consecuencia de las violencias se producen lesiones típicas el propio precepto hace referencia a la necesidad de aplicar un concurso de delitos obviándose ahora los problemas de vulneración del *non bis in idem* a que aludían algunos como consecuencia del cambio de ubicación sistemática del delito²⁸. Por lo demás, el tipo incorpora la

²⁴ En este caso la Circular 4/2005 de la Fiscalía alude a que se deberá tener en cuenta *la forma de la agresión, intensidad de la acción, agresiones mutuas, personalidad no violenta del autor, etc.*

²⁵ En este sentido TAMARIT, J., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Pamplona 1999, pág. 105, y las STS de 20 de diciembre de 1996, 24 de junio de 2000 y 22 de enero de 2002, entre otras.

²⁶ Por todos ACALE, M., *El delito de malos tratos...*, citado, pág. 135. También el Tribunal Supremo en numerosa jurisprudencia se ha referido a la protección familiar como principal objeto de tutela de estos ilícitos y así, por ejemplo, las STS de 9 de julio y 25 de octubre de 2001, 22 de enero de 2002 o 18 de junio de 2003.

²⁷ Hay que destacar que en este caso y puesto que no se realiza ninguna referencia expresa al género, como ocurre en el art. 153, 1, es perfectamente posible la incriminación por maltrato habitual en el caso de parejas homosexuales casados, convivientes o en relación de noviazgo.

²⁸ Vid por todos ACALE, obra citada, págs. 132 y ss.

agravante de parentesco²⁹, no siendo aplicable la agravante de alevosía al no tratarse de un delito contra las personas³⁰ y asimismo, y como sucede en el ya comentado art. 153, el segundo párrafo de este tipo incorpora una agravación de la pena, que permite imponerla en la mitad superior, cuando se realice en presencia de menores, o en el domicilio común o de la víctima, se utilicen armas o tenga lugar quebrantando una pena privativa de derechos o medida cautelar o de seguridad o prohibición.

Finalmente, y por lo que se refiere al elemento típico de la habitualidad que es una de las cuestiones más debatidas, el propio art. 173,3 lo configura de modo amplio puesto que no hace referencia expresa a un número concreto de actos de violencia, exigiéndose únicamente pluralidad y proximidad temporal entre los mismos, con independencia de la identidad de víctimas y de que los hechos hayan sido o no previamente enjuiciados. Con la redacción vigente, queda claro que la habitualidad no debe identificarse con la reincidencia pero el precepto sigue planteando problemas de interpretación y así, en ocasiones, la jurisprudencia ha venido exigiendo la realización de al menos tres conductas de violencia³¹, por análoga aplicación de lo previsto en el art. 94 del Código penal, aunque con mejor criterio otras resoluciones admiten diferentes medios de acreditación de la frecuencia de las agresiones³².

²⁹ En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de mayo de 2001

³⁰ STS 22 de enero de 2002

³¹ En este sentido la Circular 1/1998 de la Fiscalía.

³² Así, por ejemplo, la STS de 20 de diciembre de 1996 ya había admitido otros medios como la declaración de la víctima o el contenido del parte pericial médico que, en el caso enjuiciado, ponía en evidencia que por la evolución de las lesiones éstas se habían producido en ocasiones diferentes. En cuanto a si cabe admitir para conformar la habitualidad las condenas anteriores en sentido positivo se manifiesta la STS de 16 de abril de 2002 aclarando la de 18 de junio de 2003 que naturalmente no cabe tener en cuenta los hechos sobre los que ha recaído una sentencia absolutoria.