

EL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Vicenta CERVELLÓ DONDERIS

*Profesora Titular de Derecho Penal de
la Universitat de Valencia*

Resumen: Desde hace años el delito de malos tratos en el ámbito familiar viene despertando una inusual expectación debido principalmente a dos motivos: el aumento de estas conductas y la toma de conciencia de la insuficiencia legislativa en esta materia. El artículo 153 del Código penal regula esta figura desde que la reforma de 21 de junio de 1989 introdujera el entonces artículo 425 del anterior código. Dadas las grandes diferencias entre la primera redacción del delito en 1989 y sus sucesivas reformas, en este trabajo se analizan aquellos elementos introducidos tanto en la redacción del Código penal de 1995 como en la reforma de 1999, a través de un sucinto examen de las cuestiones más relevantes, así como de los elementos de este delito.

Laburpena: Azken bolada honetan familia barruan ematen den tratu txarren delituak izugarritzko jakin mina sortu du. Guzti hori bi arrazoiren ondorio bilakatu da: jokabide horiek jasan duten gehikuntza alde batetik eta legeriaren faltarekiko jabetzea bestetik. Kode penaleko 153 artikulua aztertzen du figura hau, 1989ko ekainaren 21-eko erreformak aurreko kodigo 425. artikulua sartu zuenetik. Hasiera bateko, 1989ko delituaren deskribapenak eta ondorengo diferentziak, 1995eko kode penalean ezartzen zen erredakzioa eta 1999ko erreformak aztertzen dira, delituaren elementu guztiak aipatuaz.

Résumé: Depuis des années l'infraction de mauvais traitements dans le cadre familial éveille une attention inhabituelle à cause de deux motifs principalement: l'augmentation de ces conduites et la prise de conscience de l'insuffisance législative dans cette matière. L'article 153 du Code pénal règle cette figure depuis que la réforme du 21 juin 1989 introduirait l'article 425 du code précédent. Étant donné les grandes différences entre la première rédaction de l'infraction en 1989 et ses réformes successives, dans ce travail sont analysés les éléments introduits tant dans la rédaction du Code pénal de 1995, que dans la réforme de 1999, à travers un examen succinct des questions les plus significatives, ainsi que des éléments de cette infraction.

Summary: For years the family mistreatment crime awakes an unusual interest due mainly to two reasons: the increase of these conducts and because of becoming aware of the legislative insufficiency in this matter. Article 153 of the penal Code in force regulates this crime, since the reform of 21th June 1989 introduced the article 425 of the previous code. In view of the great differences between the first crime writing in 1989 and its successive reforms, in this work the elements introduced by the penal Code of 1995 as well as those introduced by the 1999 reform are analyzed, through a concise study of the most relevant questions as well as an exam of the elements of this crime.

Palabras clave: delitos, Derecho penal, Código penal, malos tratos, violencia familiar, delito de lesiones.

Hitzik garrantzikoak: delituak, Zuzenbide penala, Kode penala, tratu txarrak, familiartekoen biolentzia, zauri delituak.

Mots clef: délits, Droit pénal, Code pénal, mauvais traitements, violence familiale.

Key words: crimes, penal Law, penal Code, mistreatment, family violence, injuries.

La identificación en la actualidad del maltrato doméstico como exponente de los delitos contra la mujer, podría parecer discriminatoria por la proclamación del principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española, si no fuera porque la desigualdad social que la mujer ha sufrido históricamente, fue tejiendo una cultura de prepotencia conyugal con un respaldo institucional y legislativo; esta posición de superioridad del hombre dirigida al control de la relación conyugal ha venido siendo aceptada por la mujer de forma sumisa, hasta que en fechas relativamente recientes, se ha conseguido despertar una nueva conciencia social reivindicativa del reconocimiento de unos derechos constantemente vulnerados.

Como prueba de ese censurable tratamiento legal se pueden citar las referencias del Código Civil al deber de la mujer de obedecer a su esposo con el correlativo deber de corrección de éste sobre aquélla, o bien el derecho de exigir el denominado débito conyugal que permitía una cierta condescendencia con el recurso a la violencia; por su parte en el Código Penal se pueden recordar las menciones a la mujer como sujeto pasivo de los delitos contra la libertad sexual, con denostadas expresiones como “mujer doncella” o la arcaica protección de la honra en los delitos de aborto e infanticidio. Sirva de ejemplo la sentencia de 10.2.1990 de la Audiencia Provincial de Asturias donde se llega a estimar error de prohibición vencible por creer el agresor que la mujer no se puede negar al débito conyugal y que la persona casada debe fidelidad a su cónyuge, lo que le permitió encadenar a su esposa a la cama para mantener relaciones sexuales a las que ella se negaba.

Todo ello no hacía más que arrastrar una concepción paternalista que a partir de la aprobación de la Constitución de 1978 tuvo que modificarse para equiparar la posición de ambos sexos ante la ley, dando lugar a un proceso de transformación social todavía en curso.

Las mejoras legales han provocado la desaparición de las diferencias de trato en los delitos contra la libertad sexual, así como las menciones morales propias de una consideración ancestral de la familia, pero no han alcanzado todavía su meta, como lo demuestra la relación de dominio que da lugar a la llamada violencia de género, donde la negativa a aceptar el papel que corresponde a la mujer en la sociedad desemboca en situaciones de terrible violencia, precisamente dentro del ámbito de la privacidad doméstica.

En este sentido, desde hace unos años viene despertando una inusual expectación la figura del delito de malos tratos en el ámbito familiar debido a dos importantes motivos estrechamente relacionados entre sí: de una parte el espectacular aumento de estas conductas desde los años noventa ha arrojado en los tres últimos años la dramática cifra de más de cien mujeres muertas, y de otra la toma de conciencia del legislador de la insuficiencia legislativa actual ha motivado que pese a su reciente incorporación en 1989, este delito haya sido posteriormente modificado en dos ocasiones: en el Código Penal de 1995 y en la última reforma operada por la L.O.14/1999 de 9 de Junio en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 153 del Código Penal regula esta figura desde que la reforma de 21 de Junio de 1989 introdujo el entonces artículo 425 del Código Penal anterior, lo que en su día supuso un gran avance ya que históricamente las conductas de maltrato de padres a hijos estaban normalmente exentas de responsabilidad criminal por encontrar

su justificación en el derecho de corrección. De esta manera el artículo 625 del Código Penal de 1822 consideraba la conducta de dar muerte al hijo en el exceso del derecho de corrección como homicidio involuntario, agravando además la pena de la mujer que maltrataba al marido, pero no a la inversa. El Código Penal de 1848 incorporó la célebre figura del uxoricidio mediante el cual el marido que sorprendía a su mujer con otro hombre y mataba a cualquiera de los dos recibía la pena de destierro, lo que estuvo vigente hasta la reforma de 1963. Por último el artículo 431 del Código Penal de 1870 excluía de la agravación de las lesiones por parentesco a las causadas por el padre al hijo excediéndose en el derecho de corrección, situación que permaneció en el artículo 420 del Código Penal de 1944 hasta su supresión en la reforma de 1973.

Con este panorama de antecedentes legislativos la iniciativa surgida a través de la reforma de 21 de Junio de 1989 que defendía la conveniencia de “*introducir esta nueva figura penal al objeto de ofrecer respuesta penal a los malos tratos sistemáticos dentro del seno familiar*” resultaba sumamente alentadora en una sociedad que en el plano de las relaciones paterno-filiales sigue conservando en la regulación civil de la patria potestad la posibilidad del ejercicio del derecho de corrección, y que en las relaciones conyugales arrastra un déficit educacional que se resiste a aceptar la posición de igualdad entre hombres y mujeres, propugnando una posición de predominio del hombre que desemboca en ciertos casos extremos en la utilización de la violencia.

Con la regulación de esta figura delictiva se pretende castigar cualquier agresión violenta ocurrida en el seno familiar sin necesidad de producir lesión, ya que en este caso las lesiones efectivamente producidas reciben su castigo correspondiente, esto significa que los hechos delictivos que mayor impacto social producen, como homicidios o asesinatos entre cónyuges, no siempre son constitutivos de maltrato ya que si se trata de esa conducta aislada no entra en la concepción de violencia doméstica que exige la repetición de actos violentos. Para ello es determinante la habitualidad del maltrato, ya que lo que se pretende castigar es el uso sistemático de la violencia como medio de vida, aquellos casos en que se trata de una forma de relación y comunicación normal dentro del seno familiar.

Al incorporarse esta figura al Código Penal español a través de la *reforma de 1989*, el propósito del legislador fue que el artículo 425 castigara a quien habitualmente y con cualquier fin ejerciera violencia física sobre su cónyuge o persona unida con análoga relación de afectividad, así como los hijos sujetos a patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, con la pena de Arresto Mayor.

En dicho momento ya se detectaron los siguientes defectos en la regulación penal:

- solo se refería a la violencia física, dejando fuera a la psíquica.
- dejaba fuera a los ascendientes.

Con la intención de mejorar su redacción el *Código Penal de 1995* en el artículo 153 reguló la conducta de maltrato en el ámbito familiar incorporando ciertas reformas:

- se incorporan como sujetos pasivos los ascendientes, los hijos del cónyuge o conviviente, y los hijos no sujetos a patria potestad.

- se suprime la expresión “con cualquier fin” que parecía excluir en todo caso cualquier justificación en el uso de la violencia.

- la pena privativa de libertad se eleva a la de prisión de seis meses a tres años.

- incorpora una mención a la penalidad por separado de los resultados producidos.

Estas reformas no fueron suficientes ya que el delito era de difícil aplicación por los Tribunales, pese a que la realidad arrojaba un alarmante incremento de sucesos violentos conyugales, lo que dio lugar a la aprobación por el Gobierno el 30 de Abril de 1998 del “Plan de acción contra la violencia doméstica” con una serie de objetivos:

- crear más infraestructuras para atender a la víctima, tales como casas de acogida.

- modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para agilizar el procedimiento e incluir medidas cautelares más efectivas.

- modificar el Código Penal para ampliar el delito.

- difundir campañas en los medios de comunicación para prevenir y sensibilizar a la sociedad sobre la violencia doméstica.

Siguiendo estas pautas, la *L.O.14/1999 de 9 de Junio* modificó el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos en los siguientes términos:

En el orden procesal la reforma introduce una serie de medidas que tratan de dar mayor protección a las víctimas de estos delitos y mejorar el procedimiento:

- como primeras diligencias dirigidas a proteger a la víctima o sus familiares, se cita expresamente que cuando se trate de uno de los delitos mencionados en el artículo 57 del Código Penal, que regula la pena de la privación del derecho de residencia, el Juez o Tribunal podrá motivadamente imponer de forma cautelar la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra Entidad Local o Comunidad Autónoma. También se podrá imponer la prohibición de acudir a determinados lugares, aproximarse o comunicar con determinadas personas. De incumplirse tales medidas se podrán imponer otras que limiten en mayor medida la libertad personal, artículo 544 bis LECR.

- en los juicios de las faltas del artículo 620 1º y 2º del Código Penal cuando el ofendido sea alguna de las personas del artículo 153, el conocimiento y fallo corresponderá a los Juzgados de Instrucción, no a los Jueces de Paz, artículo 14.1 LECR.

- en los delitos mencionados en el artículo 57 del Código Penal el Juez ha de comunicar a la víctima los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, artículo 109 LECR.

En cuanto a la reforma penal se modifica de nuevo el artículo 153 del Código Penal introduciendo ciertas mejoras con el fin de clarificar el texto legal y ampliar su ámbito de aplicación. Entre las reformas que se incorporan se pueden destacar las siguientes:

- se añade junto a la violencia física la violencia psíquica.
- se amplía los sujetos a los cónyuges o parejas que hayan dejado de serlo.
- se define el concepto de habitualidad.
- se modifica la mención concursal.
- se amplía el contenido de la pena de privación del derecho de residencia.
- se modifica la redacción de las faltas reguladas en los artículos 617.2 y 620, dejando esta última de ser a instancia de parte cuando los ofendidos sean los sujetos del artículo 153 del Código Penal.

Dadas las grandes diferencias entre la primera redacción del delito en 1989 y sus sucesivas reformas, se van a analizar aquellos elementos introducidos tanto en la redacción del Código Penal de 1995 como en la reforma de 1999 a través de un sucinto análisis de las novedades más relevantes, así como de los elementos del delito estrechamente relacionados con ellas.

1. CONDUCTA

Es una de las novedades de mayor importancia por la ampliación que supone del tipo al permitir tanto la violencia física como psíquica; la primera se refiere a actos de fuerza o acometimiento que afectan a la integridad física como puedan ser golpes, bofetadas, empujones o arañazos y la segunda, que puede incluso ser mucho más grave que la primera pese a su gran dificultad de prueba puede consistir en insultos, vejaciones y humillaciones, u otras conductas como la ridiculización reiterada, o el control de actividades, horarios o gastos realizados de manera persistente... Estos comportamientos van a completar el tipo solamente con su ejercicio repetido, sin necesidad de resultado material alguno.

La introducción de la violencia psíquica despierta ciertos recelos en la doctrina, lo que provoca su admisión de manera cautelosa y sólo para los casos comparables a las violencias físicas¹, una de las razones por las que se rechaza su incorporación es por su duplicidad con los delitos contra la integridad moral del artículo 173 del Código Penal.

Para justificar la inclusión de las violencias psíquicas junto a las físicas es necesario tener en cuenta el bien jurídico protegido² ya que aunque los malos tratos estén incardinados entre los delitos de lesiones, esta ubicación ha sido muy criticada porque no afectan a la salud directamente sino a la dignidad humana (concretada en el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes³) por el abuso de la posición de superioridad que conlleva el maltrato reiterante, por la humillación que supone

1. Tamarit Sumalla, J.M., en G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999, pág. 106.

2. Se suele mantener un bien jurídico pluriofensivo formado, según los distintos autores, por la salud, la integridad física, la dignidad humana, el bienestar, la incolumidad personal, la paz y la convivencia familiar...

3. Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., *Comentarios al Código penal de 1995*. Coordinador T. Vives Antón, Valencia, 1996, pág. 801.

hacer del maltrato un hábito en la relación familiar, ya que se trata de una posición de dominio que desprecia el respeto al resto de miembros de la unidad familiar. Así lo entiende la STS 24.6.2000 (5792) al reconocer que a pesar de su ubicación sistemática, el bien jurídico protegido se extiende más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad con afección a la paz familiar por la situación de dominación sobre la pareja y demás familiares.

De esta forma la diferencia radicaría en que la regulación en el artículo 173 del Código Penal de los delitos de tortura y contra la integridad moral se dirige a dar una tutela genérica a la integridad moral sin recoger ni el especial ámbito de sujetos ni la presencia de la habitualidad.

Si se considera a la dignidad humana como bien jurídico protegido, necesariamente se ha de reconocer una tutela individual a cada miembro de la familia dado que la dignidad humana también lo es. Otras posturas⁴, por el contrario, lo amplían a la tutela de la familia al identificarlo con el ámbito donde se realizan, opinión que, al margen de la dificultad de acoplarlo con la redacción y ubicación del precepto, tiene el inconveniente de conducir al Derecho Penal a tareas que no le corresponden⁵, sobre todo en una figura delictiva donde es frecuente mantener que su solución no está en el castigo penal sino en la educación preventiva.

Todas estas conductas para que entren en el seno de esta figura delictiva es necesario que se den de manera habitual, lo que configura el elemento esencial del delito, ya que de no darse tal circunstancia estaremos ante una falta.

2. HABITUALIDAD

Es un concepto complejo, pero imprescindible que se concrete, ya que va a ser el elemento definidor del delito. Se trata de un concepto fáctico que implica repetición de hechos, a diferencia de la reincidencia que es un concepto jurídico por exigir condenas anteriores como señala el artículo 22.8 del Código Penal. De no haber habitualidad, la conducta puede ser constitutiva de falta del artículo 617.2 del Código Penal, que castiga los golpes o maltratos de obra aislados que no causan lesión.

El artículo 94 del Código Penal define la habitualidad exclusivamente a los efectos de sustitución y suspensión de la pena, lo que impide su utilización en este delito. Por ello hasta la reforma de 1999 se seguía el criterio de la Jurisprudencia consistente en admitir la habitualidad cuando se dan tres comportamientos violentos con cierta unidad temporal: STS 3.12.1992 (9916), 25.4.1994 (3430), 24.1.1995 (159), 20.12.1996 (9036).

La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado sobre la aplicación de la reforma de la L.O.1/1989 de 21 de Junio también se adhirió a este criterio de enten-

4. Acale Sánchez, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, págs. 91 y 132 a 135.

5. El carácter de última ratio así lo exige, vid. García Álvarez, P., Del Carpio, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, págs. 23-24.

der la habitualidad cuando se dieran al menos tres conductas. Posteriormente la Circular 1/1998 sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar lo completa exigiendo además de tres actos, la proximidad temporal, sin exigir pero sin excluir el enjuiciamiento anterior de los actos e incluso admitiendo la posibilidad de que sean hechos constitutivos de faltas ya prescritos.

Para no vulnerar el principio *ne bis in idem* se exigía que fueran actos no juzgados y no sentenciados, lo cual suponía acreditar tres hechos por otros medios fácticos tales como partes médicos, denuncias de la policía, denuncias de vecinos o declaraciones de testigos.

De este modo la STS 20.12.96 (9036) admite como tal las denuncias de los vecinos y la declaración de la psicóloga que atendía a la víctima por las conversaciones que ambas habían tenido. En el mismo sentido la Circular 1/98 de la Fiscalía General del Estado admitía además de la declaración de la víctima o de informes, cualquier medio probatorio.

Esto sin embargo era complicado ya que la opción era castigar el maltrato como falta o por el contrario esperar a que se produjeran dos hechos nuevos para calificarlo como delito, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de ocasiones lo que precisamente faltan, son denuncias anteriores o la colaboración de los testigos pese a la clara constancia de la realización de hechos.

Tales inconvenientes llevaban a los Tribunales a rechazar la presencia del delito por los siguientes motivos:

- si las conductas anteriores eran por delitos diversos, por ejemplo amenazas y golpes. S.A.P. Coruña 19.11.97.
- si estaban distanciados en el tiempo, lo que podía oscilar a lo largo de un año. S.A.P. Badajoz 23.1.95.
- si los hechos anteriores habían sido condenados por faltas en virtud del principio *ne bis in idem*.

Y por el contrario su aplicación era posible cuando se podía acreditar por los medios antes citados la presencia de tres comportamientos ilícitos.

En la reforma de 1999 se ha definido la habitualidad en el artículo 153.2, o mejor dicho se ofrecen unos criterios al Juez para que pueda apreciar la habitualidad, si bien se hace de una manera un tanto ambigua al tratarse de un tipo excesivamente abierto que comprende los siguientes supuestos a tener en cuenta:

- número de actos de violencia acreditados: al no señalar cuántos han de ser, puede dar lugar a que sean más o menos de tres actos; la acreditación podrá valorarse con los criterios tradicionales, es decir partes, denuncias, declaraciones...
- proximidad temporal de los mismos: tampoco aclara las pautas, lo que puede dar lugar a diversidad de criterios judiciales.
- es indiferente que dicha violencia haya sido ejercida sobre la misma o diferentes personas: este criterio va a suponer una novedad legal, pese a su admisión por la Circular 1/1998, ya que antes se solía exigir la unidad de sujeto pasivo por tratarse de

bienes jurídicos distintos, con esta mención podrán recaer los actos sobre el cónyuge o hijos indistintamente, así como los otros sujetos mencionados en el artículo 153 del Código Penal.

– ahora es también indiferente que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores: es uno de los criterios más discutibles por el riesgo que encierra de vulnerar el principio *ne bis in idem* que tanto preocupa en esta figura delictiva. La ventaja es que no va a exigir que los hechos anteriores hayan sido efectivamente juzgados, con lo cual facilita su consideración, sin embargo el gran inconveniente es la posibilidad de volver a condenar hechos ya enjuiciados en procesos anteriores. Para limitar el riesgo de esta vulneración se puede tener en cuenta que esos hechos anteriores ya juzgados lo hayan sido por delitos de lesiones, faltas de lesiones o faltas de maltrato, ya que en definitiva está protegiendo bienes jurídicos distintos, integridad física en éstos y dignidad humana en el delito de maltrato doméstico, ya que en esta última figura no se valora la afección a la salud sino fundamentalmente la lesión a la dignidad humana y el derecho a no ser molestado.

En este sentido la STS 24.6.2000 (5792) estima la habitualidad propia de esta figura delictiva, en su redacción de 1995, por dos actos de violencia sin importar que fueran constitutivas de faltas ya prescritas y que además no fueron denunciadas.

Esto significa que un delito anterior de maltrato del artículo 153 del Código Penal no puede servir para calificar otro nuevo⁶, como tampoco debe serlo una conducta absuelta anteriormente, ya que se ha de evitar escrupulosamente el doble enjuiciamiento, lo que en la práctica probablemente será muy difícil de salvar. Esta solución permite interpretar el tipo en virtud del principio de vigencia, pero sigue sin ser satisfactoria con el principio *ne bis in idem*, que impide tajantemente valorar dos veces un mismo hecho.

3. SUJETOS

El círculo de sujetos se ha ido ampliando a lo largo de las sucesivas reformas que ha sufrido el precepto hasta dar con una extensa gama de posibilidades: los que son o hayan sido cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad entre sí, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que convivan o que estén sujetos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro cónyuge.

Desde la reforma de 1995 los sujetos se ampliaron a supuestos antes olvidados, como los padres privados de patria potestad respecto a sus hijos, los hijos mayores de edad que convivan aun sin estar sometidos a patria potestad, los hijos del cónyuge o conviviente y los ascendientes. Además en la última reforma de 1999 destaca la novedad relativa a que la violencia pueda recaer sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, lo que significa que no es necesario que subsista el vínculo cuando se ejercen las violencias ya que se puede haber disuelto ya.

6. Tamarit Sumalla, JM., *op. cit.*, pág. 107.

Esta novedad se ha incluido para abarcar los supuestos de los ex-cónyuges o ex-parejas estables, dado que la realidad ha demostrado que en el seno de estas problemáticas relaciones se da un elevado porcentaje de casos, precisamente por no aceptar la nueva situación de separación; tal modificación legal abre la discusión sobre la aplicación de esta figura delictiva en los casos en los que la ruptura de la pareja ha terminado con la convivencia.

Si bien en la redacción anterior el tipo no exigía la convivencia, su estrecha relación con la habitualidad impedía que en muchos casos se aplicara el tipo:

Así la STS 12.3.93 (2379) apreció el delito pese a que el sujeto no convivía con la víctima por encontrarse en prisión, ya que el maltrato se producía durante los fines de semana en los que disfrutaba de permiso de salida.

La STS 11.5.95 (3625) no apreció el delito por tratarse de una relación de noviazgo, pese a que estaba próximo el matrimonio y se mantenían relaciones sexuales, ya que no había convivencia.

La STS 24.4.99 (3332) sí que apreció el delito por tratarse de una relación de noviazgo en la que había convivencia.

Esto significa que los Tribunales valoraban la convivencia como signo de mantenimiento de la relación, por eso cuando la relación se rompe y no hay convivencia el delito era difícil de aplicar.

Tal como se ha dicho la realidad ha demostrado que más de un 80% de los casos se ha dado entre sujetos que no aceptan la ruptura conyugal o se encuentran inmersos en procesos de separación o divorcio que no desean, lo que ha dado lugar a que se abra el tipo para incluir estos supuestos. No obstante hay que tener en cuenta que el requisito legal es el de habitualidad y estabilidad actual o pasada en la pareja, por ello la habitualidad indicará el ámbito de aplicación y no la convivencia, que pese a estar latente en el ámbito doméstico no es exigida por el tipo, salvo que se entienda la convivencia como la constatación de un aprovechamiento de la situación de prevalimiento entre el autor y su víctima⁷, sin descuidar que lo relevante es la repetición de actos dentro del círculo familiar, actos agresivos que se producen precisamente con ocasión de dicha relación.

En este sentido, hay que tener en cuenta que si en la desaparición del delito de parricidio del Código Penal tuvo una gran importancia la inaplicación por el Tribunal Supremo a partir de 1994 de tal agravación cuando no había convivencia o estaba rota, era por su aplicación automática cuando subsistía la relación formal, pero aquí es distinto ya que se castiga la habitualidad dentro de un círculo familiar que puede estar vigente o disuelto, pero que necesita repetición de actos por ese motivo, es decir ser relevante la relación de pareja o familia en la conducta delictiva.

La convivencia, sin embargo, sí parece ser necesaria en los pupilos, ascendientes o incapaces que no estén sujetos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, como señala la STS 24.6.2000 (5792), pese a que la confusa redacción pueda permitir otra interpretación distinta.

7. Campos Cristóbal, R., "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico", *Doctrina Penal*, nº 6, Julio 2000, pág. 26.

4. AUTORÍA

Los supuestos de autoría son los mismos que antes de la reforma, de manera que al tratarse de un delito especial propio, sólo los sujetos que tienen la relación exigida por el tipo podrán ser autores directos, y los extraños, en su caso, serán partícipes bien como inductores, cooperadores necesarios o cómplices, y en caso de ser quienes realicen directamente la violencia, pueden ser responsables de la falta de maltrato del artículo 617.2 o 620.2º del Código Penal, que permiten la ausencia de relación familiar, respectivamente en sus primeros párrafos. Si es más de uno quien ejerce las violencias, vgr. padre y madre sobre hijo será un supuesto de coautoría.

Sin embargo hay un supuesto de participación que pese a no haber sido objeto de reforma alguna, ha visto incrementada su presencia en los Tribunales por la extraordinaria sensibilización que hay en la actualidad por estos temas, se trata de la complicidad omisiva, cuando los parientes señalados por el tipo con su pasividad permiten que los actos violentos se produzcan, ya que en su posición de garante de evitar los resultados deben intervenir para que éstos no se produzcan. En este sentido son cada vez más frecuentes las condenas de madres o incluso abuelos que consienten sin intervenir en las violencias ejercidas por el padre sobre los hijos.

De esta manera las STS 31.10.91 (7473) y STS 6.10.97 (2931) y recientemente la STS 26.6.2000 (5801) condenan respectivamente a la madre que no hace nada por impedir las lesiones del padre hacia los hijos, en los dos primeros casos respecto a lesiones y en el último ya referido al delito de violencia doméstica en su nueva redacción.

5. JUSTIFICACIÓN: EL DERECHO DE CORRECCIÓN

Aquí se trata de un elemento que fue objeto de reforma en el Código Penal de 1995 y que sigue siendo necesario mencionar por la consideración que a veces tienen de él los Tribunales.

El artículo 154 del Código Civil contempla entre las facultades de la patria potestad la de corregir “razonada y moderadamente a los hijos”. Tan vetusta e inapropiada mención, ha de interpretarse en consonancia con los límites constitucionales del artículo 15 de la Carta Magna que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, por ello en ningún caso un maltrato infantil en el uso del derecho de corrección puede justificar una conducta delictiva. Además hay que tener en cuenta que tales facultades correctoras han de ejercitarse con la única y exclusiva finalidad educativa, lo que impide admitir el maltrato como un medio pedagógico. Por todo ello el derecho de corrección no puede referirse a conductas violentas constitutivas de delito o falta sino sólo a los medios correctores socialmente admitidos y por tanto irrelevantes para el Derecho Penal por el principio de insignificancia, cuando tal límite es traspasado ya no cabe hablar de atipicidad sino de relevancia penal sin justificación alguna.

Los Tribunales sin embargo en ocasiones todavía siguen refiriéndose a este pretendido derecho de corrección, como la sentencia de 17.11.95 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que entendió que abofetear a una hija a la que se priva de libertad está dentro del ejercicio no extralimitado del derecho de corrección por no producir lesión y ser reacción a un comportamiento despreciativo de la niña, lo que no se da en otros dos golpes que sí produjeron lesión y se calificaron con falta.

6. CONCURSOS

El Código Penal de 1995 había añadido un párrafo final en el artículo 153 en el que aclaraba que la condena del delito de maltrato doméstico se imponía sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso causaren. Esto supone una mención concursal por la posibilidad de que junto a la conducta de maltrato habitual se den otras efectivamente lesivas para la vida o integridad tales como lesiones, homicidio, asesinato, violación... que van a ser castigadas aparte como un concurso real de delitos ya que a través de varios hechos se cometen varios delitos.

En este sentido son numerosas las sentencias que han condenado ambas conductas, ya que el maltrato cuando desencadenaba delitos mayores sí era apreciado por los Tribunales, lo que no era tan frecuente cuando no daba lugar a esos otros hechos delictivos y se presentaba individualmente como conducta de maltrato sin producir lesión. En concreto son varias las sentencias que condenan por parricidio y malos tratos como la STS 20.12.96 (9036), ya que hasta que no se producía el resultado fatal las conductas maltratadoras no habían sido tomadas en consideración.

La redacción de la reforma de 1999 ha matizado la referencia concursal ya que ahora declara que las penas de las otras conductas se pueden referir tanto a delitos como a faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica; el problema se presenta a la hora de no confundir que la suma de varios hechos pueda dar lugar a la habitualidad con la particularidad de que luego además se castiguen aparte, ya que en ese caso de nuevo van a aparecer problemas con el principio *ne bis in idem*.

7. PENALIDAD

La pena de prisión puede tener una extensión de seis meses a tres años, lo que permite hacer uso en su caso de los mecanismos de suspensión y sustitución de la pena contemplados respectivamente en los artículos 80 y 88 del Código Penal. Concretamente tiene una importancia extraordinaria la posibilidad que tienen los Tribunales de hacer uso de las reglas de conducta del artículo 83, entre las que se encuentra la participación en programas educativos y formativos, ya que no hay que olvidar que la respuesta más adecuada a estas conductas se halla en la educación y no en el Derecho Penal.

Por otro lado, en esta figura puede aplicarse la pena de privación del derecho de residencia regulada en el artículo 57 del Código Penal que ha sido ampliada en la última reforma. Se trata de una pena accesoria de una serie de delitos entre los que se encuentra el regulado en el artículo 153, cuya finalidad es preventiva para proteger a la víctima y sus familiares de posibles enfrentamientos o situaciones tensas con el agresor, dado que la estancia en prisión puede ser en algunos casos reducida (piénsese en la derogada figura de la redención de penas por el trabajo) o adelantada (libertad condicional).

El Juez ha de imponerla teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, sin que exceda de cinco años su duración, necesitando, como pena que es, la existencia de una sentencia condenatoria, a diferencia de la medida cautelar establecida en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Su contenido se ha ampliado considerablemente ya que puede consistir en las siguientes prohibiciones:

- aproximarse a la víctima, familiares o personas determinadas por el Tribunal.
- comunicar con la víctima, familiares o personas determinadas por el Tribunal.
- volver al lugar de comisión del delito o acudir al lugar donde resida la víctima o familia si son distintos.

Esta ampliación se debe a que según la redacción anterior el agresor no podía residir en el lugar establecido por el Juez, pero nada impedía que se acercara a la víctima con el fin de amenazarla o extorsionarla, lo que daba lugar a lamentables sucesos que terminaban en muchos casos en nuevas conductas delictivas.

El fundamento de esta pena se dice que es preventivo especial para impedir nuevas conductas delictivas y proteger a la víctima y sus familiares de los posibles enfrentamientos y situaciones tensas que pueden surgir en sus encuentros con el agresor, dado que frecuentemente son más tempranos de lo esperado; por ello el Juez en su imposición ha de atender a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente representa.

La peligrosidad ha de ser criminal como probabilidad de cometer actos de venganza o represalias en el futuro, lo que implica un juicio de pronóstico que no siempre los Juzgados están en disposición de poder formular, razón que llevó a la sentencia de 18.11.97 de la Audiencia Provincial de Zaragoza a rechazarla por inexistencia de prueba sobre peligrosidad. Esto da lugar a que más que de la peligrosidad subjetiva del delincuente, los Tribunales hablen de la peligrosidad objetiva que representa la proximidad entre delincuente y víctima después de la comisión de determinados delitos, peligrosidad que objetivamente se dará por la probabilidad de enfrentamientos mutuos dada la naturaleza de los hechos cometidos; de esta manera se conecta la gravedad del delito con la peligrosidad que ello representa en la futura proximidad de víctima y delincuente, en este sentido STS 2.10.1999 (7598).

El sentido de esta pena, en los delitos de violencia en el ámbito familiar presenta además una problemática social específica por la desprotección que puede generar en el resto de miembros de la familia, así como por los conflictos derivados del disfrute de bienes comunes que puedan tener agresor y víctima, por ello pese a que tengan gran importancia las razones de prevención general por la alarma social que despiertan estas conductas, ante todo hay que tener en cuenta que se trata de dispensar una adecuada protección a la víctima⁸.

Su cumplimiento también puede presentar problemas, ya que el artículo 73 del Código Penal establece que las penas se cumplen simultáneamente según la naturaleza y efectos de las mismas, con lo cual se plantea el problema de decidir si se cumplen al mismo tiempo o a continuación de la pena de prisión a la que acompañan. La solución pasa por combinar la finalidad de evitar posibles enfrentamientos entre agresor y

8. En este sentido Mapelli, B., Terradillos, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª Ed., Madrid, 1996, pág. 174.

víctima con el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, por ello las posibilidades son las siguientes:

– cumplirse a la vez que la condena privativa de libertad, lo que supone dejarla sin efectos ya que mientras dura el encarcelamiento el sujeto no puede ejercitar su libertad de residencia.

– cumplirse a continuación de la pena de prisión, lo que además de alargar excesivamente la condena, puede dar lugar a la paradoja de que mientras dura el encarcelamiento se pueda acercarse al lugar prohibido en la condena (por ej. durante un permiso de salida) pero no cuando salga en libertad definitiva.

– cumplirse cuando el sujeto comience a disfrutar de libertad, provisional o definitiva, y con ello a tener la posibilidad de acercarse al lugar proscrito.

Aplazar su ejecución tras la libertad definitiva (como señala Gracia⁹) puede vulnerar la proporcionalidad (imagínese que a una larga estancia en prisión le pueda seguir cinco años de privación de residencia), y además lleva al absurdo de que mientras dura la pena de prisión, en la que puede haber eventuales salidas a través de distintas figuras penitenciarias, no rige la prohibición y sin embargo cuando finalice el cumplimiento de la primera sanción comienza a exigirse la segunda; por otro lado establecer que sea simultáneamente (como señala Mapelli¹⁰ o Valldecabres¹¹) puede vulnerar el principio de inderogabilidad de la pena, ya que con ello se da lugar a que rija la prohibición durante un tiempo durante el cual el sujeto, como regla general, no sale al exterior y por tanto no es posible que cumpla la pena.

En la escasa Jurisprudencia que hay al respecto se percibe la idea de que se cumpla a continuación de la prisión; así la sentencia 2.6.97 de la Audiencia Provincial de Guadalajara o la STS 23.2.1999 (1186) con la pretensión de que no se pierda su finalidad preventiva, sin embargo la STS 5.12.96 (8836) formulando un exhaustivo estudio sobre el origen y alcance de esta pena, viene a concluir que para no delegar en las autoridades penitenciarias la decisión de su momento de inicio, lo más adecuado es que el Juez lo valore teniendo en cuenta la gravedad del delito sin que exceda de la pena principal. Esta afirmación se debe a que la duración real de la pena de prisión, con el Código Penal de 1973, dependía de las autoridades penitenciarias en virtud de la aplicación de la redención de penas por el trabajo, situación diferente a la actual donde la duración efectiva de las penas no varía.

Las STS 23.3.1999 (2675) y 2.10.2000 (8718) recuerdan la posibilidad de salida al exterior mediante permisos de salida o libertad condicional por lo que optan por marcar el comienzo de esta pena cuando comience a disfrutarse cualquiera de estas salidas autorizadas, ya que el Tribunal ha de marcar la duración de la pena y el momento inicial de su cómputo.

9. Gracia, L., Boldova, M., Alastuey, C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, Valencia, 1996, pág. 132.

10. Mapelli, B., *Las consecuencias...*, cit., pág. 175.

11. Valldecabres, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Coord. T. Vives Antón, cit., pág. 49.

Por todo ello parece más lógico entender que sea el Tribunal sentenciador el que determine en el fallo el inicio de cumplimiento de esta pena valorando no tanto la gravedad del delito, que ya la estimó en su aplicación, sino las posibilidades de su cumplimiento, es decir el tiempo estimado en que el sujeto puede salir al exterior por cualquiera de las figuras penitenciarias correspondientes; tal postura puede apoyarse en el enunciado del artículo 195 g) del Reglamento Penitenciario de 1996 que exige entre los documentos necesarios para tramitar el expediente de libertad condicional la fijación de residencia del excarcelado teniendo en cuenta la prohibición de residencia que haya podido imponer el Tribunal.

Pese a la dificultad que entraña parece que esta última es la solución más adecuada a los criterios de justicia y proporcionalidad.

8. FALTAS

En las figuras de lesiones lo que diferencia el delito de la falta es que además de una primera asistencia facultativa se necesita tratamiento médico o quirúrgico en el primero pero no en la segunda, siempre teniendo en cuenta que al menos ha de haber un menoscabo en la salud aunque no requiera ni siquiera una primera asistencia facultativa. Esta es la diferencia entre el delito y la falta de maltrato si no fuera porque el círculo de sujetos en ambos era diferente, lo que entre otros aspectos ha sido objeto de la última reforma.

En primer lugar ahora las faltas de maltrato de obra del artículo 617.2 y de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones leves del artículo 620.2º contienen una mención específica a los sujetos del artículo 153 en un último inciso que se ha añadido en ambos supuestos; en ellos la pena de arresto de fin de semana se agrava y en la multa se ha de tener en cuenta la repercusión económica sobre la víctima o familiares.

En segundo lugar a diferencia del delito de maltrato doméstico que siempre ha sido público, la falta regulada en el artículo 620 del Código Penal era perseguible a instancia de parte, lo que ha sido modificado en la reforma de 1999 al no exigir en estos casos la denuncia del ofendido, salvo en los supuestos de injurias.

La escasez de denuncias de estas conductas no casa demasiado bien con su carácter público y se suele deber a situaciones de miedo, angustia, ignorancia e incluso indulgencia de la propia víctima, sin embargo pese a tratarse de conductas perseguibles de oficio, y por tanto no tener en ellas validez el perdón del ofendido, éste junto a la reanudación de la convivencia es a veces valorado por los Tribunales para aplicar la pena en el mínimo legal, en este sentido la S.A.P. Barcelona 13.3.95.

Todas estas circunstancias provocan un cierto anacronismo entre la gravedad que puede alcanzar esta figura delictiva y la latente permisividad social, ya que víctimas, instituciones policiales y judiciales y sociedad en general parecen reaccionar con demasiada frecuencia cuando ya los hechos alcanzan resultados mortales. Por ello la educación tiene un papel esencial en la prevención y persecución de la violencia doméstica: educación a la víctima para hacerla conocedora de sus derechos y del valor de su propia autoestima, y educación al agresor para transmitirle el uso del diálogo y la comprensión en el seno de la relación familiar; en este sentido la Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha iniciado recientemente en algunas prisiones españolas,

un programa de tratamiento dirigido a los agresores de violencia doméstica con el fin de trabajar sobre los problemas y carencias que hayan podido influir en la conducta delictiva para evitar la reincidencia en este tipo de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 1999.
- CAMPOS CRISTÓBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, *Revista Penal*, Julio 2000.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., “El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección”, *Poder Judicial*, nº 33, Marzo 1994.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, 2000.
- CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*, Madrid, 2000.
- DE VEGA RUIZ, J.A., *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Navarra, 1999.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000.
- VV.AA., *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Coord. M^a J. López Arminio, Madrid, 1999.
- VV.AA., *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Coord. A.C. Rodríguez Yagüe, S. Valmaña Ochaíta, Cuenca, 2000.

