

EL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL AMBITO FAMILIAR: ARTICULO 153 DEL CODIGO PENAL

Por M.^a ANGELES CUADRADO RUIZ
y CARMEN REQUEJO

Departamento de Derecho Penal y Procesal. Universidad de Sevilla

Análisis de la regulación penal del actual tema de la violencia doméstica.

SUMARIO: I. Introducción.– II. Regulación penal: 1. Antecedentes históricos. 2. Significación del delito.– III. Bien jurídico protegido.– IV. Tipo objetivo.– V. Tipo subjetivo.– VI. Causas de justificación.– VII. Culpabilidad.– VIII. Penas.– IX. Concursos.– X. Perseguibilidad.– XI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

«Un hombre mató a su mujer a puñaladas en la localidad coruñesa de Noia y luego se ahorcó». «En Ronda, Málaga, una mujer fue asesinada de un tiro de escopeta por su marido, que también se quitó la vida tirándose por un puente». «Un individuo mata a su compañera sentimental a cuchilladas en un piso de Sabadell, Barcelona, y luego se suicida». «Un hombre acabó con la vida de su esposa de un disparo mientras la víctima dormía. También se suicidó». Estos titulares se sucedían en las páginas de los periódicos en las primeras dos semanas del año 2000. Hoy a una chica la ha dejado ciega su novio; ayer moría otra mujer a manos de su ex marido...

Todas tienen nombre y apellidos, algunas de ellas también hijos que han sido testigos de los conflictos (1). Son cada vez más las que tienen que vivir a escondidas, huyendo de sus verdugos porque si no el final, desgraciadamente, será trágico. Otras veces son los menores los que sufren las palizas, como el pequeño de siete años que tuvo que ser ingresado con traumatismos diversos a causa de la brutal paliza que le había propinado su progenitor (2), o personas incapaces, como el deficiente mental que murió a consecuencia de las puñaladas que le asestó su padre en el curso de una riña familiar, en la que también resultó herida la madre del fallecido (3).

En la mayoría de los casos (también existen casos de hombres maltratados) la mujer o el menor son los que suelen aparecer como víctimas de este tipo de agresiones, siendo el hombre el sujeto activo de los hechos que caracterizan la violencia que se ha dado en denominar «doméstica» (4). La violencia doméstica tiene lugar en todas las clases sociales y en todos los grupos étnicos o raciales. Y es tan deleznable como cualquier otro tipo de violencia. No obstante, es constatable que este tipo de violencia crece y es más intensa con el paso del tiempo (5). Sus manifestaciones van desde el maltrato físico, bofetadas, golpes, cortes, hasta los disparos, y con frecuencia llevan aparejados abuso sexual, psicológico, verbal o emocional, y no es raro que se invoque el derecho a la intimidad como justificación para el maltrato (6). ¿Por qué persiste la violencia doméstica? Es algo difícil de estimar y, sin embargo, constituye un gran problema social, pero también, y en primer lugar, un problema educacional. Y lo entendemos así porque las agresiones físicas o psicológicas, ya sean a la mujer o a otros miembros de la familia no persiguen otra cosa que la de imponer una autoridad basada en la falta de

respeto y en la ley del más fuerte (7). Por todo ello ocurre que una mujer es más vulnerable en su casa que en un lugar público o en la calle.

II. REGULACION PENAL

Hasta tiempos recientes nuestro ordenamiento penal no se había hecho eco de esta problemática. Actualmente, dentro del Título III *De las lesiones* del Libro II del Código Penal se contiene el art. 153, prácticamente heredero del anterior art. 425.

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.»

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

En el Libro III dedicado a las faltas, dentro de las faltas contra las personas, el art. 617.2 establece:

«El que golpear o maltratar a otro sin causarle lesión será castigado con las penas de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, 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.»

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

El delito fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Código Penal (8). No se contenía en el Proyecto de dicha Ley, por lo que su incorporación se produjo en el trámite parlamentario en el Congreso. Las razones por las que a «última hora» entra este delito en el Código Penal se expresan en el Preámbulo de dicha Ley Orgánica: para responder «a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores e incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual». Es decir, se pretendía proteger a las personas físicamente más débiles, frente a las agresiones de las personas más fuertes de la familia.

En definitiva, lo que se ambicionó con el anterior precepto fue salvar un vacío legal ante un tipo de violencia que trágica y silenciosamente se había ido incrementando y que no ha saltado a los medios de comunicación hasta fechas muy recientes (9). Sin embargo, pesaron más razones políticas. Y como todo lo que se hace precipitadamente, este precepto adolecía de imperfecciones, que se tradujeron en la práctica inaplicación del precepto por jueces y Tribunales desde su introducción en 1989.

La reforma de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, viene motivada por el creciente aumento de los malos tratos familiares, que sumen un total de dieciocho mil denuncias anuales ante los Juzgados, que sólo representan un diez por ciento de los caos reales que diariamente suceden, siendo Andalucía y en concreto Sevilla las regiones con una nivel más elevado de violencia doméstica (10). Sin embargo, no es un problema exclusivamente actual, sino que ha existido siempre, motivado por una concepción tradicional, que consideraba a la mujer propiedad del marido, y de una admisión del ejercicio de la violencia como ejemplo de la autoridad paterna (11). La reforma tipifica junto a la violencia física la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas. En este punto, sigue la pauta marcada por el Código Penal de 1995 de considerar como bien jurídico a proteger la integridad moral (arts. 173 y ss.), y de cualificar como agravación específica de los delitos contra la libertad sexual las agresiones sexuales «cuando la violencia o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio» (art. 180.1.11). La reforma supone, además, la inclusión como pena accesoria de determinados delitos –entre los que se encuentran las lesiones, y por tanto, el art. 153– la prohibición de aproximación a la víctima (12).

2. SIGNIFICACION DEL DELITO

A pesar de que las violencias en el ámbito familiar siguen estando ubicadas en el Título dedicado a las lesiones, el nuevo precepto representa más que un nuevo delito, una cualificación de las faltas de malos tratos, recogida en el art. 617.2.21, a la que se le añaden las notas de la habitualidad (MUÑOZ CONDE) (13) y la convivencia o vinculación personal entre agresor y agredido. No obstante, y puesto que ahora existe un Título, el Título XII relativo a los *Delitos contra las relaciones familiares*, quizás podría haberse incluido, dentro del Capítulo III, *De los delitos contra los derechos y deberes familiares*, en una Sección independiente.

III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

A primera vista parece que lo que el Derecho penal pretende proteger con este tipo delictivo no es tanto la salud o integridad corporal, bien jurídico protegido directamente en los delitos de lesiones, pues para ello podría haber sido suficiente esta regulación con la apreciación de la agravante de parentesco, sino más bien el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes como manifestación del principio de dignidad humana del art. 15 CE, o incluso la paz, tranquilidad y seguridad familiares. Sin olvidar, claro está, la estrecha vinculación de estos bienes jurídicos con los que se protege en las lesiones (QUINTERO OLIVARES, CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC).

Sin embargo, es evidente que los malos tratos implican un atentado a diferentes o plurales bienes jurídicos, pero que su finalidad no entendemos que deba ser abarcar todos y cada uno de los distintos atentados contra otros bienes jurídicos, porque esos bienes ya están protegidos por otras normas cuya contravención constituye delitos

diferentes que se suman al anterior con el correspondiente concurso de infracciones, que en el caso de los malos tratos el precepto deja claramente imprejuizado. De una acción de maltrato familiar pueden resultar lesionados la dignidad del agredido, su honor, su integridad moral, el derecho a la tranquilidad y paz en el hogar familiar, y también el derecho a la integridad física e incluso a la vida, del mismo modo que de un atentado contra la vida humana hay igualmente una lesión a la dignidad. El problema residiría en determinar si el injusto específico del delito de maltrato familiar recoge los atentados a todos estos bienes jurídicos, o sólo algunos o alguno de ellos, con independencia de que se produzca resultado material (delito de lesión) o sólo exista la peligrosidad del menoscabo o resultado material (delitos de peligro) (14).

No consideramos que el bien jurídico lesionado directamente en el art. 153 sean la dignidad del agredido, su integridad moral ni su honor. La dignidad es un atributo de todo bien de carácter personal y es por ende lesionado en los atentados contra la vida, integridad física, libertad, honor. Asimismo, el honor, la libertad, la integridad moral o el derecho a una relaciones familiares adecuadas pueden ser aspectos lesionados accesoriamente por una acción de maltrato, basta con pensar en que a menudo junto a la causación de unos golpes (agresión física) y/o gritos, intolerancia, desafecto, abandono (agresiones psíquicas), hay también ofensas e insultos inferidos con la intención de injuriar (honor), vejaciones o humillaciones (integridad moral), amenazas (libertad), incumplimiento de expectativas a una seguridad material en el ámbito de la familia (15), o agresiones sexuales (libertad sexual). Y que por contra, el injusto específicamente protegido por todos estos tipos penales no puede recoger el desvalor de acción propio de la situación de maltrato, la violencia física y/o psíquica reiterada. Ello puede en cambio dificultar la delimitación del delito en el supuesto de causar sólo violencia psíquica habitual, que en principio sería difícil de distinguir de un atentado a la integridad moral, al honor, a la libertad, si no fuera por la no exigencia concreta en estos delitos del elemento del entorno familiar o parental, que quedaría por otro lado cubierto por la agravante genérica del parentesco.

Está claro que acciones como obligar al cónyuge a desnudarse, cortarle el pelo, decirle «zorra, puta», «te voy a matar si sales de casa», constituyen sin duda atentados contra el honor, contra su integridad moral y contra su libertad. El legislador de 1999 ha considerado, a nuestro juicio de forma discutible, que puede haber en conductas de violencias psíquicas habituales un resto de injusto que no es objeto de protección por estos tipos penales. Y aunque sólo fuera porque el art. 153 establece la habitualidad y el entorno familiar como caracteres del delito (que podrían, por otra parte, quedar cubiertas como se ha dicho antes por las agravantes genéricas de parentesco y reincidencia –ésta con un concepto normativo distinto del que para la habitualidad ofrece el art. 153–), la salud psíquica de estas personas merecería, como la salud física, una especial protección donde el bien tutelado sea éste, la salud o integridad física y psíquica, un concepto que no habría de llegar a exigir la incolumidad como bienestar físico y espiritual de la persona.

De una acción de maltrato familiar pueden resultar lesionados la dignidad del agredido, su honor, su integridad moral, el derecho a la tranquilidad y paz en el hogar familiar, y también el derecho a la integridad física e incluso a la vida, del mismo modo que de un atentado contra la vida humana hay igualmente una lesión a la dignidad

Nos parece más que dudosa la idea del legislador de tipificar la violencia familiar de carácter psicológica en el art. 153, pues ello desborda la necesidad real de protección que puede dispensar el Derecho penal, haciendo de éste un medio simbólico y en la práctica inaplicable. Esta cuestión vendría facilitada además por las dificultades probatorias que entraña la persecución de hechos habituales. Si ciertamente la dignidad es un valor inmanente a muchos bienes jurídicos protegidos en distintos tipos penales, a la que, más aún, el legislador dedicó un Título especial, «Delitos contra la integridad moral», dejando además a salvo el concurso con otros delitos (art. 177) y salvando, asimismo, la prohibición del *non bis in idem* en supuestos de inherencia, en el maltrato psicológico en el ámbito doméstico no puede verse como bien jurídico lesionado más que la salud psíquica, pero entonces no se entiende muy bien qué espacio queda reservado para el delito del art. 153 que no pueda ser ya cubierto por otros tipos penales.

Se trata además de un delito de peligro abstracto para la salud e integridad física y psíquica, con gran posibilidad de realización del resultado lesivo dada la necesidad de reiteración en los actos de violencia.

IV. TIPO OBJETIVO

En cuanto a los *sujetos* implicados en este delito, sujeto activo/sujeto pasivo, autor/víctima, debe existir alguna de las relaciones descritas en el tipo penal, que ha ampliado el círculo de relaciones parentales protegidas, no sólo al cónyuge o pareja actual, sino a quien lo haya sido con anterioridad, siempre que haya o hubiese habido estabilidad en la relación de hecho; a los hijos sujetos a patria potestad o hijos del cónyuge o pareja con los que se convive, así como a las relaciones de tutela, curatela o guarda de hecho o acogimiento, incluyendo tanto a ascendientes como a descendientes. En definitiva, se han querido proteger todos los modos familiares o parafamiliares a los que las relaciones civiles dan lugar, y en la actualidad protegen. El legislador parece haber sido consciente de una realidad social extendida en la que víctimas habituales de los malos tratos son el ex-cónyuge o similar, y en las que la situación de separación afectiva les ha llevado en múltiples ocasiones a ser víctimas del delito o a la agravación de una previa situación de maltrato.

La exigencia de análoga relación de afectividad a la del matrimonio excluye las relaciones de noviazgo carentes de convivencia, que estarán sometidas en su caso a los delitos o faltas comunes. Lo mismo se podría decir, quizás injustificadamente, respecto a las relaciones entre parejas homosexuales, en las que, al no poder los miembros acceder al matrimonio, no tendrían la consideración de analogía con la condición de cónyuge. En cambio, el precepto amplía también su ámbito de protección a los ascendientes que se encuentren en situaciones similares de especial protección familiar y que por concretas circunstancias (edad, situación económica, social, enfermedad) difícilmente pueden escapar del hogar ante la ausencia o insuficiencia de recursos.

Es evidente que los diferentes hechos individualmente considerados que en conjunto forman el carácter habitual constitutivo del delito de maltrato del art. 153 pueden haber recaído de forma indistinta sobre cualesquiera de las personas mencionadas, sin necesidad de apreciar solamente la habitualidad y constituir un solo hecho cuando las violencias hayan recaído necesariamente en cada una de las personas. Tampoco cabe apreciar la circunstancia agravante del art. 23 del Código Penal por ser inherente al tipo penal del maltrato (art. 67 del Código Penal).

La *conducta típica* consiste en ejercer cualquier tipo de violencia física o psíquica sobre algún miembro del círculo de personas mencionadas: dada la situación de prevalimiento familiar la reforma intenta colmar la laguna existente en relación a la violencia psíquica. La característica fundamental del maltrato físico residiría en el uso de la violencia repetitiva y cuya finalidad es causar dolor. La violencia se produce, generalmente, como consecuencia de una conducta negativa, real o imaginaria, que ha cometido el sujeto pasivo y que tiene como finalidad la modificación de esa conducta. El maltrato psíquico es más sutil, pero no menos doloroso. Su característica principal es la de provocar malestar (dolor) emocional. Podríamos distinguir dos modalidades: una activa, que humilla y degrada produciendo sentimientos de desesperanza e inseguridad o pobre autoestima y se manifiesta, principalmente, por insultos. La otra modalidad de maltrato psíquico sería la pasiva, esto es, el desamor, la indiferencia, el desinterés, que aunque poco reconocida como maltrato, puede incluso –si el sujeto pasivo fuera un niño– en los primeros días de vida provocar hasta la muerte.

Con ello, como decíamos antes, pueden plantearse supuestos de difícil diferenciación con la conducta descrita en el art. 173 del Código Penal que se incluye en un Título, el VII, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, y uno de cuyos tipos penales no exige como sujeto activo que sea funcionario sino que habla de un particular. Lo que se pretende tipificando este delito del art. 173 parece ser la dignidad de la persona, su integridad moral, como libre ejercicio de la voluntad, defensa de las ideas o de los pensamientos y convicciones. La conducta que aquí se describe como *infligir un trato degradante* supone un comportamiento destinado a humillar al sujeto ante terceros o ante sí mismo sin necesidad de ocasionarle ningún daño físico (aunque tampoco se excluye, en virtud del art. 177). Ese trato degradante ha de suponer un menoscabo grave a su dignidad, un sentimiento de humillación o envilecimiento de quien los sufre, pero no requiere, como sí necesita el art. 153, de la habitualidad (16). Y así, la imposición a las mujeres de ciertos hábitos por sus parejas como «no salgas de casa», «no vayas a comprar a tal sitio», o la imposición de una determinada forma de vestir, «no te pongas ese vestido», o «no te pintes de esa manera», o humillarlas en público delante de familiares, de los hijos o amigos, pueden integrar el art. 173. Esto es, siempre que el sujeto se proponga y logre ciertamente rebajar la dignidad de la mujer.

El derecho a la integridad psíquica protegido por el art. 153, lesionado en el maltrato habitual, juntamente muchas veces con el resultado de deshonor, del atropello a la propia imagen, del trato degradante del art. 173, o de la libertad, no debería llevar a desconocer la existencia de un injusto específico penal, pero que en realidad no se sabe muy bien en qué podría consistir y si ello debe ser tutelado penalmente. Pues es difícil imaginar conductas de maltrato psíquico que no hayan sido objeto de castigo por otros delitos, y si ese resto de posibles conductas (desafecto, abandono), que no son constitutivas de delitos contra el honor, libertad, libertad sexual, integridad moral, relaciones familiares, merece desde un punto de vista político-criminal tener protección penal (17).

Otro de los elementos esenciales del delito del art. 153 del Código Penal lo constituye la *habitualidad*. Demostrar que esos malos tratos, que la violencia persiste una y otra vez no es tarea fácil, máxime si son sólo acciones de violencia psicológica. No es necesario identificar la habitualidad en la violencia con la condena anterior o la previa denuncia. La Ley pretende salir del estado de cosas por las que el sujeto se convierte en el tirano

de la familia, bastando probar ese estado de cosas, cuya muestra serán algunas de las violencias en concreto. Tampoco hay que olvidar que como prueba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 201/1989, 160/1990, 229/1991) reconoce la declaración de la víctima, aunque sea la única que se pueda practicar en el juicio.

Sólo es posible la modalidad dolosa. No cabe cometer este delito de manera imprudente dada la naturaleza de los elementos del tipo: habitualidad, relación parental o de afectividad

Por habitualidad no se entiende a estos efectos el concepto normativo previsto en el art. 94 para la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad (18), ni el concepto de reincidencia que como agravante genérica contempla el art. 22.8 (19), sino un número de actos de violencia temporalmente próximos realizados sobre la misma o diferentes personas, hayan sido o no enjuiciados con anterioridad. Así pues, la reincidencia múltiple en la falta de maltrato familiar prevista en el art. 617.2 constituiría la cualificación que podría elevar el hecho a la categoría de delito.

Tradicionalmente se ha venido estableciendo este número en tres o más los actos indistintos de violencia física o psíquica realizados para que concurra este elemento de la habitualidad. Este es el criterio utilizado en otros delitos que prevé como elemento del tipo la habitualidad, como es el delito de receptación de faltas contra la propiedad del art. 299.1 del Código Penal. Los actos han de ejercerse en la misma persona o en varias personas distintas dentro del ámbito familiar objeto de protección, pudiendo incluso recaer uno solo de esos actos en dos personas distintas («unidad de contexto»). Y en tercer lugar han de tener entre ellos una cierta proximidad cronológica (20), que la Ley no establece pero que en todo caso se hace independiente de su enjuiciamiento anterior. La proximidad habría que medirla en términos de razonabilidad, de actos objetivos reiterados de violencia y no como reveladora de una conducta o personalidad violenta del maltratador (lo que conllevaría un Derecho penal de autor) y aunque ello pudiera suponer la consideración de infracciones ya prescritas que vuelven a producirse (téngase en cuenta el plazo de prescripción de las faltas –seis meses– o de su pena –un año–). Es cierto que la anterior condena por una anterior falta de malos tratos –incluso prescrita–, que ahora se tiene en cuenta como factor que convierte la acción en delito, puede quebrar el principio *non bis in ídem*, pero de lo contrario el enjuiciamiento previo de la falta impediría la persecución del delito, que quedaría limitado a los actos de violencia de los que no hay más constancia que las propias declaraciones de unos testigos presenciales de los hechos, que son en muchas ocasiones y al mismo tiempo sus víctimas.

V. TIPO SUBJETIVO

Sólo es posible la modalidad dolosa. No cabe cometer este delito de manera imprudente dada la naturaleza de los elementos del tipo: habitualidad, relación parental o de afectividad.

El dolo debe abarcar la relación parental o análoga que se describe en el precepto. Es decir, el autor ha de saber que a quien maltrata es a su cónyuge o similar, hijo o padre, y querer precisamente hacerlo.

VI. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Podría pensarse que el maltratador pretendiera justificar su conducta esgrimiendo el derecho de corrección, o el derecho a la fidelidad, incluida la prestación sexual (débito conyugal). Ninguna es posible de considerar. No sería ejercicio legítimo del derecho de corrección (art. 20.7) los excesos que traspasan la forma razonable y moderada el ejercicio de la autoridad paterna, ya lo sea por la forma de actuación o por la inadecuación del ejercicio a la conducta corregida (21).

Respecto al consentimiento, siendo el bien jurídico lesionado la integridad física y/o psíquica, se vería afectado por la previsión del art. 155 y la atenuación de la pena (22).

Sí es posible en cambio que la víctima del maltrato pueda oponer una defensa reactiva frente a un ataque ya pasado, y de prevención frente a uno futuro, defensa preventiva que no puede estar justificada como legítima defensa, al faltar la inminencia por actualidad de la agresión, pero sí por un estado de necesidad cuando se trata de peligros actuales que en cualquier momento pueden devenir en un daño, y que no pueden ser apartados de otra forma, siempre que además la prevalencia de intereses jurídicos salvados frente a los perjudicados se haya llevado a cabo de modo razonable y adecuado. De otra manera, no queda más remedio que subjetivizar el conflicto trasladándolo al ámbito de la culpabilidad por medio del síndrome de la mujer maltratada (23).

VII. CULPABILIDAD

El error de prohibición sobre los límites o la existencia de un derecho de corrección a ejercer de forma inmoderada o irrazonable puede dar lugar a una causa de exclusión o atenuación de la culpabilidad.

Se dice que no existe un perfil concreto del agresor que encaje en un nivel social o cultural concreto, que no es un enfermo ni un loco, ni un sujeto dependiente del alcohol o las drogas que le predispongan a la violencia, ni tampoco que el ejercicio de la violencia sea consecuencia de una pérdida momentánea del dominio sobre sí mismo que le permita ampararse en una circunstancia atenuante de arrebato u obcecación. Más aún si tenemos en cuenta la prohibición de la *actio liberae in causa* que como predisposición dolosa o imprudente al delito impide aplicar la eximente o atenuante de responsabilidad penal, y que sería incompatible o difícil de apreciar dada la necesidad de la habitualidad en el delito de maltrato.

Por otro lado, si la defensa preventiva ejercida por la víctima del maltrato frente a la segura previsión de un ataque futuro que irremediamente va a derivar en un daño no puede plantearse en los términos de un conflicto razonable que pueda justificar su defensa por la vía del estado de necesidad, puede proceder la aplicación de una causa subjetiva de exclusión o atenuación de la culpabilidad, trastorno mental transitorio, o miedo insuperable, situaciones psicológicas a las que puede llevar el padecimiento del síndrome de la mujer maltratada.

VIII. PENAS

La pena prevista por el art. 153 es una pena privativa de libertad, prisión de seis meses a tres años, pena que el Código Penal elevó considerablemente respecto a la legislación anterior que contemplaba la pena de arresto mayor (un mes y un día a seis meses).

En este delito no podrá apreciarse, como se ha dicho, la agravante de parentesco, ya que en virtud del art. 67 del Código Penal no se aplicará tal circunstancia puesto que la Ley ya la ha tenido en cuenta para describir la infracción, por ser inherente al delito. No obstante, la redacción del actual art. 153 tras la reforma de 1999 es más amplia que la que establece el art. 23 al exigir, en todo caso, relación conyugal o análoga relación de afectividad existente en la actualidad y no si media ya separación. Tampoco creemos que pueda apreciarse, por las mismas razones, la agravante genérica de aprovechamiento de las circunstancias de lugar del art. 22.2, que recoge la antigua agravante de comisión del delito en la morada de la víctima, por ser normalmente cometido en el ámbito doméstico y personal y en el lugar donde las víctimas suelen estar con frecuencia.

Conectada con esto último está la cuestión, sin duda también llamativa, de la penalidad del delito que, como por sus características, va a realizarse en el ámbito doméstico, la reforma no ha previsto para los autores la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que priva de los derechos de la primera y extingue los demás, ni la incapacidad de obtenerlos durante el tiempo de condena (art. 46), como se hace respecto a los delitos cometidos en el ámbito familiar en los que es pena principal. Así, por ejemplo, se prevé esta pena para el delito de entrega ilegal de un hijo, descendiente o menor (art. 221.1 y 2), para el delito de incumplimiento de los deberes familiares (art. 226.2), así como para los delitos de impago de prestaciones judicialmente acordadas, abandono del menor o incapaz, ya sea propio o relativo a la seguridad del menor o relativo a la infracción de un deber de vigilancia o custodia, y a la utilización del menor para la práctica de la mendicidad (art. 233.1), y de modo facultativo para los delitos de agresiones sexuales, abuso y acoso sexual (art. 192.2), no previéndose para el delito de maltrato cuando ello sería deseable desde un punto de vista político-criminal, sin perjuicio de que pudiera aplicarse como pena accesoria (art. 56).

Tampoco aplica el legislador al art. 153 como pena principal la nueva sanción de aproximación a la víctima por el autor del art. 48 del Código Penal, como forma de protección a los grupos más débiles de la unidad familiar, que de no ser aplicada como pena accesoria (art. 57 a) haría simbólica la pena principal de prisión si no va acompañada de estas medidas imperativas de contacto entre el autor y la víctima, en su domicilio, lugar de trabajo, u otro que ésta frecuente, y cuya ausencia impediría realmente erradicar el círculo de violencia, pena accesoria que el legislador ha previsto también expresamente para la falta del maltrato, y que se contemplaba ya para las lesiones.

Dado que la pena de prisión prevista en el art. 153, de seis meses a tres años, puede ser objeto de suspensión (art. 80) o de sustitución (art. 88), el juez puede imponer además como obligación o deber del autor la prohibición de aproximación a la víctima o a sus familiares o su comunicación con ellos (art. 83.1.1.º bis), con lo que esta medida puede durar hasta cinco años, sea como deber impuesto con ocasión de una suspensión o sustitución, o como pena accesoria (24).

IX. CONCURSOS

Cuando de alguno de los actos individuales que forman parte del delito de maltrato familiar se derive alguno de los resultados previstos como delitos de lesiones, si concluimos que en efecto el bien jurídico lesionado en el delito de maltrato es la integridad y salud del lesionado, si bien en teoría habría de aplicarse el concurso de normas, por encontrarnos ante un solo bien jurídico lesionado, el art. 153 deja a salvo expresamente el castigo por otro tipo de lesiones o de otra naturaleza, pareciendo acoger el concurso de delitos. Siendo así que de este modo se valora dos veces un solo hecho que atenta contra el bien jurídico salud del agredido, una vez uno de estos hechos aislados juntamente con otros anteriores da lugar al complejo delito de maltrato, y al mismo tiempo –en unidad de acción– es el que ocasiona el resultado lesivo más grave. La solución creemos, pues, debiera ser –dada la redacción del art. 153, que parece excepcionar la norma referente al concurso de normas– castigar por concurso real entre el delito de maltrato y el respectivo de lesiones, entendiendo que a raíz de uno de los hechos aislados, el peligro ha derivado en una lesión que debe concurrir con la situación de maltrato (25).

De este modo puede suceder lo siguiente:

1. Que exista un solo hecho de maltrato físico contra las personas protegidas por el art. 153, constitutivo de una falta de lesiones del art. 617, con resultado de lesión no constitutiva de delito (número 1) o sin resultado lesivo (número 2). También este hecho aislado puede constituir una amenaza o coacción leve, cuando es un acto de maltrato de carácter psicológico (arts. 620.2 y 620 *in fine*). El Código Penal, al tipificar la falta de maltrato, no hace distinción entre maltrato físico o psicológico, pareciendo encajar este último en el número segundo del art. 617, o bien en atentados contra la libertad de la víctima (amenazas o coacciones –art. 620.2–).
2. Que a consecuencia de esta falta de maltrato al familiar sobrevenga como resultado una lesión constitutiva de delito, en cuyo caso el delito más grave absorbe al más leve (principio de consunción –art. 8.3–) (26).
3. Que exista una habitualidad de faltas, una reincidencia del autor en la situación de maltrato, en cuyo caso sería ya posible apreciar el delito de maltrato del art. 153, con independencia de la anterior condena de algunas o todas de las faltas anteriores. Es cierto que un hecho ya castigado antes como falta se vuelve a valorar ahora integrando el complejo delictivo delito de maltrato.

Dado que la pena de prisión prevista en el artículo 153, de seis meses a tres años, puede ser objeto de suspensión o de sustitución, el juez puede imponer además como obligación o deber del autor la prohibición de aproximación a la víctima o a sus familiares o su comunicación con ellos

4. Que la falta que permite integrar este complejo delictivo y perseguir por el delito del art. 153 cause otro delito más grave, una lesión constitutiva asimismo de delito, supuesto que permitiría acudir, como se ha dicho antes, al concurso real entre el delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153 y el correspondiente delito de lesiones.

Concurso de delitos porque así lo establece expresamente el art. 153 («sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica»), y concurso real al existir dos acciones separadas, la lesión causada a raíz de un acto de violencia y la habitualidad de la violencia ejercida durante un tiempo, parte de cuya conducta forma unidad de acción con dicha lesión.

Si en cambio tras una serie de actos violentos constitutivos de la situación de maltrato uno de ellos causa un resultado de muerte habrá que acudir al también correspondiente concurso real de delitos, esta vez están claramente delimitados la existencia de bienes jurídicos distintos. Lo mismo se ha de decir respecto a otras acciones que independientemente constituyen atentados contra el honor, libertad, integridad moral, y que respecto a las violencias reiteradas físicas o alternando con violencia psíquica (aunque difícilmente puede negarse la existencia de estas últimas como consecuencia de las primeras) no cabe duda en plantear por tener un injusto específicamente delimitado (integridad física) pero que más duda presentan cuando el maltrato habitual es constitutivo de sólo acciones de violencia psicológica. ¿Qué queda de éstas al margen de insultos, humillaciones, vejaciones, abandonos, amenazas? Y en este posible resto ¿debiera intervenir el Derecho penal?

X. PERSEGUIBILIDAD

El delito de malos tratos en el ámbito familiar es un delito perseguible de oficio. Se trata de un delito público. Si bien es cierto que los delitos contra la libertad sexual (agresiones, abusos, acoso) requieren la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes o querrela del Ministerio fiscal, salvo en el caso de los menores en los que basta la denuncia de éste, en el delito de malos tratos, incluido dentro de las lesiones, el Fiscal puede actuar de oficio (art. 104 LECrim.). La reforma de 1999 lo que ha supuesto ha sido el ejercicio, también de oficio, de la acción penal en los supuestos de faltas. Así viene a establecerlo el art. 620 *in fine* en relación a la falta de amenazas o coacciones en el ámbito familiar.

XI. CONCLUSIONES

Creemos que es un acierto del legislador el conceptualizar los malos tratos como un delito público, perseguible de oficio, así como el definir la habitualidad, elementos que abogan por una mayor seguridad jurídica y, acaso, por una mayor utilidad del precepto.

No obstante y a pesar de ello, la tipificación de los malos tratos psíquicos, se sitúan en nuestra opinión, en una línea expansiva del Derecho penal que anhela abarcar los bienes jurídicos más afectados en la sociedad, aquellos con mayor incidencia en la opinión pública. No se sabe muy bien qué espacio queda para integrar el injusto específico del maltrato psicológico representado por el atentado al bien jurídico de la salud mental del agredido, que difícilmente puede delimitarse de acciones que, con frecuencia, atentan contra su honor, integridad física, libertad o el derecho a unas pacíficas relaciones familiares, y más aún, si consideramos el concurso de infracciones, que deja impregunado el art. 153. Además, el legislador, por si la dignidad humana no había quedado lo suficientemente protegida en delitos contra la vida, integridad física, libertad sexual, honor, y es verdad que no lo estaba directamente, creyó necesario la previsión expresa de los ataques contra la misma, creando el bien jurídico integridad moral,

salvando también la regla concursal. Ahora lo hace de nuevo tipificando la violencia psíquica habitual, pero quizás hubiera sido deseable que definiese qué se entiende por ésta.

En definitiva, estamos ante otra de esas tipificaciones que «venden políticamente», y que por eso quedan como «simbólicas» en lo que se refiere a la efectiva aplicación del Derecho penal.

Para la «próxima reforma» apuntamos como conveniente la imposición de la pena de inhabilitación especial de la patria potestad.

NOTAS

(1) «En Cartagena, un guardia civil mató a tiros a su mujer delante de su hijo de doce años», *ABC*, 16 de enero de 2000.

(2) *ABC*, 1 de diciembre de 1999, pág. 72.

(3) *ABC*, 28 de diciembre de 1999, pág. 64.

(4) *Vid.* ECHEBUR&A/AMOR, «Hombres violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención», *La criminología aplicada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, págs. 99 y ss.; RUIDÍAZ García, «Violencia en la familia: una visión sociológica», *CPC*, núm. 60, 1996, págs. 789 y ss.

(5) DWYER, D. C., «Response to the victims of domestic violence: analysis and implications of the British experience», *Crime and Delinquency*, oct. 1995, núm. 4, págs. 527-540.

(6) *Vid.* LORENTE ACOSTA/LLORENTE ACOSTA, *Agresiones a la mujer: maltrato, violación y acoso*, Granada, 1998; SIEGEL, «The rule of love»: wife beating as prerogative and privacy", en *Yale Law Journal*, junio 1996, 105, núm. 8, pág. 2153.

(7) Así también Benítez JIMENEZ, «Violencia intrafamiliar: la mujer maltratada», *La criminología aplicada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, pág. 291. Uno de los motivos de este tipo de violencia suele ser el poder de control sobre la pareja, y uno de los aspectos de ese control son los celos. Así BLOCK/CHRISTAKOS, «Intimate partner homicide in Chicago over 29 years», *Crime and Delinquency*, oct. 1995, 41, núm. 4, pág. 506. En unos casos el marido que se resiste a aceptar el divorcio o la separación y se mata porque la víctima está unida a otra persona, en otros, cuando se acusa a la mujer de estar atractiva para otros, las palizas y los golpes son la consecuencia de los celos.

(8) Llama la atención que en Gran Bretaña los delitos de violencia doméstica se recogían bajo ley escrita y se perseguían desde 1861, al tiempo que los maridos siguen teniendo el derecho legal de pegar a sus mujeres. En 1891 se deroga la ley que permite a un marido pegar a su esposa. *Vid.* DWYER, D. C., «Response to the victims of domestic violence: analysis and implications of the British experience», *Crime and Delinquency*, oct. 1995, núm. 4, págs. 527-540.

(9) GALLEGO, «El infierno de cada día», *Revista Woman*, núm. 65, febrero 1998, págs. 61 y ss.

(10) Datos recogidos por *Diario de Sevilla* de 12 y 26 de noviembre de 1999, de las 16.695 denuncias en el total nacional, 3.744 corresponden a la comunidad autónoma andaluza (seguida de Madrid y Cataluña), y 862 a Sevilla (seguida de Málaga y Cádiz).

(11) CAPÓ I PICORNELL, *Agresión a la mujer y Derecho penal*, ponencia presentada en el XII Congreso estatal de mujeres abogadas, Sevilla, 23 al 25 de octubre de 1998.

(12) *Vid.* arts. 33.2 g); 33.3 f); 33.4 b) bis; 39.f); 48; 57; 83.1.1.º bis; 132.1 del Código Penal.

(13) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12.ª ed. 1999, pág. 121.

(14) GRACIA MARTÍN, «El delito de falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995», *AP* 1996-2; MUÑAGORRI LAGUÍA, «Las violencias en el ámbito familiar», *RDPCr.* 1994, págs. 629 y ss., en relación al bien jurídico dignidad.

(15) Bien jurídico protegido en las normas relativas a los delitos contra los derechos y deberes familiares, una vez poniendo en juego la seguridad material del familiar, y otras veces como peligro para la vida del menor o incapaz, o la inobservancia de determinados deberes de vigilancia y asistenciales.

(16) De ahí que precisamente, la jurisprudencia haya acudido al art. 173 y no al art. 153 del Código Penal para castigar conductas de maltrato psíquico en el ámbito familiar.

(17) En este sentido se pronunció la Junta de Fiscales de sala en una Circular del pasado mes de octubre de 1999: la violencia psíquica podría ser perseguida por la falta de vejación injusta, la falta de lesiones o el delito contra la integridad moral.

(18) El precepto entiende como habituales a «los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y que hayan sido condenados por ello».

(19) Que establece como elementos la condena anterior por un delito, que este delito esté comprendido en el mismo título y sea de la misma naturaleza (entendemos que atentatorio contra el mismo bien jurídico) y que dicha reincidencia no haya prescrito. Sólo este segundo elemento es común con el concepto previsto en el art. 153, al no requerir éste la previa condena anterior, ni la prescripción de la pena, aunque ello pueda deducirse de la necesidad de la proximidad cronológica de las acciones análogas de violencia.

(20) Propone seis meses de plazo dentro del cual se hayan cometido dos o más actos de significación análoga, si bien desconectados de la existencia de anteriores condenas, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1997.

(21) *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, «El delito de malos tratos; su delimitación del derecho de corrección», *PJ* 1994, págs. 45 y ss.

(22) TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código Penal*, sostiene que no siendo un caso de lesiones, el delito del art. 153 no se ve afectado por la previsión del art. 155 del Código Penal.

(23) Contraria a una única solución del conflicto consistente en considerar a la víctima del maltrato como persona enferma o loca, y desconocer la existencia de un conflicto que puede estar planteado y resuelto en términos de objetividad y actuación dentro del marco de lo razonable, REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, 1999, págs. 129 y ss.

(24) Como medida cautelar denunciaba su insuficiencia o ausencia a excepción de la prisión preventiva la sentencia de 21 de noviembre de 1997 del Juzgado de instrucción núm. 7 de Bilbao.

(25) En este sentido, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, pág. 111; GRACIA MARTÍN, *op. cit.*

(26) La sentencia de la AP de Teruel de 7 de junio de 1994 afirma la homogeneidad de infracciones entre malos tratos y lesiones