

LORENZO MORILLAS CUEVA
(Coordinador)

ESTUDIOS PENALES
SOBRE
VIOLENCIA
DOMÉSTICA

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS
BARQUÍN SANZ, JESÚS
BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO
CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN
CASTELLÓ NICÁS, NURIA
CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ
DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, EVA
FERNÁNDEZ PANTOJA, PILAR
GARCÍA VITORIA, AURORA

GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA
JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ
MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA
MARTÍNEZ RUIZ, JESÚS
MORILLAS CUEVA, LORENZO
MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID L.
OLMEDO CARDENETE, MIGUEL
RUBIALES BÉJAR, ESTHER EVELIA
SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA



TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL ACTUAL DE LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO Y FAMILIAR

AURORA GARCÍA VITORIA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

SUMARIO: I. Determinaciones previas. II. Estudio del artículo 153 del Código Penal: 1. Consideraciones. 2. Bien jurídico. 3. Naturaleza del delito. 4. Análisis de los elementos del tipo. 5. Antijuridicidad y culpabilidad. 6. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. 7. Concurso de delitos y delito continuado. 8. Consecuencias jurídicas del delito.

I. DETERMINACIONES PREVIAS

Sabido es que el denigrante fenómeno del maltrato a los miembros más débiles de las relaciones humanas ha constituido y constituye una de las sombrías páginas que escribe el ser humano, y se adentra en los oscuros recovecos de su personalidad; pero cuando la violencia afecta a las relaciones desarrolladas en el ámbito familiar y en el entorno de la intimidad, ese trasfondo de descomposición personal alcanza las mayores cotas, puesto que el maltratador antepone la necesidad de dominación sobre otros seres a los sentimientos de respeto que obligadamente debe dispensarles, y tanto más en un ámbito tan sensible, y que por ello hace más vulnerables a sus víctimas, como es el entorno familiar.

Igualmente es sabido que se trata de un fenómeno que presenta múltiples connotaciones, por lo que necesariamente debe ser abarcado desde una perspectiva amplia y variada, entre las que el análisis jurídico constituye uno de los aspectos fundamentales, resultando de especial interés el conocimiento del tratamiento jurisprudencial que se le dispensa.

Éste será por tanto el objeto de estudio del presente trabajo, si bien centrado en las más novedosas y recientes aportaciones que la jurisprudencia ofrece, el no ello exentas, en ocasiones, de una trayectoria errática, y de contradicciones a veces difícilmente entendibles, que analizaremos a la luz de los profundos y recientes cambios legislativos producidos en el tema de la violencia intrafamiliar, demandados y orientados por el clamor de una sociedad que empieza a sentirse seriamente comprometida con levantar el velo del silencio y abandono que sobre las desamparadas víctimas existía¹.

Asimismo debe considerarse al respecto, que el disvalor ético y jurídico representado por la conducta de maltrato familiar, en la actualidad emergente a la luz pública, es también un tema, de evidente actualidad, afortunadamente, por cuanto empieza a darse a conocer la magnitud del problema del sufrimiento escondido y

¹ Para ello tomaremos como referente exponencial de orientaciones jurisprudenciales legislativas anteriores, el año 1998, por tratarse además del antecedente inmediato a los importantes cambios acaecidos a tenor de la LO 14/1999, de 9 de junio.

Al respecto ha de señalarse que el menor número de sentencias del Tribunal Supremo feridas, se debe a que, a tenor del artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la menor gravedad de la pena correspondiente al artículo 153 determina su escaso acogimiento en casación.

socialmente relegado de tantas víctimas sumidas en el desamparo social y jurídico, llevado a cabo en nombre de una mal entendida intimidad del núcleo familiar, siendo así que no puede considerarse en modo alguno, como "familia" al núcleo de relaciones y convivencia en donde la persona es maltratada y avasallada, ni "hogar doméstico" al lugar donde el agresor se pertrecha para cometer en la impunidad el maltrato y descargar su agresividad y violencia sobre sus especialmente vulnerables víctimas, que, conviene recordarlo, lo han sido y siguen siendo, aún en mayor grado por la incomprensión y la complicidad, silenciosa o activa, de otros miembros de la sociedad, e incluso de la propia familia de las víctimas.

Lo manifestado anteriormente, también ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia, y en palabras de ésta, ayuda a explicar la dificultad que encuentra su prueba, al tratarse de hechos ocurridos normalmente en el seno familiar, y que por ello pasan desapercibidos para terceros no integrados en su esfera de intimidad, lo cual supone una especial complejidad probatoria para el agraviado, al no poder contar con persona ajenas a tan reducido marco; sin perjuicio además, de que cuando existen esas otras personas, no suelen tampoco colaborar en la prueba, por temor o insolidaridad; así como una vez producida dicha prueba, se dificulta por tales motivos el severo reproche que debe merecer de la sociedad y sus instituciones, al tratarse de hechos tan crueles como injustificables².

Por ello, la Jurisprudencia resalta además sus profundas repercusiones sociales, ante la grave situación de las personas más débiles del hogar familiar frente a quienes ejercen habitualmente violencia, y puesto de relieve también por todos los sectores sociales³, a causa de la significación social y transcendencia que para los ciudadanos tiene la familia, y en especial cuando el ataque a dicha institución, amparada por la Constitución, tiene su origen en personas que la integran o han formado parte del núcleo familiar; existiendo ante ello en el momento presente una especial sensibilidad y rechazo por parte de la sociedad, dada la frecuencia comisiva de agresiones y delitos de sangre en su ámbito⁴; sin olvidar que en los ambientes de tensión familiar, la educación de los hijos puede verse condicionada profundamente por el temor ante el comportamiento irregular del miembro familiar agresor⁵.

Ello hace especialmente obligado un análisis de las actitudes frente al problema, de las partes implicadas en él; y por lo cual examinaremos el comportamiento de las propias víctimas, de los agresores, y de terceros, participantes en esta clase de situaciones; facilitando así la comprensión de algunos de los factores más significativos en el mantenimiento de una situación que, hasta el presente, sigue sin poder ser erradicada.

Con referencia a la VÍCTIMA, no puede desconocerse que en demasiados casos, propicia, por así decirlo, su lamentable situación, con actitudes excesivamente

² En este sentido, la Sentencia s/n/1998, Audiencia Provincial de Las Palmas, 5 de diciembre.

³ Causando, a decir de la propia Jurisprudencia, indignación e incluso pena a la inmensa mayoría de las personas, en Sentencia 179/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza. 1 de junio.

⁴ En tal sentido, la Sentencia 8912000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril.

⁵ Según pone de manifiesto la Sentencia 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo. Se hacen eco también de su nefasta incidencia en los tenores, las Sentencias 1366/2000, Tribunal Supremo, 7 de septiembre; 6/2001, Audiencia Provincial de Castellón, 26 de febrero.

tolerantes, cuando no "sumisas", en cuanto que su avenencia va más allá del lógico temor hacia el maltrato que recibe, e incluso hacia su agresor.

No es por casualidad, al menos desde mi perspectiva, que en una proporción abrumadora, las víctimas (aparte de los menores, cuya usual incapacidad para repeler la situación es comprensible, por razones obvias) sean mujeres, mucho más vulnerables frente a la incompreensión social, familiar y jurídica que aún hoy todavía, normalmente rodea estos sucesos; culpabilizándola incluso de su situación; y mucho más vulnerables asimismo frente a ciertas razones, como es el evitar, por medio del aguante y del silencio, los sufrimientos e incluso otras negativas repercusiones, como las posibles represalias que llevaría aparejado el conocimiento de los hechos, por otros miembros de la familia. Motivaciones que, sin embargo, raramente afectan y preocupan a los hombres, mucho más apoyados, por otra parte, desde todos los ámbitos citados.

Por ello, tampoco es casualidad, nuevamente lo repito a la vista de estos considerandos, que generalmente los agresores de sus parejas (en el sentido del artículo 153, y vista la Jurisprudencia sobre el tema) sean hombres, (hasta la fecha, ninguna mujer ha sido condenada, en base al artículo 153, como agresora de su pareja masculina); si bien no puede negarse la existencia de maltratadoras femeninas, sobre todo desde el ejercicio de violencia psicológica y la rebaja de la autoestima de su pareja.

En cuanto a la tolerancia de la mujer hacia el maltratador, que prácticamente siempre, no solamente agrede a la pareja sino también a los hijos, propios o de la víctima, lo que hace todavía menos entendible una actitud en demasiadas ocasiones lindante con el masoquismo, abarca varias posibilidades:

a) Soportan la persistencia en las agresiones y en el tiempo, sin interrumpir, excepto algunas veces de manera temporal, la convivencia con su agresor, mostrando una resistencia en su penosa situación, agravada por la continuidad de la vida en común, que alcanza límites en ocasiones difícilmente comprensibles⁶.

b) Toleran los malos tratos reiterados en el tiempo, esperando que su situación cambie, y el agresor reconsidere su comportamiento. Así, es frecuente que la víctima caiga en el absurdo de autoconvencerse de que quizás "la situación podría mejorar", a pesar de que la posterior continuación en las' agresiones ponga de manifiesto su equivocación.

⁶ En este sentido, resulta especialmente abrumadora la situación padecida por la víctima, durante tres años recibiendo todo tipo de agresiones, tan brutales, que a decir del Tribunal quedó física y psicológicamente, traumatizada. Impresiona por ello la descripción de los ataques padecidos, en la Sentencia 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba 12 de febrero reiterada en la posterior Sentencia 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio.

Al respecto, no siempre es fácil entender, a pesar (de su frecuencia, la actitud de quienes tras haber sido reiteradamente maltratadas, y conseguir poner en marcha la ruptura de los vínculos con los agresores siguen conviviendo con ellos, e incluso se plantean la reconciliación: Vid, por todas, la Sentencia 139/1999, Audiencia Provincial de Cantabria 10 de noviembre.

Son destacables, también los tiempos de convivencia con el agresor habida cuenta de la intensidad del maltrato padecido, recogidos, entre otras en las siguientes sentencias: (17 años), Sentencia 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba 9 de marzo; (15 años), Sentencia 295/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 27 de Julio; (10 años), Sentencia 2166/2001, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 29 de marzo; (mínimo de 7 años). Se habla en la Sentencia de relación conflictiva desde hacía muchos años"), Sentencia 95/2000, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 28 de enero (4 años), Sentencia 46/2000, Audiencia Provincial de Alicante, 3 de febrero.

Al respecto, resulta especialmente encomiable que los mismo Tribunales critiquen lo infundado de tales suposiciones, y el peligro que conllevan para las víctimas, en cuanto que a mayor abundamiento éstas no hacen nada para romper el círculo que las oprime, creyendo o queriendo creer que se producirá un cambio que nunca llegará, y que solamente sirve para afianzar la posición del maltratador.

Así, se indica en este sentido que la experiencia forense muestra el no resultar extraño que la víctima renuncie por temor o por un erróneo entendimiento de sus deberes, a hacer públicas las agresiones sufridas, bajo el autoengaño de que el maltratador acabará cambiando de comportamiento, y ocurriendo, sin embargo, que el tolerar y someterse resignadamente a esta suerte de agresiones, no hace sino reforzar la tendencia agresiva del autor⁷.

c) Aun cuando las víctimas hayan recibido numerosas agresiones, no las denuncian⁸ o retiran éstas, una vez formuladas⁹.

Al respecto, resulta también muy adecuado, que los propios Tribunales reconozcan que situaciones tan frecuentes como el no presentar denuncia e incluso solicitar el archivo de las diligencias, así como el negar que las huellas del maltrato se deban a las agresiones sufridas, atribuyéndolas a su propia torpeza o descuido, pueden ser producto del miedo de la víctima a sufrir más agresiones si mantiene una actitud reivindicativa¹⁰.

⁷ Así, la Sentencia 29/2000, Juzgado de lo Penal de Barcelona, 27 de enero. Igualmente, en la Sentencia 46/2000, Audiencia Provincial de Alicante, 3 de febrero, se reconoció como errónea por el Tribunal, la actitud de la víctima, en cuanto que el agresor en una primera ocasión, la empujó y tiró al suelo; en la segunda, le dio al menos un puñetazo: en la tercera, la golpeó duramente, pateándola, rompiéndole una costilla y causándole contusiones en todo el cuerpo; y en la cuarta vez, la golpeó en la cara produciéndole hematomas en los párpados. Por último decir, que todos estos episodios de agresividad, iban acompañados de una precaria convivencia, en la que el maltratador adoptaba continuamente una actitud crítica e insultante, y violenta en general, contra su víctima; sucediendo todo ello en un plazo no superior al año, sin mediar en él denuncia de la agredida por creer que la situación podría mejorar!!!, cuando obviamente, el trazo sucesivo de los hechos pone claramente de manifiesto lo contrario, mostrando además la previsibilidad del comportamiento futuro del agresor, del cual además no constaba el menor esfuerzo de control previo de su conducta. como se advierte en los considerandos mismos de la sentencia

⁸ Por todas, Sentencias 19/2000, Audiencia Provincial de Jaén. 21 de septiembre; 130/1998, Audiencia Provincial de Jaén. 13 de noviembre; 75/1998, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 30 de septiembre; 312001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero.

⁹ Por todas Sentencias 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo; s/n/1999, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 9 de diciembre, ARP 3938; 245/2001, Audiencia Provincial de Valladolid, 31 de marzo.

¹⁰ Así, Sentencia 41/2001, Audiencia Provincial de Cáceres, 14 de mayo.

También resulta particularmente destacable la Sentencia 46/2000, Audiencia Provincial de Alicante, 3 de febrero, en cuyos considerandos se dice que la víctima retiraba las denuncias por razones de temor, si bien algunas no del todo comprensibles, como el que tuviera que regresar al domicilio y seguir conviviendo con el agresor, puesto que, a falta de explicaciones convincentes dadas en la sentencia, para no romper la relación con él, e intentar librarse de los malos tratos, es deducible que hubiera podido hacerlo, a pesar de las dificultades que esto conlleva siempre, ya que los maltratadores, como es sabido, no se muestran nunca dispuestos a que sus víctimas se independicen; al par que menos comprensible es todavía, como los órganos judiciales, conscientes como eran del problema, según se manifiesta en la sentencia, no decidieron proveer a su protección, para impedir su regreso a la misma vivienda y a la convivencia con el agresor, evitando así tan anómala situación, y habida cuenta de constarle tanto la situación de miedo de la víctima como del carácter agresivo del autor de su amedrentamiento, así como la Sentencia 26/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 14 de marzo, donde el agresor maltrataba a su víctima desde que quedó

Es por ello, que a mi juicio, entre otros caminos a seguir por los Tribunales para erradicar el maltrato, debería revisarse su concesión. y reflexionar mucho por parte de los Tribunales sobre los sobreseimientos en relación a este delito, por cuanto obviamente producen el efecto indeseable de perjudicar a las víctimas, quienes en demasiadas ocasiones se ven constreñidas a retirarlas por temor a sus agresores, lo que afianza en mayor grado la posición de éstos¹¹.

De ahí que comparta plenamente la decisión tomada por otro Tribunal, cuya actitud debería ser un ejemplo a seguir por los demás órganos judiciales, el cual, a pesar" de retirarse la denuncia por la víctima, estimó que no cabía por ello la exclusión del reproche penal contra el maltratador, al seguir habiendo suficientes pruebas de cargo, y continuó con su enjuiciamiento, sancionándole como correspondía¹².

d) Se solidarizan, por razones, incluso de afecto, no siempre comprensibles, con su agresor¹³, hasta el punto de, en ocasiones, tratar con su testimonio de minimizar las agresiones o incluso las niegan, a fin de evitar responsabilidades penales a éste¹⁴.

En resumen puede decirse, que tales comportamientos, como antes se indicó, obedecen algunas veces a razones comprensibles, como el temor, pero otras son producto de una mal entendida solidaridad con el agresor, o de un entendimiento equivocado de su papel en la relación de pareja; o bien responden a causas físicas y psicológicas, de tan difícil comprensión como necesitadas de tratamiento clínico y sociológicamente reeducativo.

embarazada, y aun después estuvo maltratándola más de un año, llegando a dejarla abandonada, reanudando ella la convivencia en varias ocasiones, a pesar de las agresiones.

¹¹ A destacar en este sentido, en la Sentencia 653/1999, Audiencia Provincial de Asturias. 25 de noviembre, que aun cuando la víctima retiró la denuncia, y se sobreeseyó el caso, el Tribunal tuvo al menos el acierto de valorar que los hechos denunciados se correspondían con la verdad, ya que además existían partes médicos al respecto, y tomó esta denuncia fallida como una prueba más de la habitualidad en el maltrato, requisito que, con ello, pudo ser posteriormente apreciado.

¹² Sentencia s/n/1999, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 9 de diciembre, ARP 3938.

¹³ A modo de ejemplo, puede tomarse la Sentencia 3/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero, donde se relata que la agredida, cada vez que sufría una paliza a manos del acusado le abandonaba, pero luego volvía con él, porque "le seguía queriendo".

¹⁴ Como ejemplo de lo dicho puede aducirse la Sentencia 670/1998, Audiencia Provincial de Tarragona. 21 de diciembre, en la cual, a pesar de recibir la víctima malos tratos continuos graves; haber sido lesionada; recibir amenazas; y por último, sufrir incluso un importante incendio en la vivienda, con ánimo en absoluto descartable, por parte del agresor, de matarla, la víctima no solamente no quería interrumpir la convivencia, sino que incluso pidió a su verdugo que no se marchara de casa. A mayor desatino, en el juicio oral trató de favorecerle con su testimonio, negando todas las evidencias de la conducta maltratadora e incendiaria.

Igualmente ocurrió en un supuesto no menos duro de maltrato, relatado en la Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio, en el cual, durante el año 1998 la víctima recibió un disparo del agresor, provocándole importantes lesiones, y meses más tarde recibe, una vez más, fuertes golpes, causándole hematomas y contusiones generalizadas; y en el año 1999. mientras está dormida, su agresor la ata a la cama con una cadena, la golpea durante bastante tiempo con una garrota y otros instrumentos, por todo el cuerpo, la arrastra por el pelo, y acaba incendiando el colchón al que estaba atada, con ánimo de asesinarla. Al respecto, obsérvese que durante este tiempo la convivencia continuaba, por parte de la víctima; la cual incluso, voluntariamente minimizó las tremendas agresiones, y llegó a negar el intento de asesinato en el juicio oral, contradiciendo además a los funcionarios policiales que acudieron al lugar de los hechos y comprobaron las huellas de la tentativa de asesinato.

Quizás por ello, aun cuando resulte dura, es adecuada, siquiera sea como llamada de atención a las víctimas, y para protegerlas de sí mismas, la propuesta de un sector jurisprudencial, referente a que cuando la víctima miente en sus declaraciones para exculpa o minimizar las agresiones sufridas, incluso a veces contradiciendo los testimonios de terceras personas que relatan verídicamente lo ocurrido, en incomprensible beneficio del agresor, se incoen diligencias penales contra las víctimas, por si incurrieran en delito de falso testimonio¹⁵, que a fin de cuentas es lo que hacen¹⁶.

No obstante, entiendo que sería preferible, en mayor grado, aplicar esta medida a los maltratadores, quienes, por lo general, mienten en sus testimonios a los Tribunales que enjuician su comportamiento, e incluso no es infrecuente en ellos culpabilizar falsamente a las víctimas, como veremos a continuación.

Con respecto a los AGRESORES, según acabamos de decir, suelen responsabilizar a sus víctimas del maltrato sufrido, o niegan haberlo cometido, aduciendo unas veces el tratarse de una invención de sus perjudicados, y otras, toda clase de razones inconsistentes, aunque claramente malintencionadas. En este sentido, resultan especialmente destacables las siguientes, todas ellas razonablemente desestimadas en su momento por los Tribunales:

- a) Provocación previa ffe la víctima¹⁷.
- b) Legítima defensa¹⁸.
- c) Encontrarse en situación de arrebató u obcecación el agresor, ante los estímulos provenientes de la víctima¹⁹.
- d) Consentimiento de la víctima para que ejerciera violencias sobre ella²⁰.
- e) Urdimiento de un "complot" de las víctimas contra él, llevadas por la animadversión que sentían hacia su persona, siendo esta la razón de denunciarlo y quejarse de ser maltradas²¹.

¹⁵ Así, la Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio.

¹⁶ Otras sentencias en cambio, como la 46/2000. Audiencia Provincial de Alicante. 3 de febrero, admiten estas actitudes de las víctimas, aunque sea por razones no del todo bien explicadas. como que al decir del Tribunal -el cual al parecer nada hizo por evitar tan difícil situación- al enfrentarse la ofendida cara a cara con su marido en el acto del juicio. y tinte él mantener la denuncia, estaba justificado que decayera su ánimo y tratara de disimular lo ocurrido, intentando beneficiar al agresor, a sabiendas de que al término del acto tendría que volver a casa con di, a pesar de su carácter violento largamente manifestado.

¹⁷ Porque discutió con él a causa del escaso dinero que aportaba para la manutención de la familia, según se advierte en la Sentencia 295/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 27 de julio.

¹⁸ Se desestimó en la Sentencia 60/1999, Audiencia Provincial de La Coruña, 11 de noviembre, por cuanto, a decir del Tribunal en este caso, faltaba el presupuesto de la agresión ilegítima, incluso en la hipótesis (no demostrada) de riña o pelea mutuamente aceptada en la que no serían de aplicación las matizaciones o excepciones jurisprudenciales derivadas del origen de la agresión y los cambios cualitativos en la situación de los contendientes. Parecidamente, en la Sentencia 245/2001, Audiencia Provincial de Valladolid, 31 de marzo. También se desestimó la legítima defensa, en la Sentencia 653/1999, Audiencia Provincial de Asturias, 25 de noviembre, en un supuesto donde el agresor alegó haber sufrido agresión de la víctima con un cuchillo, agresión que se consideró inexistente por el Tribunal; y en la Sentencia 65/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 15 de febrero.

¹⁹ Se desestimó que los estímulos provinieran de la agredida, en la Sentencia 670/1998, Audiencia Provincial de Tarragona, 21 de diciembre, porque ella, a decir del Tribunal no era causa del estado emocional del agresor, sino que la conducta de éste se debió a sus propias y absurdas disquisiciones.

²⁰ Lo que se desestimó, en la Sentencia 500/2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 17 de abril, por cuanto no se trataba de que la víctima consintiera las sevicias, sino que simplemente ésta soportaba su maltrato, hasta que llegó el momento en que no pudo resistirlo más.

²¹ Acertadamente se rechazó el motivo aducido, en la Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero, por cuanto el Tribunal no solamente no apreció ningún plan preconcebido contra

- f) En sentido similar a lo anteriormente dicho, la argumentación se basó en que la agredida se "llevaba mal con él"²²; o había "enemistad" por parte de las víctimas²³.
- g) La "libertad de movimientos" de la esposa separada, atentaba contra su "dignidad" de marido separado (A mi juicio, esta es la más o tina de las más peregrinas razones esgrimidas por un maltratador, para justificar su comportamiento agresivo)²⁴.

Igualmente resultan incomprensibles en la actualidad, aun cuando no niego que los atavismos sociales y personales sobre el tema persisten, las posiciones adoptadas sobre este problema por TERCERAS PERSONAS:

A) Especialmente de las más allegadas a las víctimas, como vecinos o amigos, de quienes los Tribunales reconocen que ante situaciones de maltrato, sospechadas o conocidas, se abstienen de mostrar colaboración, por temor a represalias o por un mal entendido sentido de solidaridad con el agresor, e incluso con los agredidos²⁵; y sobre todo de los familiares, los cuales no solamente omiten denunciar el maltrato, aun sabiendo que la víctima no es capaz de hacerlo por motivos que en su caso pueden ser comprensibles (y ante lo que, en buena lógica, tanto ellos como los anteriores, en ciertos casos al menos deberían ser sancionados por omisión de impedir o denunciar estos delitos²⁶), sino que incluso les niegan su apoyo personal y afectivo, recomendándolas o exigiéndolas en numerosas ocasiones, a mayor agravio, el silencio y la resignación; con lo cual se hacen asimismo responsables de la penosa situación de las víctimas, en cuanto

el reo, sino que además convino en que la hipotética aversión que pudieran sentir hacia el agresor sus víctimas, es decir, su compañera sentimental y los hijos de ésta y de ambos, caso de ser cierta, resultaba completamente explicable, en cuanto que llevarse bien con el acusado era imposible, y les había hecho la vida insoportable.

²² Sentencia 204/1998. Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio.

²³ Las cuales eran su compañera sentimental y la hija de ésta, también víctima del maltrato de su agresor, por quien no solamente fue golpeada, insultada y amenazada, sino también abusada sexualmente, según relata la Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio. En la Sentencia 237/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 4 de julio, se pretende por el agresor queda víctima le denuncia por venganza, al ser engañada con otra mujer cuando estaba ella de vacaciones.

²⁴ Por lo que, a decir de la Sentencia 139/1999, Audiencia Provincial de Cantabria, 10 de noviembre, en base a su anterior convivencia, éste pretendía incluso impedirle el salir libremente de la casa, marcándole por su cuenta un rígido horario de regreso a ella.

²⁵ Así, la Sentencia 46/2000, Audiencia Provincial de Alicante, 3 de febrero. También resulta ejemplificativa al respecto, la, Sentencia 41/2001, Audiencia Provincial de Cáceres, 14 de mayo, en la cual se describe que los testigos eran amigos de la pareja, y sobre todo del agresor, y aun cuando presenciaron las agresiones que éste produjo a su víctima, que además estaba embarazada, testificaron en un primer momento que se produjo las heridas al haberse caído, lo que posteriormente no se atrevieron a mantener, a causa de haberse interpuesto denuncia de los hechos, por la agredida; pero tampoco en ningún momento reconocieron que se las había causado el agresor, e incluso la dejaron sola, a peer de saberla embarazada, cuando fue a denunciar los hechos, y al médico, para que la curara las heridas sufridas.

Diferente fue en cambio el comportamiento do una amiga de la víctima, que testimonió sobre los malos tratos quo recibía esta, data, lo quo constituyó una más de las pruebas para conseguir la inculpación del agresor, en la Sentencia 3/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero.

²⁶ Como así se consideró en la Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo, en la cual se sancionó a la madre de un menor víctima, por omisión del deber de impedir delitos (artículo 450), por cuanto aquella no solamente no denunció los malos tratos contra su hijo, sino que tampoco acudió a otras posibilidades para evitarlos.

que con su pasividad e incomprensión aumentan y refrendan la espiral de violencia y desamparo que las envuelve²⁷.

B) Todo lo anteriormente señalado, resulta predicable de la actitud de algunos órganos Judiciales, cuyo desinterés por la suerte de las víctimas que se atreven a denunciar o les es comunicada su situación por otras vías, en demasiadas ocasiones roza lo incomprensible, incluso para quienes poseen formación jurídica; al par que correlativamente, de manera tampoco siempre entendible, favorecen al agresor con sus resoluciones²⁸, que se manifiestan, por citar algunos ejemplos más comunes, haciendo

²⁷ En este sentido resulta especialmente incomprensible, a pesar de su elevadísima frecuencia, la actitud omisiva de los familiares directos de las víctimas. Por ejemplo, no se conocen jurisprudencialmente, en relación con el artículo 153, denuncias de los hermanos, y son rarísimas las de los padres e hijos, si bien se constata en estos últimos, una todavía escasa pero interesante evolución al respecto. Omisión que, ya se ha dicho, proviene del silencio que guardan ante el maltrato que éstas reciben, bien negándoles el necesario apoyo material y psicológico para que puedan salir de su penosa situación, bien omitiendo denunciar los malos tratos; y ello sin contar las actitudes de abierto favor hacia el maltratador, a quien no solamente no recriminan con el adecuado denuedo, sino que en ocasiones tratan de encubrir en sus testificales. Como ejemplo bastan los siguientes dictámenes:

En la Sentencia 39/1998, 6 de marzo, Audiencia Provincial de Las Palmas se relata que si bien la abuela de la menor conocía su estado de abandono, e incluso el carácter agresor del padre de la menor, que era su hijo, pero que no dudaba en maltratarla también a ella, hasta el extremo de tener que marcharse de la casa, dejando a la niña sin cuidados y sin alimentos, porque los padres de la niña no solían proporcionárselos, y que ésta además presentaba quemaduras de cigarrillos, no denunció la situación. No obstante viendo las circunstancias del caso concreto, y aun cuando sirva su actitud como ejemplo de la omisión de denunciar, es advertible que su pasividad no respondía a una situación de desidia, por cuanto ella era madre del acusado, al par que cuidaba de la niña lo que podía, tratando de paliar su desasistencia, a pesar de las agresiones de su hijo.

Menos entendible resulta la actitud de los padres que, conocedores del trato brutal que su hija recibía, hasta el extremo de tener ésta, en varias ocasiones, que abandonar su domicilio y refugiarse en el de sus padres, no denunciaron las agresiones. Solamente una última y brutal paliza, acompañada de una tentativa de homicidio contra el padre, motivó el que se interpusieran las correspondientes denuncias, según refiere la Sentencia 19/2000, Audiencia Provincial de Jaén, 21 de septiembre.

En este mismo sentido, en la Sentencia 47/2000, Audiencia Provincial de La Coruña, 20 de marzo, resulta igualmente poco entendible que los familiares más allegados de la víctima, que en juicio acreditaron los malos tratos físicos que habitualmente recibía de su marido, relatados por ésta; así como malos tratos verbales escuchados por ellos, al par que continuamente apreciaban los signos físicos evidenciadores del maltrato, no interpusieron nunca denuncia, ni tampoco consta que tomaran alguna medida adecuada para poner fin a su situación.

Pero quizás la actitud más sorprendente, descrita en la Sentencia 670/1998, Audiencia Provincial de Tarragona, 21 de diciembre, proviene de un padre, que a pesar de saber que su hija era víctima de maltrato continuo y grave, a resultas del cual en varias ocasiones había sido lesionada; y de que frecuentemente recibía duras amenazas; y que por último, llegó a sufrir incluso un importante incendio en la vivienda, con ánimo por parte del agresor, no descartable, de matarla; tanto él como su hermano y tío de la víctima, en el juicio oral trataron de favorecer con su testimonio al agresor.

No más comprensible y todavía en mayor grado lamentable, resultó ser el comportamiento de una madre, descrito en la Sentencia 14/1999, Audiencia Provincial de Castellón, 23 de febrero, que aun cuando conocía los graves maltratos y lesiones inflingidas a su hijo de cinco meses por su progenitor, no solamente no denunció a éste, ni tomó ninguna medida para evitar la penosa situación, sino que trató de disimularla ante el pediatra. Solamente cuando el maltrato provocó casi la muerte del niño, el cual quedó afectado por graves secuelas físicas y psíquicas, se puso fin a la terrible situación. Parecidamente sucedió en la Sentencia 21/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 17 de mayo, donde una menor de apenas dos meses de edad, resultó muerta a consecuencia de las brutales palizas que su padre le daba, sin que la madre hiciera nada por evitarlo, e incluso tratara de favorecer al agresor con sus testimonios.

²⁸ Los ejemplos que citaré a continuación, dentro de este apartado relativo al comportamiento de los órganos Judiciales sobre el tema, a título personal me resultan excesivamente benignos con los agresores, lo que no obsta a que en otras opiniones diferentes a la mía, se puedan con toda legitimidad considerar como adecuadas:.

un entendimiento tan puntilloso, y a la postre tan "personal" de los elementos constitutivos del delito, que acaba provocando su inadecuada desestimación; o apreciando atenuantes con una "generosidad" tan extrema, que incluso se desvirtúa, por exceso, su significado y sus perfiles, siendo así que, en no pocas ocasiones, no solamente en buena lógica no deberían apreciarse, sino incluso más bien deberían suponer una agravación; o bien imponiendo unas penas o medidas tan benignas; o concediendo unos permisos de salida tan inadecuados, que provocan con todo ello el desprestigio de la función de impartir justicia, y la mayor mas sensible indefensión de las víctimas.

C) Tampoco las Instituciones sociales, sobre todo las creadas y asistidas bajo determinados perfiles políticos, y destinadas con innegable voluntad, al seguimiento del

En un supuesto donde la víctima sufrió varias palizas en el mismo año, frases injuriosas, amenazas de muerte, etc., con intervención casi siempre de la policía, y que no fueron en el momento de su comisión denunciados por la víctima, cuando ésta fue capaz de hacerlo, solamente se condenó a su agresor por una falta de lesiones; decisión que fue recurrida por el Ministerio Fiscal, quien solicitó la aplicación del artículo 153, ratificándose su petición por el Tribunal de la Audiencia Provincial, en la Sentencia 75/1998, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 30 de septiembre.

Golpear a la víctima en dos ocasiones en el seno (le un entorno penoso, lleno (le reyertas familiares, en declaración del propio Tribunal, y con amenazas de muerte a ella y a sus hijos, se saldó con la imposición de una falta de malos tratos de obra, con pena de cuatro arrestos de fines de semana, y otra falta de amenaza, con la pena de multa de diez días, a razón de 1000 pts diarias, en la Sentencia 39/1998, Audiencia Provincial de Córdoba. 7 de septiembre.

En una situación de abandono por los padres a una niña de cinco años, a cual ni siquiera se ocupaban de alimentar, y que sufrió quemaduras con cigarrillos, insuficiente y contradictoriamente explicadas por los padres, y sobre las que el Tribunal no hizo mayores averiguaciones, desestimando el 153, solamente se le aplicaron cuatro años de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en la Sentencia 39/1998, Audiencia Provincial de Las Palmas, 6 de marzo.

Causar lesiones graves ti un niño de tres años, solamente se sancionó, en orden a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, con su aplicación durante el tiempo de la condena, es decir, cuatro años y dos años y seis meses, a pesar del "intenso grado de incumplimiento del deber de la acusada, madre de la víctima", según reconoció el Tribunal, en la Sentencia 103/1998, Audiencia Provincial de Las Palmas, 30 de septiembre; y que no se investigara suficientemente, desestimándola con ligereza, sobre la relación de causalidad entre los frecuentes malos tratos psicológicos causados por la madre a uno de sus hijos y los graves trastornos de esta índole que sufrió la víctima, en la Sentencia s/n/ 998, Audiencia Provincial de Las Palmas, 5 de diciembre.

Golpear a la víctima en diversas ocasiones, insultarla y amenazar de muerte, se castigó con dos faltas de lesiones, cada una con tres arrestos de fines de semana, en la Sentencia 283/1998, Audiencia Provincial de Tarragona, 26 de mayo.

Solamente se impuso pena de un año de prisión y prohibición de acercarse por el tiempo de la condena al lugar de residencia de sus víctimas (después de una convivencia de 1987 hasta 1997, llena de malos tratos a la víctima y a sus hijos, con numerosas denuncias de las víctimas), en la Sentencia 95/2000, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 28 de enero; y en la misma situación, aunque sin hijos, (durante cuatro años, con numerosas denuncias por lesiones y amenazas), se saldó con pena de ocho meses por el artículo 153, y arresto de tres fines de semana por una sola falta de lesiones y multa de 10 días (500 pts. diarias) por una sola falta de amenazas, en la Sentencia 46/2000, Audiencia Provincial de Alicante, 3 de febrero.

Sin concurrir atenuantes, en una situación de constante mal trato durante mucho tiempo, se impusieron solamente seis meses de prisión, en la Sentencia 19/2000, Audiencia Provincial de Jaén, 21 de septiembre.

Obligar a la víctima, estando embarazada, a tomarse diversas pastillas, provocándole una intoxicación grave; y en otra ocasión, todavía embarazada, tras insultarla reiteradamente, el agresor comenzó a darle bofetadas y patadas, causándole diversas lesiones; y posteriormente durante dos años, amenazarla gravemente en diversas situaciones y contextos, como en casa de la víctima, en la de su madre, en su trabajo, etc., se saldó todo con veinticuatro fines de semana de arresto, aplicándole una eximente incompleta de enajenación mental, con quizás excesiva magnanimidad, en la Sentencia 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio.

maltrato, para su prevención y erradicación, pueden escapar, en general, a merecidas críticas, por la ineficacia que en ocasiones muestran, como resultado de atenderse prioritariamente en sus actuaciones, a criterios de conveniencia personalista y política, lo cual les impide a veces tener una perspectiva adecuada, y en consecuencia dispensar un adecuado tratamiento a estos problemas y a sus víctimas; y ante lo que no estaría de más que la sociedad, a todos los niveles, y al igual que también resulta exigible en las actuaciones jurídicamente incorrectas anteriormente citadas, reflexionase sobre situaciones de victimización provocadas por su incompetencia o desidia, y en un ejercicio de coherencia, se les requiriese las debidas responsabilidades, lo que hasta el momento resulta infrecuente ver, siendo así que con tan erráticas actuaciones, constituyen factores de primer orden, y superiores obviamente a los sujetos individuales también antes citados, para fomentar tanto la delincuencia maltratadora como la inherente victimización que conlleva²⁹.

Todo lo expuesto determina, como resumen, y en acertadas palabras del Tribunal Supremo, el que los malos tratos en el ámbito familiar y doméstico deban ser abordados como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema afectante a la intimidad de la pareja o al entorno familiar; por lo que la respuesta penal, necesariamente represiva, debe complementarse con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas, y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios³⁰.

II. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Con el antecedente legislativo del artículo 425 del Código Penal de 1973, el actual artículo 153³¹, que penaliza la violencia doméstica³², se halla encuadrado

²⁹ Como ejemplo de los muchos errores en su labor que, desgraciadamente no solo para las víctimas sino para toda la sociedad cometen estas Instituciones, basta con examinar los hechos descritos en las sentencias ya comentadas 14/1999, Audiencia Provincial de Castellón, 23 de febrero y 1161/2000, Tribunal Supremo, 26 de junio, referidas al mismo caso, aunque con un tratamiento jurídico posterior más aceptable, donde en una situación de tan grave maltrato causado por los padres, que el propio facultativo que realizó el primer control médico a un niño de cinco meses, puso en conocimiento de la Fiscalía de Menores y de los Servicios Sociales, se permitió por estas Instituciones que el niño regresara con sus padres, y a partir de esa fecha, dicen las sentencias "se hizo un seguimiento al niño y a sus padres". Sobre cuál fue la celeridad del "presunto" seguimiento, baste señalar que el niño fue internado de nuevo en el Hospital a los dos días, con otros variados y graves malos tratos. Cinco días después, al ser dado de alta, regresa incomprensiblemente de nuevo con los padres, pero continuó siendo reiterada y gravemente maltratado, hasta el punto de que a los cinco días de vivir con ellos, fue ingresado de nuevo en el Hospital, donde se le apreciaron otras diferentes y graves y generalizadas lesiones, cuya somera descripción impresiona por su crueldad, así como parada cardiorrespiratoria sin respuesta a ningún estímulo, originada por una anoxia encefálica, a causa de una administración tan violenta de papilla que provocó el vómito del niño, cuya ingesta le originaron. a pesar de los tratamientos recibidos, enormes secuelas, tales como lesiones cerebrales y retraso psicomotor.

Excuso decir que a las Instituciones implicadas, que incurrieron en omisiones tan intolerables, no se les exigió ninguna responsabilidad penal, ni dejan entrever las sentencias aludidas que se les exigiera tampoco de otro tipo.

³⁰ Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio.

³¹ Vid. un análisis comparativo de su regulación legal en las diversas fases legislativas que lo han conformado en las Sentencias 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio; 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero.

Vid. también a su respecto, lo dispuesto en la falta del artículo 620 del CP, de la que conocerá el Juez de Instrucción, en base a la excepción contemplada en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

sistemáticamente en el Título III, dedicado a las lesiones, si bien teniendo en cuenta que aun cuando las conductas descritas en él sean susceptibles de acarrear lesiones propiamente dichas, este tipo penal ofrece perfiles propios, plasmados en la autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, así como en los requisitos típicos constituidos por la relación de convivencia, del prevalimiento o dominio sobre otros miembros de la comunidad familiar y de la habitualidad, los cuales permiten afirmar sus sustantividad³³. Derivado de las anteriores consideraciones, la Jurisprudencia aclara a su respecto, el artículo 153 está reservado para comportamientos que exceden de una mala relación personal o incluso faltas de maltrato de obra o palabra, pues en caso contrario toda relación en crisis podría ser incardinada en este ilícito, lo que ni está en la mente del legislador ni cabe entender en buena técnica jurídica, ni desde la perspectiva sociológica³⁴.

Consecuentemente, la ratio del precepto estriba en proteger a los miembros más débiles del grupo familiar, y en definitiva, la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y concretamente, su derecho a no ser sometida a tratos inhumano o degradantes³⁵; incriminando una forma de comportamiento caracterizado por el abuso de la posición de poder de unos miembros sobre otros, y traducido en la utilización sistemática de la violencia como instrumento degradatorio de las relaciones familiares y en una auténtica perversión de la familia, en lo que tiene de ámbito de protección de sus componentes³⁶; y sin que a ello obste situaciones existenciales difíciles de marginalidad, pobreza o desamparo, pues las condiciones más duras de lucha por la supervivencia no constituyen excusa alguna para hacer objeto de malos tratos a seres indefensos³⁷.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En relación con el sentido funcional del precepto, anteriormente atribuido, el Bien Jurídico, puede ser entendido a través de dos perspectivas complementarias:

Dicha Ley contempla asimismo en su Libro II, una serie de prescripciones que afectan al artículo 153 del Código Penal, aunque no con carácter específico, sino genérico.

³² De su importancia para la sociedad "basta y sobra con la aterradora estadística de muertes y agresiones", reseñada en la Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio.

En cualquier caso debe hacerse constar que el recurso al Derecho Penal para sancionar la violencia doméstica en cualquier sociedad verdaderamente civilizada debería constituir la "última posibilidad" para atajarla, siendo la primera incuestionablemente la educación de los ciudadanos, desde la infancia, en el reconocimiento de la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, sin perjuicio de la especial valoración que debe tenerse hacia la maternidad, así como acerca de la necesidad del respeto entre todos los miembros de la familia, sobre todo hacia los más débiles, y la importancia de esta institución. En nuestro país todavía, como se advierte, estamos lejos de ese objetivo, a pesar de las mejoras sociales y jurídicas habidas en tal sentido, por lo que el recurso al Derecho Penal no es aun la última vía, sino "una más" en la lucha contra la erradicación de este problema, a decir de Cortés Bechiarelli, E, "El delito de malos tratos familiares", Pons, Barcelona-Madrid, 2000, p 36.

³³ En este sentido, vid. por todas, la Sentencia 19/2000, Audiencia Provincial de Jaén, 21 de septiembre.

En base a lo manifestado, y a pesar de encontrarse incluido en los delitos de lesiones, no encuentro correcta su denominación como "delito de lesiones habituales", propuesta en la Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo, por cuanto no es la causación habitual de lesiones lo que se sanciona en él, sino las conductas de maltrato habitual, en un ámbito tan específico como es el doméstico.

³⁴ Sentencia 69/2001, Audiencia Provincial de Valencia, 7 de marzo.

³⁵ Así, por todas, Sentencias 47/2000, Audiencia Provincial di. La Coruña, 20 de marzo; 21/2001, Audiencia Provincia de Cádiz, 17 de mayo.

³⁶ Sentencia 95/2000, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. 28 de enero.

³⁷ Sentencia 13/2000, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo.

- Desde una perspectiva constitucional, protege valores derivados de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE), y tiene su consecuencia lógica no solamente en el derecho a la vida, sino también a la integridad física y moral, con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE), así como en el derecho a la seguridad (artículo 17 CE); quedando igualmente afectados principios rectores de la política social y económica, como es la protección de la familia y de los hijos (artículo 39 CE)³⁸.
- Desde una perspectiva jurídico-penal, presenta una naturaleza mixta, para un sector jurisprudencial, por cuanto ofrece protección a valores representados de una parte, por la salud o integridad física y psíquica de las personas; de otra, por su dignidad, que impide el que pueda ser sometida a malos tratos de especial relevancia; y por último, la familia, en su pacífica convivencia y armonía del grupo³⁹.

Dentro de tal entendimiento existen diferentes opiniones. Así, algunas sentencias consideran como intereses protegidos la salud o integridad del individuo, al par que la convivencia armónica familiar⁴⁰. En este sentido, se indica también, que el bien jurídicamente tutelado no es sólo la salud o integridad, sino también el derecho a vivir razonablemente tranquilo, sin miedo, sin sumisión humillante, y sin dependencia absoluta del humor ajeno⁴¹, en una perspectiva que podría considerarse similar al criterio; de la "paz jurídica", propuesto por un sector de la doctrina alemana, y del que también se ha hecho eco un sector doctrinal español⁴².

Otras sentencias, a tenor de que en el curso de la discusión parlamentaria se debatió su mejor acomodo entre los delitos relativos a las relaciones familiares, consideran en cambio que dentro del bien caracterizado por la salud o integridad, no se protege tanto la incolumidad corporal de la persona (bien jurídico propio del delito de lesiones) cuanto su integridad moral, aun cuando aquella también pueda desplegar un efecto profiláctico, láctico, conjurando el peligro, nada desdeñable, de una escalada de violencia que termine en agresiones físicas; tutelándose al mismo tiempo otros bienes jurídicos como la dignidad, seguridad, bienestar, y el equilibrio físico y psíquico de la familia o situación asimilada⁴³.

Para otro sector jurisprudencial, en cambio, el bien jurídico tiene naturaleza única. Así, algunas sentencias estiman que no se protege la salud de las personas, sino el conjunto de valores representados por la dignidad, seguridad, bienestar y equilibrio

³⁸ Cono explicitan las Sentencias 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio; 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio; 748/1999, Audiencia Provincial de Madrid, 25 de noviembre.

³⁹ Por todas, las Sentencias 13/2000. Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo; 1366/2000, Tribunal Supremo, 7 de septiembre; 69/2001, Audiencia Provincial de Valencia, 7 de marzo; 3/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero.

⁴⁰ Así, Sentencias 28/2000, Audiencia Provincial de Badajoz, 27 de marzo; 179/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 1 de junio. Al respecto resulta poco comprensible el reconocimiento que hace esta sentencia de la salud física solamente, como bien jurídico, en cuanto que atendiendo a la fecha de su emisión, el artículo 153 protegía ya la salud física y la psíquica.

⁴¹ Sentencia 61/1999, Audiencia Provincial de Madrid, 20 de enero.

⁴² Vid. al respecto, MARÍN DE ESPINOSA CEDALLOS, E., La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado, Comares, Granada, 2001, p. 148 ss. y 181 y ss.

⁴³ Así, las Sentencias 748/1999, Audiencia Provincial de Madrid, 25 de noviembre; 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio.

familiar o situación asimilada⁴⁴; o bien, para otras, el respeto que la víctima merece como consecuencia de su relación con el agresor⁴⁵.

En dicho sentido se ha estimado como bien jurídico protegido la preservación de la paz en el núcleo familiar, al constituir éste una comunidad de amor y libertad, presidida por el respeto mutuo y la igualdad; sancionándose por ello los actos exteriorizadores de una actitud tendente a convertirlo en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, puesto que el maltrato familiar constituye una situación de dominio y de poder de una persona, casi siempre sobre su pareja y los menores convivientes; y por lo cual el bien jurídico aludido ha de resultar más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados valores fundamentales de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar⁴⁶.

Finalmente, y también dentro de este apartado, otras sentencias consideran como protegido la dignidad de la persona en el entorno familiar y su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante⁴⁷.

Por mi parte, entiendo que el bien jurídico protegido estriba en la tutela del "bienestar" de la persona en el ámbito doméstico, comprensivo el concepto de "bienestar" personal, tanto del aspecto negativo, constituido por la ausencia de enfermedad o invalidez, cuanto del aspecto positivo formado por el equilibrio entre los distintos planos personales, físicos y mentales, así como sociales, que afectan a la persona⁴⁸, lo que incluye obviamente, y de manera especial en este contexto, su seguridad y su derecho a un tratamiento respetuoso hacia ella en el ámbito de la vida familiar o situación asimilada, como parte integrante que es, y los especiales vínculos que de ello se derivan en sus relaciones con otras personas, acorde, por otra parte, con su dignidad de ser humano.

Esta propuesta relativa al "bienestar" en el ámbito doméstico, como bien jurídico, podría estimarse que adolece de cierta ambigüedad, pero caso de considerarlo así, debe estimarse también al respecto, que lo será su denominación formal más que su contenido, la cual sin embargo, tiene la condición de ser omnicomprendiva, como lo es su contenido, de la diversidad y multiplicidad de intereses jurídicamente tutelados; al par que define suficientemente los efectos perjudiciales para las víctimas que en el ámbito de la norma se trata de evitar⁴⁹.

⁴⁴ Sentencia 39/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 7 de septiembre.

⁴⁵ Sentencia 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo.

⁴⁶ Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio. Extrañamente, esta sentencia, que tan "literariamente" se expresa, no reconoce como afectados a los ascendientes, en la fecha de su emisión ya incluidos en el artículo 153.

⁴⁷ Por todas, Sentencias 53/1998, 27 de marzo, Audiencia Provincial de Baleares; 21/2001, Audiencia Provincia de Cádiz, 17 de mayo, por todas. Destacan la especial relevancia de la "dignidad" como constitutiva del bien jurídico, OLMEDO CARDENETE, M., El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 31 y ss.; de la "integridad física y psíquica", CORTÉS BECHIARELLI, cit., pp. 42 y ss., de la "paz social", Dr. VEGA Ruiz, J. A., tics agresiones familiares en la violencia doméstica, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 73.

⁴⁸ Vid. al respecto mi trabajo "Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en el Código Penal sobre la naturaleza del consentimiento en las lesiones", Revisto de la Facultad de Derecho de Granada (Homenaje al Prof. Sáinz Cantero), núm. 12, 1987-1989, pp. 81 y ss.

⁴⁹ También otros bienes jurídicos, y precisamente relacionados con este, podría estimarse que adolecen formalmente de una ambigüedad, igual o superior, como puede ser "integridad moral", cuyo contenido es

3. NATURALEZA DEL DELITO

En cuanto a la naturaleza del delito relativo al artículo 153, la Jurisprudencia coincide en que el fundamento de lo injusto del tipo no radica en el resultado material, sino en el peligro que tales conductas implican para la seguridad e incolumidad personal de las víctimas⁵⁰. Personalmente entiendo que se trata de un delito de lesión para el bienestar de la persona en el ámbito doméstico, sin perjuicio de que suponga asimismo una situación de peligro abstracto o concreto, según los casos, para otros bienes jurídicos que le son relativos.

Y también con referencia a su naturaleza, se plantea la cuestión de si la tipicidad supone una repetición de faltas de malos tratos, y por ello resulta ser un tipo agravado; o por el contrario, se trata de un delito no consistente solamente en una mera pluralidad de faltas, sino ante un tipo completamente diferente, en base a la adición de otras características, y en consecuencia autónomo.

A este respecto, la Jurisprudencia tiene opiniones contrapuestas, como también las tiene sobre cuales son los elementos más definitorios para dotar de entidad delictiva a estas conductas, siempre partiendo de su habitualidad:

- Así, para un sector, se trata de un tipo establecido sobre la repetición de faltas de malos tratos, que el legislador ha configurado como delito en base a la habitualidad de tales comportamientos agresivos, reveladora de un mayor reproche social⁵¹.

En este sentido, pero con una visión más extensa de su configuración, se dice que el mayor desvalor de la acción radica en la continua humillación y erosión de la personalidad de la víctima, derivada del constante temor y angustia ante unas conductas agresivas, dada su condición de habituales y de provenir de su relación de convivencia con el sujeto activo, quien aprovecha su situación de prevalimiento o dominio sobre otros miembros de la comunidad familiar⁵².

Igualmente se estima por este sector aludido, si bien bajo otras premisas, que los malos tratos intrafamiliares habituales pueden, aisladamente considerados, no tener más gravedad objetiva que la propia de una falta, al no ser constitutivas de lesiones o no suponer menoscabo apreciable de la salud -física y psíquica de las víctimas, pero su reiteración demuestra que las penas leves se revelan escasamente disuasorias, lo cual justifica su tipificación como delito, por lo que viene a ser una modalidad agravada de esa falta⁵³.

difícil precisar con tal denominación, o "libertad", demasiado genérico; y sin embargo se hallan reconocidos como tales.

⁵⁰ Así, por ejemplo, Sentencias 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo; 69/2001, Audiencia Provincial de Valencia, 7 de marzo, si bien lo califican de peligro abstracto. En este sentido, la Sentencia 568/2000, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de octubre, aduce que no se requiere un concreto resultado lesivo para poder ser apreciado este delito; bastando con que la conducta habitual del autor suponga una agresión contra los bienes jurídicos de la víctima, protegidos en este ámbito. En el mismo sentido, la Sentencia s/número/2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de julio.

⁵¹ Por todas, Sentencia 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo.

⁵² Así, Sentencia 130/1998, Audiencia Provincial de Jaén, 13 de noviembre.

⁵³ Vid. en tal sentido, por todas, Sentencias 748/1999, Audiencia Provincial de Madrid, 25 de noviembre; 179/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza. I de junio.

- Otro sector jurisprudencial, cuyo criterio comparto, por los razonamientos a continuación indicados, manifiesta su parecer de no tratarse el artículo 153 de una mera repetición de faltas elevada a la categoría de delito, sino que posee otras características típicas diferentes y adecuadas para convertirse en un tipo autónomo.

En este sentido, se dice que no es estrictamente la pluralidad de las agresiones el requisito que convierte la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima, y la permanencia del trato violento⁵⁴; suponiendo esa reiteración en la violencia, el considerarlo como un "delito autoritario"⁵⁵.

De manera más completa, y como resumen, se indica que habida cuenta de resultar la violencia física o psíquica descrita en el tipo algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados, supone en relación a ellos un "aliud" y un plus; y añadiéndose que el bien jurídico es más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, así como la diferenciación de los sujetos pasivos, y la habitualidad de la conducta maltratadora, se puede afirmar la sustantividad del tipo penal⁵⁶.

4. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

De lo anterior se deduce que los elementos constitutivos de la tipicidad descrita en el artículo 153⁵⁷, tres pertenecientes al tipo objetivo, y un cuarto, al tipo subjetivo, se hallan constituidos por estas notas características:

A) Vinculación estable entre agresores y víctimas derivada del matrimonio o relación de análoga afectividad, por lo cual la relación entre agresores y víctimas, comprende todas aquellas situaciones que puede determinar la convivencia familiar, o asimilada a la familiar⁵⁸.

Y a mi entender, tanto si está constituida la relación por personas pertenecientes al mismo o diferente sexo, la ampliación del momento de comisión del delito -que con anterioridad en la actual redacción descansaba sobre una "situación de presente", y en consecuencia, una vez reconocido jurídicamente el cese de la relación, a causa de divorcio en la relación matrimonial o ruptura de la pareja de hecho, no podía aplicarse el 153 supone uno de los grandes aciertos de la reciente tipificación, por cuanto a pesar de la frecuencia de su comisión en esas situaciones de convivencia cesada, había que incardinar en tipos delictivos diferentes esta misma conducta del agresor, que reunía todos e iguales requisitos, e idéntica gravedad, con la única salvedad de producirse en

⁵⁴ En este sentido, por todas, la Sentencia 25/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 21 de abril.

⁵⁵ Así las Sentencias 179/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 1 de junio; 95/2000, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 28 de enero; 69/2001, Audiencia Provincial de Valencia, 7 de marzo.

⁵⁶ Sentencias 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio; Sentencia 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero, y 296/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 24 de julio, por todas. Comparte mi criterio referente a que este delito no consiste en una repetición de faltas, OLMEDO CARDENETE, Cit., p. 76.

⁵⁷ Por todas, Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio. Vid. también en esta sentencia un resumen comparativo de los requisitos, de acuerdo con las diferentes legislaciones, del actual artículo 153, así como en la Sentencia 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero.

⁵⁸ Así, Sentencias 204/1998. Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio; 39/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 7 de septiembre.

un contexto temporal diferente, que en nada modificaba la teleología del precepto, pero que en cambio planteaba importantes disfunciones.

B) Ejercicio de violencia física o psíquica. A este respecto, se ha señalado por un sector jurisprudencial, que la violencia no solamente puede afectar la salud o la integridad de la persona. sino también su dignidad, concepto que en este contexto se refiere al trato o consideración que merece cualquier ser humano, por el mero hecho de ser persona, la cual se ve atacada por cualquier humillación, tanto física como psíquica⁵⁹.

La adición de la violencia psíquica es otro de los aciertos que ofrece la actual legislación, por cuanto, en el mismo sentido que el requisito anterior, su ejercicio presentaba un reconocimiento diferenciado y habitualmente disfuncional, favoreciéndose su minusvaloración, jurídica y con ello social, cuando no el resultar abiertamente ignorada, según prueba el contenido de la generalidad de las sentencias que contemplaban con anterioridad este problema, e independientemente de que el artículo referente al tema no hiciera mención expresa de ella, por cuanto sí podía en cambio sancionarse su ejercicio en otros artículos del mismo Código Penal, y sin embargo los Tribunales escasamente tomaban en cuenta dicha posibilidad.

Por mi parte, y en cuanto según he manifestado anteriormente, estimo que la "salud" debe entenderse como incluida en el más amplio concepto de "bienestar", encuentro más adecuado recurrir a él que al de "dignidad", aun cuando evidentemente, también la dignidad se ofende con estas conductas, pero de acuerdo con lo antes propugnado, la ofensa a la dignidad de una persona compromete su "bienestar", del que forma parte integrante.

C) Habitualidad en el maltrato, consistente en cierta pluralidad de actos, y la proximidad temporal de éstos.

Personalmente, estimo que el concepto de "proximidad", debe utilizarse en el sentido, que creo preferible, de "conexión temporal"; sin necesidad de fijar un plazo al respecto, aun cuando sí es preciso que dicho plazo sea indicador de cierta unión en la relación temporal entre los actos de violencia⁶⁰.

Ello, por cuanto, en sentido opuesto al que propongo, el término "proximidad" suele equivocadamente, a mi entender, interpretarse, unas veces en el sentido de llevarse a cabo los actos violentos con inmediatez temporal, y por tanto muy cercanos en el

⁵⁹ Por todas, Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio. Vid. al respecto DE VEGA Ruiz, cit., pp. 187 y ss.

⁶⁰ En éste sentido, la Sentencia 47/2000, Audiencia Provincial de La Coruña, 20 de marzo, requiere "cierta proximidad cronológica". También, la Sentencia 95/2000, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 28 de enero, y 237/2001. Audiencia Provincial de Madrid. 4 de julio; y asimismo en dicho sentido, que aun cuando no lo menciona expresamente, se trasciende en la acertada Sentencia 7012001, 26 de enero. Audiencia Provincial de Barcelona, incluso, a pesar de que la continuidad cronológica en ella reflejada era extensa. Vid. asimismo a este respecto, las Sentencias 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio; 21/2001. Audiencia Provincial de Cádiz, 17 de mayo. También encuentro adecuada la expresión "repetida", utilizada en la Sentencia 568/2000, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de octubre.

tiempo⁶¹; y en otras como sistemáticamente, queriendo decir con ello que ha de constituir el modo normal de relacionarse el agresor con sus víctimas⁶², las cuales, en consecuencia, han de vivir bajo una situación de agresión permanente o cuasipermanente (esto último me parece más aceptable)⁶³; resultando a mi juicio tales significados, por lo menos en algunas ocasiones, unos requerimientos a todas luces desmesurados e inasumibles para incardinar la conducta agresiva en esta tipicidad, entre otros motivos, y desde una perspectiva de pura lógica, porque casi nadie podría soportar el vivir bajo esas condiciones tan extremas, y es así que aunque los actos de violencia se reiteren y haya cierta conexión temporal entre ellos, las víctimas, muy numerosas como se sabe, resisten esa situación, a menudo incluso durante años; por lo que no es dable exigir como requisitos legales lo que la razón rechaza y la experiencia demuestra como equivocados.

Ello unido a que no cabe ya desconocer que con exigencias legales tan extremas para integrar el tipo, se provoca el efecto colateral de un favorecimiento inadecuado para el agresor y un perjuicio innecesario, más, para la víctima, en cuanto que así se propicia la agresividad de aquél, y la indefensión de éstas, al evitar o dificultar equivocadamente la sanción penal de su conducta⁶⁴.

D) Conocimiento por parte del agresor de su prevalimiento en la especial relación que le une con sus víctimas, para agredirlas reiteradamente, cualquiera que sea la finalidad de las violencias producidas.

Resulta importante destacar que aun cuando en estas condiciones de violencia familiar pareciera que las víctimas, al continuar su relación con el agresor, aceptan tácitamente la situación, en modo alguno puede admitirse esto como válido en todos los casos, por cuanto la realidad es que la víctima no sabe o no puede escapar a la situación que el agresor ha sabido crear o mantener, a causa de su relación, para subyugarla; y que éste, conocedor del estado de debilidad o indefensión de las víctimas, aprovecha en beneficio propio. En esta actitud radica, por tanto, a mi entender, el prevalimiento a que he hecho referencia anteriormente.

⁶¹ Como ejemplo, la Sentencia 204/1998, Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio, entiende que el lapso temporal debe ser "necesariamente breve".

⁶² Por todas, la Sentencia 519/1999, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de mayo, en la cual se desestimó la habitualidad, porque el Tribunal no apreció la existencia de un "sistemático" maltrato, a pesar de las probadas agresiones sufridas por las víctimas, y de que, a mayores indicios, "existía una convivencia difícil y plagada de incidentes", a decir del propio Tribunal. Igualmente, la Sentencia s/número 2000, Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó la habitualidad, y absolvió al procesado, porque a juicio del Tribunal, aun cuando existía ciertamente una repetición de actos violentos, éstos no eran reveladores de habitualidad, al no existir proximidad cronológica, por haber transcurrido entre los primeros y los segundos seis años y tres meses.

⁶³ Por todas, las Sentencias 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo; 6/2001, Audiencia Provincial de Castellón, 26 de febrero; 46/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 9 de febrero, donde tras haber sido condenado el agresor, con anterioridad a la resolución, como autor de dos faltas de malos tratos, se entendió que ello no constituía violencia en el sentido del tipo, por cuanto en opinión del Tribunal solo aparecían como actos aislados, pero no demostraban constancia en el maltrato.

⁶⁴ Recalco los adjetivos de "inadecuado" y "equivocadamente", por cuanto no es mi intención el reclamar sanciones innecesarias o desproporcionadas para el agresor, cuando no exista motivo, o suficiencia de éste, para ello; pero menos aun tengo intención de asumir su favorecimiento legal, sobre todo sabiendo cuan vinculados en este tema se hallan entre sí el disvalor jurídico con el social, y lo mucho que apoya a las conductas de maltrato, una malentendida necesidad de benevolencia, por parte de los Tribunales.

Por ello encuentro muy adecuada la descripción que la Jurisprudencia hace de las circunstancias de las víctimas, y su aparente aquiescencia⁶⁵; como una situación de prevalimiento caracterizado por un estado anímico capaz de viciar el consentimiento de la víctima, de suerte que ésta carece de la facultad de autodeterminación y por tanto de decidir, y ello por causa de verse y sentirse limitada por quien aprovecha en su beneficio la situación de superioridad en que se encuentra, lo cual instrumentaliza de forma manifiesta y causalmente determinante para obtener aquello que el sujeto activo quiere de la persona victimada.

Y al respecto debe recordarse como complemento de lo anteriormente expresado sobre la aparente aquiescencia de los personas agredidas, que también a decir de la Jurisprudencia, la violencia se manifiesta de diversas maneras y con distintas intensidades en relación a la personalidad de la víctima y persona ultrajada, afectada en su miedo, en su dolor, en su ánimo, en su voluntad, en su resistencia en suma, antes o después, porque antes o después llega el abatimiento, el sobrecogimiento, el dolor y el final de la oposición; con lo que no puede perderse de vista pues, que cada sujeto pasivo responderá de distintas maneras y en distinta intensidad al ataque no menos vil porque sea más calculado o disimulado, y frente al que no tiene razón ofrecer una determinada resistencia; en tanto que lo verdaderamente definidor de la infracción es la actitud violenta, agresiva, amenazante e indiscutiblemente criminal del agresor, ante lo cual poco le cabe hacer al sujeto pasivo como no sea encontrar todavía un mal mayor al poner en peligro su integridad o la vida misma. Es por ello, entonces, que debe escudriñarse en consentimientos más íntimos de la naturaleza humana para, en juicio de valor, conocer la situación anímica de la víctima; pues el binomio "coacción y oposición" no guarda siempre los mismos parámetros, al ser evidentemente diverso el poder de resistencia⁶⁶.

Centrándonos en un análisis más detallado de los mencionados requisitos, cabe señalar:

⁶⁵ A pesar de que la descripción utilizada se refiere a una situación de abusos contra la libre determinación sexual, resulta perfectamente compatible con lo que deseamos poner de manifiesto, en la Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio. Asimismo, es particularmente esclarecedora de los términos en que antes me he expresado, la Sentencia 14/2001. Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio, donde se describe sobreeogedoramente la situación de una víctima, a quien el agresor, su propio marido, provocó un grave trastorno de estrés postraumático, y un hondo desequilibrio emocional, a través de inhibirle, como coartada de sí mismo, un "estado de autoculpabilidad" a causa del sojuzgamiento moral y físico a que la sometió durante muchos años, hasta el punto de que la víctima, quizás llevada por la necesidad de soportar tanto sufrimiento, minimizaba los hechos ante ella misma y ante los demás; y sin resultar extraño que soportara tanto tiempo tal cantidad de abominables vejaciones, inmersa como estaba en una tan brutal situación de prepotencia y agresión, si se tiene en cuenta el estado de terror en que la tenía sumida el procesado, quien la había convertido en una piltrafa humana siempre a merced de sus inhumanos designios.

(Debe advertirse, respecto de los adjetivos utilizados para comentar la situación descrita en la sentencia, que son los empleados por el propio Tribunal que la dictó).

También se reconoce expresamente en la Sentencia 568/2000, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de octubre, que a causa del tenor, baja autoestima, angustia, recuerdo de episodios anteriores de violencia, etc., la víctima en su testimonio minimizaba la importancia de las agresiones.

⁶⁶ Sentencia 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero, que ofrece, a mi juicio, una elocuente descripción de tan dramática situación, reiterada y en mayor grado descrita en la posterior Sentencia 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio. En el mismo sentido, Sentencia 46/2000, Audiencia Provincia de Alicante, 3 de febrero.

A) La vinculación estable entre agresores y víctimas derivada del matrimonio o relación de análoga afectividad, se precisa, actualmente con independencia de que el lazo convivencia; cese o se extinga, pues el legislador solamente requiere que el sujeto pasivo sea o haya sido persona que esté o haya estado ligada al sujeto activo de forma estable por análoga relación de afectividad⁶⁷, normalmente mediando convivencia, aun cuando el tipo también se constituye cuando hubiere desaparecido la estabilidad relacional al tiempo de producirse la agresión; o incluso la convivencia no siempre fuera estable o continuada, por residir en ciertos períodos de tiempo, uno de los miembros de la pareja en otro domicilio, e incluso fuera del lugar geográfico donde habitualmente conviven; o hubiere cesado completamente esta convivencia⁶⁸.

Con referencia a la relación de noviazgo, algunas sentencias manifiestan el sentir de un sector jurisprudencial opuesto a incluirla en el ámbito de este artículo, por entender que falta el requisito de la convivencia "more uxorio"⁶⁹; opinión que no comparto, por cuanto lo verdaderamente requerido en el tipo penal es, a mi entender, la analogía con una relación de afectividad, no la analogía con una relación de convivencia, aunque a través de esta, y como una prueba importante, pueda deducirse en el sentido solamente necesario para integrar el tipo, la afectividad entre personas que estén o hayan estado ligadas de forma estable; y ello por cuanto comprobar la afectividad como tal, aparte de su dificultad intrínseca, supone adentrarse en unos ámbitos de intimidad personal a los que el Derecho ni puede acceder ni tampoco necesita hacerlo, pues se basta como hemos dicho, a efectos de prueba, con el requisito de estabilidad en la relación, fácilmente demostrable a través de una cierta convivencia; pero incluso sin ella, lo reitero, se pueden seguir presentando las exigencias típicas de una relación estable y de afectividad en el noviazgo, aun cuando no hubiera convivencia "more uxorio", por lo que entiendo que tal clase de relación personal es subsumible en el artículo 153.

En cualquier caso, y para sancionar el ejercicio reiterado de violencia en estas relaciones, siempre cabe la solución del concurso real de delitos que contemplen los resultados producidos, con la agravante analógica de parentesco, o concurso real de faltas, o entre ambos. Pero, a mi parecer, el artículo 1.53 es adecuado a tal supuesto, y constituye la mejor solución.

Con referencia a quienes pueden ostentar la posibilidad de ser sujetos pasivos, y al margen de lo ya manifestado sobre esta cuestión, hay varias cuestiones que parece necesario comentar:

a) En primer lugar, considero que deben individualizarse los sujetos afectados por la violencia; por lo que al estimarse, consecuentemente, tantos sujetos pasivos como víctimas haya causado el maltratador, y al contrario de lo que actualmente hacen los Tribunales, deben producirse tantas infracciones del artículo 153 (siempre que se den los demás requisitos, naturalmente) como víctimas haya, en concurso real⁷⁰ (por cuanto

⁶⁷ Por todas Sentencia 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril.

⁶⁸ 68 Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero.

⁶⁹ Entienden que bajo el artículo 153 no debe incluirse el noviazgo, las Sentencias 204/1998, Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio; 653/1999, Audiencia Provincial de Asturias, 25 de noviembre.

⁷⁰ En este sentido, la Sentencia s/n/1998, Audiencia Provincial de las Palmas. S de diciembre, que condenó por dos delitos de maltrato cometidos sobre (los sujetos pasivos distintos; OLMEDO CARDENETE, Cit., pp. 100-101.

no es posible maltratar a diferentes personas con la misma acción). Consecuentemente también, deberían estimarse tantos delitos producidos como afectados por la violencia se sucedan. Lo cual supone, como se advierte, un entendimiento completamente opuesto al efectuado normalmente por los órganos judiciales y la Jurisprudencia, hasta la fecha, en cuanto que lo hasta ahora sancionado es el ejercicio de la violencia, con independencia de cuantos sujetos pasivos han sido maltratados, pues sean uno o varios, a todos se les engloba bajo la misma conducta, y solamente se sanciona al agresor por una sola infracción del artículo 153; viniendo esto a carecer de sentido, tanto jurídico-penal como político-criminal, pues partiendo de que por su naturaleza no se trata de un tipo penal que requiera para su configuración una pluralidad de afectados, sino que basta con uno solamente, en realidad con esta técnica se está beneficiando incomprensiblemente al agresor, a quien le puede resultar, a efectos penales, y sobre todo de cuantificación y cualificación de las sanciones, casi igual o totalmente igual, según los casos, maltratar a una o a varias víctimas, sin tomar en cuenta, el mayor contenido de injusto que su multiplicidad representa; y al mismo tiempo supone reducirlas a, una mera globalidad, que en los supuesto de violencia intrafamiliar, a mi juicio equivale a "cosificar" a las víctimas, en aras de una sanción unitaria, que ignora su identidad personal, es decir su propia sustantividad como personas individualmente diferenciadas.

Solamente, a mi parecer, resulta adecuado sancionar globalmente la violencia ejercida sobre varios sujetos, en un supuesto muy concreto y delimitado, y es cuando se ejerce, en un tracto temporal no muy extenso, (basta un solo día o varios), y no más de dos veces (basta solamente con una vez) sobre cada uno de los afectados; pues en este contexto global, sí cabría apreciar un solo delito del 153, en cuanto que el ejercicio de violencia sobre esos diferentes miembros de la familia, que de otro modo carecería de entidad delictiva suficiente para integrar el tipo del artículo 153 si fuese aisladamente considerada sobre cada uno de ellos, sirve en cambio para constituir en esa situación tan determinada, el requisito de habitualidad en el maltrato, al apreciarse conjuntamente todas las violencias ejercidas sobre las diferentes víctimas. Esto es lo pretendido realmente por la norma, cuando en su última modificación habla de posibilitar el reconocimiento de la habitualidad ejercida "sobre la misma o diferentes víctimas", tratando con ello de agilizar el reconocimiento de sus elementos típicos y posibilitar una sanción más acorde con las exigencias de prevención especial y general; pero de ninguna manera puede entenderse que, por contra, trata de favorecer al reo, minimizando la importancia de ejercer agresiones contra una pluralidad de sujetos pasivos, sancionándolo igual que si la ejerciera solamente contra uno de ellos.

Consecuentemente, si resultaran acreditados dos o más actos de violencia sobre cada víctima, y por tanto se completara la habitualidad en cada uno de ellas, deberán apreciarse tantos delitos como personas afectadas haya.

b) En cuanto a quien puede ostentar la cualidad de sujeto pasivo y de perjudicado, entiendo que obviamente las víctimas directamente afectadas por el maltrato, tendrán la doble condición de sujeto pasivo y de perjudicado; pero serán también perjudicados, las víctimas de la violencia indirecta, por ejemplo los hijos familiares de una mujer maltratada, aunque ellos mismos no lo sean, si conocen y sobre todo presencian, el maltrato físico de ésta, o si conoce o perciben el maltrato psicológico de la misma, ante el dolor e incluso el temor que inevitablemente les afectará por causa de la principal víctima, y por cuanto, como es sabido, percibir o presenciar el ejercicio de brutalidad de un agresor, es una de las situaciones más denigrantes y angustiosas que

puede vivir un ser humano, y de lo que raramente no quedará traumatizado en su vida y en sus relaciones con otras personas. Y sobre todo, tratándose de víctimas que son a la vez hijos del agresor, por cuanto, como la propia Jurisprudencia reconoce acertadamente, la violencia condiciona gravemente su formación, y aleja las relaciones que deben existir entre padres e hijos, basadas en el afecto y respeto mutuo, y no en el miedo⁷¹.

Los pupilos, o personas asimilados a estos, es decir, niños u otras personas dejados a cargo de alguien, a quien se confía su protección, voluntariamente asumida, para que se les atienda en sus necesidades, con o sin contraprestación económica, también pueden ser sujetos pasivos de este artículo⁷²; y entiendo que asimismo podrán considerarse como perjudicados, no solamente en supuestos de violencia directamente ejercida sobre ellos, sino también como víctimas indirectas, cuando la presenciaren o percibieren reiteradamente, en cuanto que, tratándose de menores o jóvenes la contemplación o percepción de la violencia física o psíquica, incide negativamente en su formación y en su desarrollo emocional, e incluso físico; y en el caso de otras personas ya formadas, como pueden ser por ejemplo, ancianos o personas con necesidades especiales, al igual que en los casos anteriores, la percepción ó contemplación de malos tratos habituales, daña su sensibilidad, y les causa también sufrimientos psíquicos e incluso físicos, que pueden reportarles, como a los anteriores, trastornos y enfermedades somáticas o psíquicas.

c) Con referencia a la relación de sujetos pasivos que señala el Código, resulta especialmente llamativo que no se haga mención de los hermanos⁷³, por cuanto se habla de ascendientes, descendientes, incapaces o personas sometidas a determinadas condiciones legales de cuidado. Sin embargo, entiendo que los hermanos del agresor o de la pareja (así como tíos o primos) también pueden ser convivientes, sin tratarse de menores ni incapaces ni estar sometidos a esas condiciones especiales de cuidado o guarda; y que el silencio del Código sobre ellos, al igual que sucedió en una anterior etapa legislativa con los aseens lentes, se debe a que el legislador olvidó incluirlos en el artículo 153, ero, a diferencia de los ascendientes, no ha subsanado todavía el olvido.

Para solucionar entonces la hipótesis dé un reiterado ejercicio de violencia contra los citadas personas, estimo que es aplicable al maltratador los delitos o faltas referentes a la violencia ejercida (y si procediera, con la agravante de superioridad o la de parentesco, en algunos casos); y por supuesto, solicitar al legislador que, a la mayor brevedad subsane la laguna creada por el olvido legislativo, acogéndolos en la relación de sujetos pasivos contemplada en el artículo 153, p mejor aún, retirando la lista, y haciendo hincapié solamente en la necesidad de convivencia o de análoga relación de afectividad, pretéritas o actuales; a menos, naturalmente, que se considere la posibilidad de no tratarse de un olvido del legislador, sino que voluntariamente les excluye del ámbito del artículo; pero no creo que sea éste el criterio, por cuanto se hallan incluidas personas que no tienen estrictos vínculos familiares, como son los pupilos. Lo que sucede, en mi opinión también, es que algunos legisladores son especialmente sensibles

⁷¹ Sentencia 32/1998. Audiencia Provincial de Córdoba. 9 de mazo.

⁷² Vid. al respecto las Sentencias s/n/1998. Audiencia Provincial de Las Patinas. 5 de diciembre; 118/2000, Audiencia Provincial tic Ávila, 6 de, junio.

⁷³ Se manifiestan también críticamente por la ausencia de su mención en el artículo 153: MARÍN DE ESPINOSA, Cit., p. 270; OLMEDO CARDENETE, p. 55.

a las demandas jurídicas de la sociedad, con importantes repercusiones políticas, y este es un tema de importancia evidente, pero que escapa a tales características.

B) Con respecto al ejercicio de la violencia, que constituye a efectos de este tipo penal, una especial vivencia presente en la relación entre las partes del conflicto, pero no necesariamente grave⁷⁴ cabe decir que si obviamente la interpretación del contenido de ambas clases de violencia, especialmente el de violencia física⁷⁵, en sí no ofrece grandes problemas, ocurre de modo contrario con otros de sus elementos típicos, como es la reiteración, y que veremos más detenidamente al examinar el requisito de habitualidad.

No obstante se analizarán en este apartado dos cuestiones, al ser quizás de las más (o las más) debatidas sobre sus posibilidades para integrar esta tipicidad, sin perjuicio de remitirnos a lo ya dicho anteriormente o anticipar algo sobre lo que volveremos, cuando así se requiera; pues la relación entre el segundo y tercer requisito es estrechísima, y casi no puede hablarse de uno, sin tener en cuenta el otro:

a) Examinaremos en primer lugar las diferencias de criterio jurisprudencial sobre el número de actos violentos necesarios para integrar el tipo⁷⁶:

- Al respecto, un sector ha entendido, con el apoyo de la aplicación analógica del artículo 94 del Código Penal, que tales exigencias típicas se satisfacen a partir de la tercera acción violenta⁷⁷.
- Otras opiniones, de talante más progresista, prescindiendo del automatismo numérico anterior, aun cuando no se niegue en ellas que el número de tres agresiones pueda constituir una referencia apreciable para algunos supuestos, consideran en mayor grado relevante la permanencia del maltrato en la relación entre agresor y víctima, radicando en esta permanencia consecuentemente el también mayor desvalor que justifica su tipificación autónoma, ante la presencia de una gravedad superior que la resultante sólo de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual⁷⁸.

⁷⁴ Por todas, Sentencia 39/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 7 de septiembre.

⁷⁵ Resulta destacable -si bien no es la única que, a pesar de la fecha de su emisión, incide en el mismo error, como ocurre, entre otras en las Sentencias 13/2000, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo, s/n/2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de julio; 47/2000, Audiencia Provincial de la Coruña, 20 de marzo- la Sentencia 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo, por cuanto sin tener en cuenta lo superado de su contenido, en abierta contradicción además por lo requerido en el Código Penal sobre el artículo 153, ya en ese momento, entiende que la violencia ha de ser física.

En mi opinión, esta es una de las más discutibles sentencias sobre el tema, al suponer una vuelta atrás en muchos aspectos que estaban completamente superados, al par que refleja una benignidad general excesiva con el maltrato; aun cuando no pongo en duda que en modo alguno constituía esto la intención del Tribunal.

⁷⁶ Vid. un resumen de las diversas opiniones sobre el tema, en la Sentencia 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio.

⁷⁷ Así, entre otras, Sentencias 39/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 7 de septiembre; 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo; 53/1998, Audiencia Provincial de Baleares, 27 de marzo; 204/1998, Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio; 283/1998, Audiencia Provincial de Tarragona, 26 de mayo; 519/1999, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de mayo; 653/1999, Audiencia Provincial de Asturias, 25 de noviembre; 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo; 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero.

⁷⁸ Así, la Sentencia 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio, que por ello, entendió correctamente en un caso de solamente dos importantes agresiones ejercidas, y a diferencia de la anteriormente citada sobre el mismo tema Sentencia 8 /2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo, que estas no podían entenderse simplemente como fruto de dos acciones individuales surgidas aisladamente en el tiempo, sino que ambas manifestaban la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanentemente

En este sentido, se ha señalado por el sector jurisprudencia) afín al parecer antes mencionado, que no basta con la mera repetición de actos de violencia ni resulta decisivo su número, sino que tal dato objetivo y cuantitativo debe complementarse con otras exigencias adicionales como es esa inclinación o tendencia a la repetición de actos y que, presente en la "ratio legis" del precepto, es en lo que radica el peligro para los bienes jurídicos tutelados, correspondiendo su valoración, como un dato fáctico más, a la categoría de lo injusto⁷⁹.

b) Como segunda cuestión, me parece importante comentar aquí de nuevo el entendimiento por parte de un sector jurisprudencial, de que la violencia ha de ejercerse sistemáticamente, queriendo decir con ello, como se vio anteriormente, que constituya la forma usual y permanente, de comportarse el agresor con sus víctimas, produciéndose así una situación de tensión constante en sus relaciones.

Personalmente, considero que puede ser (y ya es) tan importante la ambigüedad de lo "sistemático"⁸⁰, y tan riguroso el entendimiento anteriormente citado, que de continuar utilizándose como calificación y cualificación de la violencia, es de tener en cuenta, no solamente la confusión y desigualdad de interpretaciones que por fuerza originará (y ha originado ya)⁸¹; sino también el hecho de que si se requiere de una

ejercida por el acusado. Más de dos agresiones, pero al menos no más de tres, reclama la Sentencia 118/2000, Audiencia Provincial de Ávila, 6 de junio.

Tampoco comparte la fijación de un plano numérico determinarlo: Marín de Espinosa, cit., pp. 230.

⁷⁹ Así, la Sentencia 69/2001, Audiencia Provincial de Valencia, 7 de marzo.

Al respecto, y aun cuando no se manifiesta explícitamente en tal sentido, considero incardinable la Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo, por cuanto acertadamente, a mi parecer, ante un ejercicio de violencia, de intensidad variada, datado en su primera manifestación en abril de 1996, y posteriormente, en agosto de 1996, en los días 19, 20, y 21, estimó como responsable a su autor de un delito del artículo 153 y de una falta de lesiones.

⁸⁰ Por ello entiendo, aunque me disguste esta solución, que hasta resultaría más comprensible, y también más acorde con el principio de legalidad, desde su perspectiva de taxatividad y certeza suficientes en la interpretación y aplicación de los tipos, la exigencia cuantificada de tres agresiones, que al menos tiene un carácter más definitorio y objetivo, frente al tan aleatorio de la "sistematicidad", entendido en un tan riguroso sentido de permanencia y constancia en el maltrato.

⁸¹ Como ejemplo entre varios entendimientos absolutamente dispares, puede citarse la Sentencia 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 1 de mayo, en la cual el agresor maltrató a la esposa durante cierto tiempo, lo que acabó produciendo a ésta depresiones reactivas y crisis de angustia, además de requerir un cierto tiempo de curación de las secuelas físicas del maltrato, siendo condenado en noviembre de 1998, con anterioridad a la emisión de la sentencia, por dos faltas de malos tratos, considerando dicha sentencia que no había permanencia o semipermanencia en las agresiones, y desestimando el artículo 153; frente a la Sentencia 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio, que admitió este requisito con dos agresiones, y la Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero, en la que un hecho de violencia física acaecido en 1996, y el segundo y último en 1998, se interpretó como habitualidad en el sentido del artículo 153; pero en sentido opuesto a éste, la Sentencia s/n 2000, Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó la habitualidad, y absolvió al procesado, porque a juicio del Tribunal, aun cuando existía ciertamente una repetición de actos violentos, éstos no eran reveladores de habitualidad, al no existir proximidad cronológica, por haber transcurrido entre los primeros y los segundos seis años y tres meses, al estar fechados los primeros actos de violencia en 1992, y los siguientes en junio de 1998; y estando el restante fechado también en 1998, en septiembre, aunque no pudo negarse la proximidad, se rechazó la habitualidad, porque ya había sido condenado por este último.

Críticamente también sobre la inseguridad jurídica que genera el término, Cortés Bechiarrelli, cit., proponiendo además su desaparición, en pp. 64 y ss.; así como el desmedido arbitrio judicial en la interpretación de todo el artículo en general, pp. 81 y 105.

manera demasiado categórica en el sentido antes apuntado, puede producir absoluciones, que en estos casos solo pueden ser tenidas, en general, como indeseables⁸².

En cuanto a las formas de violencia, la psíquica resulta ser la más difícil de determinar en su contenido y alcance⁸³, y aquella que presenta mayores dificultades para su análisis.

Al respecto, y dejando aparte el hecho de que toda violencia física conlleva una cierta violencia psicológica⁸⁴, para fundamentar algunas de las reflexiones que proponemos para erradicarla, debe recordarse que la violencia psíquica forma parte en mayor grado si cabe que la física, del atentado contra el necesario bienestar y equilibrio de la persona, y asimismo guarda una relación especial con la dignidad de ésta⁸⁵.

Por ello, en los supuestos en que coincide el ejercicio de violencia física y violencia psíquica contra la misma víctima, habrá de valorarse y determinar no solamente la importancia de esta última, sino también por cuanto creo que si la violencia psíquica no reviste una cierta transcendencia podrá estimarse incluida en el mismo contexto de las ejercidas físicamente, y por tanto en una sola norma, el artículo 153, sobre todo si se necesitara a ambas en un concreto supuesto para constituir la necesaria habitualidad; pero cuando -apreciada la habitualidad por otras vías, como por ejemplo el ejercicio reiterado de violencia física- se considere por los Tribunales (que no deberían ser tampoco en esta valoración innecesariamente benévolo con los agresores, en perjuicio claro de sus víctimas, por cuanto lo conveniente es no tanto beneficiar al agresor sino hacer justicia a sus víctimas) que la violencia psíquica presenta una especial entidad y causación diferenciada temporalmente, debería esti-

⁸² Con respecto a otros argumentos que justifiquen mi desacuerdo, me remito a los ya mencionados al hablar de la interpretación de este requisito.

⁸³ En este sentido, la muy interesante Sentencia 568/2000, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de octubre, en la cual se contempla un supuesto de violencias psíquicas, consistentes en graves insultos y amenazas, como integrantes del artículo 153, si bien expresa que pueden suponerla asimismo los meros desprecios y trato desconsiderado (A esto último añado, por mi parte, que cuando el trato es meramente despectivo o desconsiderado, al reiterarse y aplicarse a determinadas personas, acaba siendo considerable como injurioso, con lo cual reviste entidad delictiva, aunque sea mínima). Con esta precisión aclaro que cualquier acto de violencia del artículo 153, psíquica también, debe tener cierta entidad delictiva, aunque sea meramente constitutiva de falta. En el mismo sentido, OLMEDO CARDENETE, cit., pp. 76 y ss.: MARÍN DE ESPINOSA, cit., p. 212, resaltando que este límite mínimo viene requerido por el principio de legalidad.

⁸⁴ En este sentido se expresa también la Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero.

⁸⁵ En este sentido, la Sentencia 568/2000, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de octubre, destacando que la violencia psíquica tiende a lesionar su integridad psíquica, su libertad y seguridad, y su honor, así como el impacto emocional que la violencia psíquica produce en la víctima, tal cual es su baja autoestima, angustia, tenor, etc.

Al respecto, recuerda la Jurisprudencia, que al ser ambas formas de violencia, cono ocurre con la "vis physica", también se propicia el doblegamiento de la voluntad con la denominada "vis moralis" o intimidación, entendida esta como inminencia de un tila; lo suficientemente importante como para generar terror, aflicción, desconcierto o incertidumbre. Por ello, tanto la fuerza como la intimidación han de ser eficaces para paralizar o inhibir la "resistencia". bien entendido que ni la fuerza tiene que ser irresistible ni la intimidación referirse a males supremos irreparables, según las Sentencias 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero, que fue reiterada en la posterior 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio. Vid también en este sentido, la Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero. En ellas, a pesar de que las descripciones citadas van referida a una situación de abusos contra la indemnidad sexual, como puede observarse resultan compatibles con cualquier otra circunstancia de fuerza o agresión psíquica, como es la contemplada en el artículo 153. En este sentido también, vid por todos: Marín de Espinosa, cit., 203 y SS., OLMEDO CARDENETE.

marse la opción hasta ahora no contemplada en la Jurisprudencia -y partiendo siempre de enjuiciar la violencia psíquica de manera diversa de la física, y asimismo siempre, como se ha dicho, que haya pluralidad de acciones cometidas en tratos temporales diferenciados- consistente dicha opción en apreciar un concurso real de tantos delitos relativos a las dos alternativas comisivas del artículo 153, como acciones realizadas haya; puesto que además no procede el concurso ideal, al no poderse realizar al mismo tiempo los distintos actos de violencia física y psíquica, ni entender que, salvo casos especialísimos, uno es medio para cometer el otro.

Si por el contrario, hubiera unidad de acción con respecto a las violencias tanto físicas como psíquicas, al no estar diferenciadas temporalmente de manera apreciable en su ejercicio, solamente podrá apreciarse un único delito, relativo al artículo 153, para ambas clases de agresiones.

Ello al margen, naturalmente, de otros concursos de delitos relativos a conductas agresivas, si bien diferenciadas del entorno estricto del artículo 153, como puedan ser lesiones, intentos de homicidio, etc., que con tanta frecuencia se producen, y se admiten diferenciadamente por los Tribunales, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo comentado.

Por tanto y en definitiva, lo que proponemos es que se produzca una valoración diferente para ambas clases de violencia, cuando revistan la posibilidad temporal y la suficiente importancia para estimarse separadamente⁸⁶.

Entiendo también que resulta de particular interés el análisis de la actitud de los Tribunales en cuanto al reconocimiento y valoración de esta forma de violencia. A este respecto pueden diferenciarse dos actitudes, si bien su demarcación no siempre debe entenderse en un sentido estricto:

a) Actitudes positivas.

Como tales entiendo que deben estimarse aquellas valoraciones que la reconocen como tal y la diferencian claramente de la física, para componer el delito del 153, o del que en su momento se viera como adecuado⁸⁷.

⁸⁶ Así debería haberse procedido, por ejemplo, en cuanto existían dos clases de violencia claramente diferenciadas, ejercidas contra las víctimas, en la Sentencia 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero. que fue reiterada en la posterior 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio.

⁸⁷ En este sentido, se calificaron como violencia psíquica las siguientes conductas: Sentencia 568/2000, Audiencia de Sevilla, 23 de octubre, modélica, que contempla un supuesto de violencias, únicamente de carácter psíquico, como constitutivas del artículo 153, consistentes en insultos, amenazas y vejaciones de carácter psicológico.

Sentencia 9/1999, 12 de febrero, con el mismo supuesto y solución reiterada en la posterior Sentencia 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio: intimidar a las víctimas, mediante amenazas, insultos, y vejaciones de todas clases, hasta dejarlas en un estado de práctica destrucción, reduciéndolas el agresor, marido y padre de las víctimas, a una situación inhumana, a causa de las abominables torturas físicas y psíquicas a los que sometió durante años a su esposa e hijos (Los calificativos empleados provienen de las mismas sentencias); insultar a las víctimas, amenazarlas de muerte, y esgrimir contra ellas una carabina de aire comprimido, efectuando varios disparos contra las paredes y enseres de la casa, en la Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio; insultar a la víctima llamándola "puta", maltratarla verbalmente con toda clase de insultos y amenazarla de muerte, en la Sentencia 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril.

También se admitió, aunque-no como parte integrante del delito del artículo 153, sino de lesiones, el agredir con una navaja de 8 cm y medio de hoja, y tras sujetar a su víctima y esposa por el brazo efectuar

b) Actitudes no positivas.

Considero como tales, la falta de sanción de agresiones psicológicas importantes, o su sanción inadecuada, por ejemplo al imponerse con un contenido innecesariamente más liviano; siendo así que esta clase de violencia merece al menos el mismo reconocimiento y sanción que la física, en cuanto que aun sin dejar huellas apreciables en la víctima, no resulta menor su transcendencia sobre ella, pues la habitualidad en el menosprecio, y la constante lesión de la autoestima, inducen en la víctima un sufrimiento igual o mayor que la física⁸⁸.

Y en base a lo manifestado sobre la nefasta incidencia de la violencia psicológica sobre la personalidad de la víctima, parece adecuado tomar en consideración al fijar la responsabilidad civil, que el daño moral inflingido, a decir de la Jurisprudencia, acoge también el sentimiento ante su dignidad menospreciada, por lo que al decidirse el "quantum" económico reparador, el Tribunal ha de tener en cuenta siempre la aflicción y el dolor padecidos, y por tanto, su angustia y sufrimiento⁸⁹.

Una de las principales dificultades que presenta esta clase de violencia, es obviamente, su prueba, por cuanto las huellas del maltrato psicológico son generalmente difíciles de comprobar, salvo que resulten obvias por presentar cuadros clínicos, o la necesidad de tratamientos psicológicos o psiquiátricos, apreciables. De ahí la importancia que para los agredidos tiene o debería tener el recurrir a determinadas vías, con la finalidad de hacer partícipe a la sociedad y al ordenamiento jurídico de sus problemas, a fin de poder facilitar su posterior apreciación, y que no quede en el silencio su conflicto y en el anonimato su condición de víctima, así como la de su agresor.

Para ello pueden diferenciarse varias posibilidades de orden jurídico-procesal, también adecuadas para probar la violencia física⁹⁰:

un ademán agresivo, dirigiéndola contra su pecho, resultando ésta herida al poner su mano frente al arma, si bien no de manera grave, aunque a consecuencia de la agresión la víctima sufrió una crisis (lo pánico. con síntomas depresivos, que precisó tratamiento psicológico y tratamiento médico con antidepresivos y ansiolíticos, en la Sentencia 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo.

⁸⁸ En este sentido puede estimarse el que expresiones altamente injuriosas contra las víctimas, como decirle "puta", "cerda", "que no vales nada", en la Sentencia 301/1999, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 9 de diciembre; o que "venía de putear" y "de estar con hombres", en la Sentencia 519/1999, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de mayo; llamarla "puta", "zorra" y "asquerosa", en la Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio; y en la Sentencia 69/2001, Audiencia Provincial de Valencia, 7 de marzo, decirle "tonta", "mierda" y "puta"; no se castigaran de acuerdo a su importancia.

Igualmente creo desacertado, que tras reconocerse en la Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona. 26 de enero, que el agresor había creado un "clima de terror" con el cual sometía a los miembros de la familia, así como dispensarles un trato humillante, con insultos y constantes menosprecios, provocándoles sentimientos tan negativos en su autoestima, que en el caso concreto de una de las hijas de la conviviente determinó un trastorno psiquiátrico y psicológico, precisando tratamiento especializado; debía haberse valorado en ella diferenciadamente la violencia psíquica reiterada, como relativa al artículo 173, y la violencia física reiterada, que también la hubo, como constitutiva del artículo 153, según se hizo más atinadamente, en la sentencia de instancia; pero en cambio el Tribunal de apelación no lo entendió así, y se limitó a apreciar un único delito del 153, beneficiando con ello injustamente al agresor.

⁸⁹ En este sentido se expresan las Sentencias 29/2000, Juzgado de lo Penal de Barcelona, 27 de enero; 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero, cuya valoración económica del daño moral sufrido por las víctimas, se reiteró e incrementó en la posterior Sentencia 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio.

⁹⁰ Se menciona una variedad de ellas en la Sentencia 301/1999, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 9 de diciembre. Vid. también al respecto los artículos 688 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a) El testimonio de la víctima, siempre que, como todos los demás medios de prueba, se lleve a cabo con las debidas garantías, y su credibilidad no se vea empañada por motivos que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas a su respecto en los Tribunales. Ello implica que la prueba de cargo del testigo-víctima exige tres condiciones: ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de móviles de resentimiento o enemistad, capaces de privar al testimonio de la aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda; verosimilitud del testimonio, en cuanto que éste ha de estar corroborado por determinados datos objetivos que le doten de validez probatoria, como puede ser la acreditación documental de las denuncias y los partes de lesiones, lo que conlleva la necesidad de denunciar las agresiones y acudir a los centros de salud para el tratamiento de las lesiones, por insignificantes que sean; y por último, la persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades ni contradicciones⁹¹.

b) El testimonio de los testigos, bien sean éstos directos, porque presencian los hechos, o de referencia, en cuanto que reciben la información de otra fuente, como puede ser la propia víctima⁹².

A este respecto, no cabe duda de la importancia de que la víctima demande ayuda a terceras personas o haga notar claramente la necesidad de ésta, a ser posible en el momento de sufrir las agresiones, o si no fuera posible, lo haga con la mayor inmediatez posterior; o al menos refiera sus problemas de maltrato, e incluso muestre las lesiones físicas sufridas a otras personas, allegadas o no, como' por ejemplo funcionarios policiales, que llegado el caso, puedan testificar creíblemente, sobre el maltrato, y constituyan por ello un medio de prueba.

c) Pruebas indiciarias, también llamadas indirectas o circunstanciales, las cuales, a través de unos hechos plenamente acreditados (indicios), sirven para llegar al conocimiento de la realidad, por medio de un juicio de deducción lógica conforme a las reglas de la experiencia, sobre la base de la forma en que, normalmente, se desarrollan los acontecimientos.

Ya en otra perspectiva, en este apartado dedicado al análisis del ejercicio de violencia intrafamiliar del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, cabe también plantearse si tales conductas deben estimarse realizadas y sancionarse, solamente cuando se llevan a cabo de forma activa, o si cabe estimar y sancionar asimismo, en comisión por omisión, los frecuentes supuestos en que personas tan allegadas a las víctimas, como son sus familiares más directos, y en los casos que seguidamente examinaremos, concretamente las madres, no impiden la violencia ejercida sobre los hijos menores por sus progenitores o el compañero sentimental de turno, e incluso tratan de encubrir al

Resulta especialmente interesante por aducir medios de prueba de la violencia psicológica, la Sentencia 13/2000. Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo, señalando como tales la prueba de los hechos, los testimonios de las víctimas y de los agresores, así como de los funcionarios policiales, y la comprobación por el Juez del impacto psíquico en las víctimas de esta clase de violencia, consistente en manifestaciones de tenor, angustia, baja autoestima, recuerdos de episodios de violencia pasados, etc.

⁹¹ Así, por todas, Sentencia 130/1998, Audiencia Provincial de Jaén, 13 de noviembre, y s/n 2001, Audiencia Provincial de Tarragona, 10 de julio.

⁹² Sentencias 29/2000, Juzgado (lo lo Pena; de Barcelona, 27 de enero: 9/1999. Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero y la posterior 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio.

causante del maltrato, falseando el origen y circunstancias de las huellas físicas dejadas por la violencia, cuando éstas resultan tan evidentes que no cabe disimularlas, y terceras personas se muestran debidamente inquisitivas a su respecto.

Si bien la posibilidad de perpetrar estas conductas del artículo 153 en comisión por omisión, ya fue reconocida por la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, y por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, antes de proceder al examen de la cuestión, conviene recordar que en nuestro país, en el cual los abusos de todo tipo y las agresiones sobre menores no son nada infrecuentes, como no lo es tampoco la resistencia de los órganos judiciales e Instituciones sociales -teóricamente comprometidos con la protección del menor- a castigar con la adecuada severidad a los padres que cometen, por acción u omisión, graves sevicias físicas o psíquicas sobre sus hijos, y a retirar a éstos de su ámbito de dominación, o quitarles la patria potestad definitivamente, en cuanto dichas entidades tengan conocimiento fiable del maltrato ejercido sobre los menores, los Tribunales se muestran divididos sobre la apreciación en estos casos de la responsabilidad del familiar que silencia o encubre el maltrato de otros familiares sobre víctimas tan especialmente vulnerables como son los hijos, sobre todo los de corta edad; división que puede apreciarse en la Jurisprudencia sobre el tema, en tanto que sobre iguales o muy similares supuestos, existe una tan manifiesta disparidad de criterios, que refleja claramente la dificultad de algunos Tribunales para admitir que el silencio y el disimulo, en definitiva la tolerancia, por muy pasiva que sea, hacia el maltrato, especialmente cuando incide en menores, constituye una forma equiparable a la activa, en cuanto que la dejación de las responsabilidades jurídicas que ostentan hacia éstos y que fundamentan en primer término su deber de garante, entre otros efectos jurídicos indeseables, unos ya comentados y otros que iremos poniendo de manifiesto, fomenta su vulnerabilidad, al par que refrenda doblemente la posición de dominio y de agresividad del ejerciente, en un primer plano sobre sí mismo, derivada de a impunidad que le procura el silencio y el encubrimiento de la pareja, y en un segundo plano sobre las personas agredidas, cuyas posibilidades de ser victimizadas aumentan con las conductas mencionadas, y que en caso de materializarse, suponen en segunda instancia una nueva fuente del deber de garante, derivada de su no actuar precedente; por lo que estimo absolutamente recusable el que estas omisiones de atajar y denunciar la situación de violencia contra los menores a su cargo, que no responden únicamente al temor hacia el agresor sino sobre todo y en definitiva a desinterés por la suerte de las indefensas víctimas, se salden con una absolucón o con unas penas tan leves que refuerzan la sensación, quizás todavía demasiado arraigada en nuestro país, de que los hijos son una pertenencia más de los padres; de ahí que sus abusos, activos u omisivos, solamente puedan ser castigados en casos extremos; y a veces ni siquiera.

En sentido opuesto, a la opinión personal que he manifestado, pero que corrobora mis temores, expongo como ejemplo el siguiente supuesto jurisprudencial, que desestimó la autoría en comisión por omisión de una madre que omitió el impedir los malos tratos sobre su hijo casi recién nacido, argumentándose, lo cual por otra parte es cierto, que no puede bastar cualquier deber jurídico específico nacido de la ley, contrato o actuar precedente para que necesariamente se produzca la identidad estructural entre la acción y la omisión, por cuanto se exige también que las conductas sean equivalentes en el sentido del texto de la Ley; equivalencia material, a la que habrá de añadirse la textual o lingüística, para que proceda apreciar la comisión por omisión.

Proyectando las anteriores consideraciones al caso de autos, el Tribunal absolvió a la madre, pues aun reconociendo que la misma ostentaba una posición de garante respecto de su hijo de siete meses de edad cuando se incoaron las diligencias, y que su posición, de garante surgiese o no igualmente de un actuar precedente (supuesto afirmado en la sentencia apelada al razonar el juzgador que al no denunciar la acusada los hechos que ejecutaba la persona a la que estaba unida sentimentalmente de forma estable, e idear falsas historias sobre el origen de los quebrantos corporales del menor, impidiendo así la denuncia de terceros) creó una ocasión de riesgo precedente para el bien jurídicamente protegido respecto de las agresiones posteriores; y entendiendo además resultar discutible el que un miembro de la pareja esté obligado a tomar medidas para que el otro no delinca, por lo cual no puede decirse que quien no denunció las agresiones sufridas por el menor, ejerció habitualmente violencia física sobre éste y le lesionó, en consecuencia, no cabía admitir la no evitación del resultado como equivalente a su causación⁹³.

⁹³ Sentencia 156/1998, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de febrero. Quiero señalar sobre esta resolución que aun cuando no comparto la proyección de sus argumentaciones en la decisión final de absolver a la inculpada, me parece muy interesante por el desarrollo que hace de los criterios jurídicos empleados, si bien entiendo que también pudieron haberse aplicado para inferir una solución distinta. Así, ante la decisión tomada en la sentencia de instancia, de reputar a la apelante como autora por omisión, con base en el artículo 11 del Código Penal, precepto que, dice la resolución a examen, viene a ofrecer cobertura legal a los delitos omisivos equivalentes a su comisión activa, admitiendo así expresamente la posibilidad de que los delitos con estructura de acción y resultado puedan ser cometidos también mediante) la omisión del comportamiento debido; siendo el elemento central de la fórmula del citado artículo, el criterio de la "equivalencia", al exigirse que la no evitación del resultado equivalga a su causación, por cuanto se trata de imputar un resultado típico a una omisión del mismo modo que se imputa dicho resultado a una acción que lo causare, siendo precisamente tal equivalencia o identidad estructural lo que permitirá admitir que un tipo penal pueda realizarse tanto por acción como por omisión. Pero, continúa argumentando la resolución que aquí se examina, a la hora de la delimitación formal del juicio de "equivalencia", el precepto viene a remarcar la insuficiencia de la equivalencia material al exigir que la omisión sea equivalente «según el sentido de la ley». Por tanto, sólo cabrá hablar de comisión por omisión cuándo el verbo típico pueda conjugarse en presencia del hecho omisivo que trata de subsumirse en él; consecuentemente, la aplicación de la comisión por omisión más allá de lo que permite el tenor literal posible del texto de la ley, se halla prohibida en el propio artículo 11, en cuanto que la ley señala una exigencia formal que opera como límite a los criterios de equivalencia asentados, de forma estricta, en criterios de justicia material.

A esto además, se ha añadido un requisito que pretende expresar la necesidad de la posición de garante, al exigirse la infracción de un especial deber jurídico del autor, elemento que sin embargo no se ha configurado como adicional al de la equivalencia de la no evitación y la causación, y sí es englobado por contra dentro del mismo, como claramente se desprende del tenor literal de la norma: «cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga a su causación»; y a dicho requisito se le introdujo otro, con la pretensión de delimitar la fórmula de equivalencia, y que responde a una fundamentación de la comisión por Omisión históricamente superada cual es la relativa a la teoría de las fuentes formales de posición de garante, por cuanto el legislador ha optado por enumerar las fuentes del deber especial refiriéndose, de una parte, a la ley y al contrato, y de otra, al riesgo creado por un actuar precedente.

No obstante, dice también la resolución, es unánime la Doctrina al rechazar que pueda bastar cualquier deber jurídico específico nacido de la ley, contrato o actuar precedente para que necesariamente se dé la identidad estructural entre la acción y la omisión. La expresión «se equiparará» (la omisión a la acción no puede interpretarse en su sentido gramatical estricto, como un mandato de automática equiparación «ex lego» cuando concurren las fuentes formales a que alude, por cuanto sería incongruente con el inciso primero del precepto donde, junto al especial deber jurídico que el segundo concreta, se exige que las conductas sean equivalentes en el sentido del texto de la Ley.

En consonancia con ello, la única interpretación posible del inciso segundo, según sostiene la Doctrina, será aquella conforme a la cual el especial deber jurídico delimitará el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material, a la que habrá de añadirse la textual o lingüística, para que proceda la aplicación del precepto.

De otro parecer en cambio ante un supuesto similar, acertadamente el órgano Judicial pertinente, al comprobar que la madre, obligada por su "posición de garante", y por ello a los deberes de custodia, atención, preservación y guarda que consolidan la indemnidad del bien jurídico correspondiente, tenía constancia de los reiterados malos tratos sobre su hija lactante y no hizo nada efectivo para evitarlos, entendió que en cuanto conocía el peligro concreto y jurídicamente desaprobado, y a pesar de ello obró en la forma pasiva descrita, su decisión equivalió a la ratificación del resultado, condenándola como coautora en comisión por omisión del artículo 153, por cuanto debió evitar causalmente las agresiones, y al no haber procedido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación del maltrato y las lesiones inferidas al menor⁹⁴.

Y proyectando las anteriores consideraciones al caso de autos, para la mencionada resolución resulta forzoso negar significación penal a la conducta de la acusada, pues si bien no hay duda que la misma ostentaba una posición de garante respecto de su hijo de siete meses de edad, posición que emanaba de fuente legal articulada en el artículo 154 del Código Civil; y a ello unido tanto el no denunciar la acusada los hechos que ejecutaba la persona a la que estaba unida sentimentalmente de forma estable, a modo de violencia física proyectable sobre el hijo de ambos, cuanto el idear falsas historias sobre el origen de los quebrantos corporales del menor, impidiendo así la denuncia de terceros; podría entenderse que creó una ocasión de riesgo precedente para el bien jurídicamente protegido respecto de las agresiones posteriores, entendimiento éste, a decir de la resolución, como mínimo discutible siquiera sea porque si doctrinalmente se cuestiona que un miembro de la pareja esté obligado a tomar medidas para que el otro no delinca, no puede ignorarse por otra parte que en los delitos de omisión contemplados en el artículo 450 del Código Penal -precepto que tipifica las conductas de quien pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno no impidiere la comisión de una determinadas clases de delitos-, así como la presencia de la posición de garante de la madre respecto de su hijo menor al estar obligada por ley a velar por él, no será sin embargo suficiente para considerarla autora por omisión de las infracciones penales por las que fue acusada, pues para ello sería preciso, tal como se viene argumentando, que la no evitación del resultado equivaliera a su causación «según el sentido de la Ley», requisito que no puede estimarse concurrente en el supuesto analizado, a decir de la resolución nuevamente, por cuanto ceñida en la instancia la omisión de la acusada a la falta de denuncia por su parte de las acciones que iba ejecutando quien se hallaba unido sentimentalmente a ella de manera estable, no puede decirse que quien no denunció las agresiones sufridas por el menor ejerció habitualmente violencia física sobre éste y le lesionó; y al no ser factible en el caso enjuiciado conjugar los verbos típicos en presencia del hecho omisivo que trata de subsumirse en él, no podrá afirmarse que la no evitación del resultado fue equivalente a su causación. Es por ello, finaliza dicha resolución, que la conducta omisiva de la acusada, ponderada exclusivamente desde el punto de vista jurídico-penal, con abstracción, pues, de valoraciones éticas o morales, no permite reputarla autora de las infracciones penales que se le imputan. Críticamente también sobre la decisión adoptada en la sentencia: OLMEDO CARDENETE. cit.. pp. 70 y ss.

⁹⁴ Sentencia 21/2001, Audiencia Provincia de Cádiz, 17 de mayo. Si bien su coautoría, en realidad se declara por equiparación, en cuanto que la calificación que le otorga el Tribunal es la de cooperadora necesaria, pues se narra en la sentencia, que desde el día en que la lactante abandonó el centro hospitalario y pasó al cuidado exclusivo de ambos progenitores, la menor fue objeto de forma reiterada y prolongada en el tiempo de numerosos actos extremadamente violentos por parte de su padre, con la presencia y pasividad de su madre. Ante ello, como dice la sentencia, no existe inconveniente en admitir coautoría cuando concurren a los maltratados dos sujetos cualificados. Es más, existiendo acuerdo o connivencia, expresa o tácita, podrían sumarse los actos de uno y otro para apreciar la habitualidad, y lo propio sería hablar de un único delito del 153 con dos co-autores, siendo a este respecto un ejemplo posible las violencias ejercidas indistintamente por ambos progenitores sobre el hijo menor; pudiendo darse asimismo la cooperación necesaria por omisión, siempre que el partícipe ostente posición de garante; y por tanto, cuando contribuye con su pasividad a la persistencia de la situación de maltrato, se constituye en uno de los sujetos relacionados en el artículo 153, y será factible la condena por tal precepto siempre que se den todos los requisitos de la participación (en especial, posibilidad de actuar, y anuencia con la conducta del autor principal).

Basándose en argumentaciones prácticamente iguales a las referidas en el texto principal, se condenó como autora en comisión por omisión del delito de maltrato del artículo 153, así como de la tentativa de homicidio y dos faltas de lesiones, en la Sentencia 13/2000, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de

A mayor abundamiento sobre nuestro parecer favorable a la incriminación en comisión por omisión de determinadas conductas pasivas frente al maltrato, en un contexto no estrictamente familiar, sino de niños dejados a cargo de otras personas, se admitió la comisión por omisión, en cuanto que, como razonó la sentencia, hallándose los acusados al cuidado de los menores, obligación voluntariamente asumida, se encontraban en posición de garantes frente, a la violencia desarrollada dentro del ámbito familiar; y puesto que las conductas violentas con su conocimiento se estuvieron consintiendo, cabe apreciar la comisión por omisión, dada la obligación legal de quien asume la guarda y cuidado de un menor, de proteger su integridad, y más aún dentro de la morada familiar⁹⁵.

A pesar de haber puesto de manifiesto la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre una cuestión de tanta frecuencia comisiva, como importante por la transcendencia que reviste, por lo que sería particularmente necesario contar con un criterio unificado en lo posible, todavía resulta en mayor grado patente la división en la Jurisprudencia sobre el tema, analizando las diferentes resoluciones pronunciadas sobre un mismo supuesto, cuyo comentario haremos a continuación, y que reviste un gran interés como exponente de la señalada diversidad de opiniones, traducidas en dos soluciones distintas:

- Una en que se desestimó la comisión por omisión, a mi juicio equivocadamente, alegando el Tribunal falta de pruebas para poder considerar a la madre como autora por omisión, a causa de su colaboración pasiva en el maltrato; desestimando incluso la petición del Ministerio Fiscal de considerar a ambos progenitores como autores. Todo ello en un contexto de reiteradas y graves agresiones contra un niño de cinco meses, que la madre bien conocía; aduciendo el Tribunal, para justificar la sorprendente absolución de ésta, que "la madre había alegado el no poder imaginar que su marido pudiera agredir a su propio hijo, un bebé de escasos meses" (a pesar de habérselo dicho el pediatra, que incluso denunció los hechos, y la evidencia del maltrato con solo mirar al niño, como también se reconoce en la sentencia); pero que aun cuando conociera el maltrato del padre sobre el niño, estaría exenta de pena por encubrirle, en virtud del artículo 454, al tratarse de su cónyuge⁹⁶.

Absolución que, ya he dicho, me parece completamente desacertada no solamente por la inconsistencia del alegato de ignorancia hecho por la madre, sino también por cuanto

mayo, a una madre que conocía y asumía, siéndole indiferentes los graves maltratos contra su hija casi recién nacida propinados por su compañero sentimental, no haciendo nada por impedir su desarrollo y reiteración, así como la malnutrición y falta de higiene que la menor sufría; todo lo cual consintió con su actitud pasiva, y sin alejar a la menor de la situación de riesgo constante, en la cual la mantenía precisamente por su omisión, en la Sentencia; sin que la situación de desamparo y marginalidad en que había vivido y vivía, se apreciara en dicha sentencia como limitadora del conocimiento de tales situaciones para cualquier madre con respecto a sus hijos, en términos generales, ni en particular de ésta, por ser una mujer mentalmente sana; generando tal conocimiento, o al menos sospecha de él, el deber de actuar, a pesar de su difícil situación existencial.

Fue sancionada también la conducta pasiva de la madre de un menor, pero no como autora en comisión por omisión de los daños y del maltrato sufridos por el hijo menor, sino como constitutiva de un delito de omisión propia, al considerarla autora de una omisión de impedir delitos o promover su persecución (artículo 450, V), en la Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo.

⁹⁵ Sentencia 118/2000, Audiencia Provincial de Ávila, 6 de junio; s/n/1998, Audiencia Provincial de las Patinas, 5 de diciembre.

⁹⁶ Sentencia 14/1999, Audiencia Provincial de Castellón, 23 de febrero. En el mismo sentido crítico se manifiesta OLMEDO CARDENETE, cit., pp. 67-68.

aquí estamos en un supuesto de garantía y por ello de obligación de evitar maltratos a un hijo indefenso, cuyo ejercicio no requiere denunciar al agresor, cuando es eso lo que desalienta su cumplimiento, y trata de evitarse por los omitentes; pues el impedir el ejercicio de violencia contra cualquier víctima, no comporta obligadamente la necesidad de denunciar al violento, sino que consiste simplemente en sustraer a las víctimas de su ámbito de violencia y dominio, y en todo caso pedir ayuda a las instituciones adecuadas, para la protección de éstas⁹⁷; aun cuando ante situaciones como la descrita o similares, debería resultar preferible para cualquier persona, denunciar a los maltratadores de sus hijos, antes que permitir el maltrato, que no solamente denigra al autor material, sino también, y en la misma proporción, a quienes lo toleran y encubren (tanto más si es la madre de las víctimas).

En cualquier caso, esta sentencia tan benigna, fue objeto de un recurso que prosperó, reconociéndose la autoría omisiva de la madre, como veremos a continuación.

- De diferente índole fue, por tanto, la otra solución, en que con mayor acierto, se apreció plenamente la responsabilidad de esta misma madre; alegando el Tribunal, en unos considerandos completamente opuestos a los anteriores, y aduciendo en defensa de su tesis inculpatoria para la madre, que comparto plenamente, un interesante resumen de argumentos ofrecidos en sentencias anteriores sobre iguales o similares casos, y que asimismo comparto.

Al respecto señala la Sentencia, la existencia de elementos suficientes para deducir la participación de la madre como autora en comisión por omisión, en relación con el artículo 153, dada su posición de garante, y habida cuenta de además de su conocimiento de los malos tratos reiterados inflingidos por su marido y padre del menor; y sin embargo no evitar su continuación, denunciando los hechos o materialmente apartando al niño, para protegerle de la presencia de su padre, impetrando el auxilio judicial preciso en tal sentido. Al no haber procedido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación del delito de maltrato en el ámbito familiar, así como de las lesiones sufridas por la víctima⁹⁸.

⁹⁷ De esta opinión se muestra la Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo.

⁹⁸ Sentencia 1161/2000, Tribunal Supremo, 26 de junio. En el mismo sentido se manifiesta también la Sentencia 21/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 17 de mayo.

Al respecto señala la sentencia, para sancionar a la madre como autora en comisión por omisión, del artículo 153 y de las lesiones inferidas al hijo menor, la existencia de elementos suficientes en el «factum» de la sentencia antecitada, dada su posición de garante, y habida cuenta del conocimiento que debe atribuírsele de los malos tratos reitera

dos inflingidos por su marido y padre del menor; pues aun cuando en el relato de hechos probados se incluyó por el Tribunal "a quo" la frase «no consta que la inculpada participase en las agresiones al niño, ni activa ni pasivamente», también lo es que dicho aserto, primero, no es un hecho sino una inferencia, al menos en lo referente a la falta de participación «pasiva», que parece excluir su autoría omisiva, máxime - y esto se expone en segundo lugar- porque existen elementos en los hechos probados que demuestran la existencia de tal participación omisiva.

Así, los hechos probados relatan que el médico pediatra, advierte hematomas en cara, cuero cabelludo y orejas en el bebé; denunciándolo, y advirtiéndoselo a la madre. Dos días después, y tras regresar con sus padres, es ingresado en el Hospital aquejado de las mismas molestias, y ahora los hematomas aparecen ya «por todo el cuerpo del bebé», y tras ser dado de alta a los varios días, regresa con sus padres, siendo a partir de ahí, otra vez, agredido por su padre, «quien a base de manotazos, tirones y pellizcos trataba de que el niño se calmara y de paso le dejase en paz». Dos meses más tarde, es ingresado de nuevo en urgencias del Hospital citado, «pues el bebé no respiraba, presentando un estado de parada cardiorrespiratoria sin respuesta a ningún tipo de estímulo», demostrándose, mediante las radiografías

Puesto también de manifiesto mi parecer favorable a la sanción en comisión por omisión de las conductas anteriormente descritas, por entender que debe constituir uno más de los caminos para erradicar la tolerancia cómplice del maltrato, sin la cual éste no existiría en las proporciones que todavía alcanza, analizaremos el tercer elemento típico.

Como es sabido, de los mencionados requisitos el que supone una mayor controversia es la habitualidad, elemento normativo necesitado de valoración judicial⁹⁹, sobre cuyo significado y contenido existe una gran diversidad de opiniones, según comprobaremos.

Su finalidad, en términos jurisprudenciales, es atender a las frecuentes conductas de violencia que afloran al conocimiento público, adquiriendo visos de extrema gravedad en algunos casos; y que ante su reiteración y cotidianeidad exigen una respuesta jurídica inmediata, tendente a disminuir o acabar esos comportamiento atávicos denigrantes, y atentatorios contra los principios más íntimos y primarios de la persona victimizada, acabando por anular su capacidad de reacción, y resultando incapaces de rebelarse contra esas situaciones, terminando por convertirse en despojos humanos. De ahí que cuando la violencia se repite frecuentemente en el seno de la misma familia, la conducta, a causa de su habitualidad, llega a adquirir categoría de delito, con la finalidad de acabar con esa reiteración¹⁰⁰.

Dicho requisito presenta dos aspectos: uno material, comprobable a través de las manifestaciones de las víctimas, así como de sus denuncias; y otro normativo, cuya

efectuadas, que tenía «nueve fracturas costales de una antigüedad de unos treinta días aproximadamente, y con sólo mirarle se veían los múltiples hematomas, que en este último ingreso todavía presentaba».

Con estos elementos probatorios, señala atinadamente la sentencia, es fácil deducir inferencialmente que la acusada y madre del menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos reiterados de que era objeto, y si no pudo probarse su autoría directa, sí en cambio su responsabilidad como autora en comisión por omisión, por cuanto el único que podía realizar tan reprochable conducta necesariamente tenía que ser el padre, e inevitablemente su materialización en el cuerpo del bebé tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropas, baño, cuidados personales, etc.; y sin embargo nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y con ello evitar que prosiguieran dichos malos tratos reiterados, no solamente denunciando los hechos, sino materialmente apartando al niño, para protegerle, de la presencia de su padre, impetrando el auxilio judicial preciso en tal sentido. Al no haber procedido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de los malos tratos.

Por otra parte es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, continúa argumentando la sentencia, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante; y lo estará, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre de velar por su hijo; siendo la fuente de esa es perrada intervención, o deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar la ley, el contrato o un actuar peligroso precedente. Es por ello, que los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su Hijo derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa jurídica al respecto establece en el artículo 154, que impone a la madre velar por el niño, e incluso recabar el auxilio de la Autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento.

⁹⁹ La Sentencia 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero., lo califica expresamente de elemento valorativo y la Sentencia 568/2000, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de octubre, de elemento normativo.

La Sentencia s/número/2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de julio, entre otras, dice a su respecto, que se trata de un "criterio en cualquier caso arbitrario", y que por ello debe complementarse con otras exigencias adicionales.

Marín de Espinosa, cit., pp. 224-226, destaca le "llamativo" que resulta este concepto del artículo 153, por cuanto permite configurar la habitualidad entre delitos de distinta naturaleza.

¹⁰⁰ Sentencia 4612000, Audiencia Provincial de Alicante, 3 de febrero.

esencia radica en la inclinación del sujeto a la comisión de determinados hechos violentos que llega a constituir un hábito, una costumbre, aunque ello pueda parecer, a decir de la Jurisprudencia, un "lamentable sarcasmo"¹⁰¹; y que por la propia esencia de la continuidad, tales hechos han de ser castigados conforme a la norma penal vigente en la fecha en que se entiende cometido el último acto violento¹⁰².

Con referencia a las disparidades de criterio jurisprudencial sobre su alcance y contenido, pueden diferenciarse dos líneas de pensamiento¹⁰³, en cierto modo comentadas con anterioridad:

a) Al respecto, un sector jurisprudencial, partidario de un criterio quizás excesivamente normativizado, viene a considerarlo como una reincidencia en el maltrato, cambiando ello su naturaleza de falta a delito, y requiriendo para su configuración tres agresiones o más, a través de un contenido asimilable a la definición del artículo 94, o del delito de receptación, del artículo 299¹⁰⁴.

b) Otro sector en cambio, partidario de un criterio naturalístico, que comparto, descarta que la habitualidad suponga una equivalencia con los conceptos normativos de reo habitual, ni de mera reincidencia (artículos 94 y 22.8 Código Penal) en una Malta de malos tratos, por cuanto entre otros motivos, se plantearían problemas con el principio "non bis in idem"¹⁰⁵. Por ello, se entiende que la habitualidad debe remitirse, desde un punto de vista literal, a lo realizado con continuidad o por hábito, esto es, como modo de ser y de comportarse hacia determinada persona; deduciendo de lo cual la inexistencia de verdadero apoyo legal para la anterior interpretación, y por tanto ser innecesario constatar un número mínimo de conductas violentas, siendo en cambio requerido por el tipo que los hechos acreditados muestren una actitud contraria a lo discontinuo o aislado¹⁰⁶.

Partiendo de tales premisas entienden, consecuentemente, que no se requiere estrictamente la pluralidad para la constitución del delito, sino la relación entre autor y víctima, además de la permanencia en el trato violento; situación esta que debe llevar el Juez a la convicción de padecer la víctima un estado de agresión de cierta

¹⁰¹ Sentencia 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo.

¹⁰² Sentencia 8912000. Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril.

¹⁰³ Vid. como exponente y resumen de la diversidad jurisprudencial sobre el tema, por todas, las Sentencias 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio; 748/1999. Audiencia Provincial de Madrid. 25 de noviembre.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, las Sentencias 32/1998, Audiencia Provincial de Córdoba, 9 de marzo; 53/1998, Audiencia Provincial de Baleares, 27 de marzo; 204/1998, Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio; 653/1999 Audiencia Provincial de Asturias, 25 de noviembre; 519/1999, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de mayo; 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, la Sentencia 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero.

¹⁰⁶ Sentencia 75/1998, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 30 de septiembre, cuya interpretación no solamente es acertada, sino que además tiene el mérito añadido de quebrar una línea interpretativa, de ese mismo año, a mi juicio equivocada; y sentando además las bases para la todavía mas moderna interpretación de este requisito. También con idéntico criterio, la Sentencia 179/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 1 de junio.

Sin embargo, otras resoluciones posteriores supusieron una vuelta atrás en esta interpretación, requiriendo otra vez el mínimo de tres agresiones para constituir la habitualidad propia del artículo 153, como las Sentencias 653/1999, Audiencia Provincial de Asturias, 25 de noviembre, y 32000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo; 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero.

La Sentencia s/n/2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de julio. aun partiendo de las premisas válidas antecitadas, llega a la conclusión de que se requieren tres actos de violencia comprobados, cuando menos.

permanencia¹⁰⁷; y radicando en esa permanencia el mayor desvalor. que justifica una tipificación autónoma, por la presencia de una gravedad mayor que la resultante de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual¹⁰⁸.

En la dirección acabada de citar, se propugnó un concepto criminológico-social, por el Magistrado Ruiz Vadillo, en vez del concepto jurídico-formal que era el hasta entonces seguido por la Jurisprudencia. Entiende dicho concepto, generalmente seguido por la Jurisprudencia partidaria de esta segunda línea de pensamiento, que "conducta habitual" es la que actúa repetidamente en la misma dirección, con o sin enjuiciamiento o condenas previas, si bien aun cuando no se exijan condenas previas, sí han de ser al menos hechos condenables, de modo que puedan ser enjuiciados y ser objeto de condena en la sentencia pronunciada sobre los malos tratos habituales del artículo 153, realizados por el mismo agresor¹⁰⁹; al par que las condenas actuarían como prueba de la habitualidad, demostrable asimismo por otras vías, como testificaciones de las víctimas, de terceras personas, partes médicos de lesiones, intervenciones policiales, denuncias presentadas, etc.¹¹⁰. Opinión esta que en mayor grado comparto.

Y precisamente sobre la exigencia de certeza para el juzgador en la habitualidad del maltrato, la Jurisprudencia hace una interesantísima admonición a jueces instructores, aunque extendible a todos los jueces y miembros de Tribunales penales, advirtiendo la necesidad de una cuidadosa comprobación de este requisito, esforzándose en descubrir la existencia de "tan solapada como reprobable conducta de violencia encubierta" que hace "insoportable" la vida de las víctimas¹¹¹; pues, si bien debe extremarse la prudencia, a fin de no encauzar bajo el procedimiento para enjuiciar delitos de menor entidad, hechos que no revistan la apariencia de tales, también hay que examinar cuidadosamente la información derivada de la investigación, por si pudiera apreciarse indicios de comportamiento agresivo repetido. Ello, por cuanto, en demasiadas ocasiones, es necesario recuperar material que, cuando la situación todavía no se había hecho tan insoportable para la víctima, o ésta no tenía coraje para denunciar al agresor, o aún confiaba en la posibilidad de rehacer la maltrecha convivencia, es o suele ser enmascarado por la persona agredida cuando demanda la necesaria asistencia, sobre todo sanitaria; y lo cual aconseja que el procedimiento siga su curso, esclareciendo lo ocurrido y, en su caso, ponderando si los hechos reconstruidos a partir de la prueba disponible se ajustan a la descripción del tipo delictivo¹¹².

¹⁰⁷ Así, la Sentencia 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba. 12 de febrero, solución reiterada en la posterior 14/2001. Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio; 25/1999), Audiencia Provincial de Córdoba, 21 de abril. En este sentido, la Sentencia 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio, también puso de manifiesto, acertadamente, que cabe apreciar habitualidad solamente en, dos agresiones, si revelaran con ello un estado de violencia permanente. Más de dos agresiones, pero sin requerir al mismo tiempo más de tres, considera necesarias la Sentencia 118/2000, Audiencia Provincial de Ávila, 6 de junio.

¹⁰⁸ Sentencia 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio. En este sentido s/n, Audiencia Provincial de Barcelona, 21 de septiembre de 2000.

¹⁰⁹ Vid. sobre dicho concepto, por todas, la Sentencia 60/1999, Audiencia Provincial de La Coruña, 11 de noviembre.

¹¹⁰ Vid. al respecto entre otras, Sentencias 179/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 1 de junio; 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero; 25/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 21 de abril; 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio 29512000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 27 de julio.

¹¹¹ Sentencia 46/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 9 de febrero.

¹¹² Sentencia 748/1999, Audiencia Provincial de Madrid, 25 de noviembre. Precisamente esta sentencia ofrece un doble valor testimonial, pues además del interés que merece la admonición sobre la irresponsabilidad de algunos dictámenes demasiado benevolentes, constituye un ejemplo en sí misma de

Otro problema, también con especiales implicaciones procesales, relacionado con el entendimiento del contenido de la habitualidad, y sobre el que existe cierta discrepancia jurisprudencial, por cuanto se plantea la duda sobre si la apreciación de esta tipicidad puede suponer en algunos casos una doble incriminación del mismo hecho del ejercicio de violencia, al ser juzgados y sancionados los concretos actos violentos en momentos diferentes y anteriores a la apreciación de esta tipicidad; lesionándose, de ser así, el principio "non bis in idem":

a) A este respecto puede decirse que, para un sector jurisprudencial, normalmente partidario del entendimiento de la habitualidad, como dotada de un carácter predominantemente jurídico, asimilándola a una multirreincidencia en falta de malos tratos, cuando se ha sentenciado una agresión individualmente, no puede ser tontada nuevamente para integrar el 153, pues ello infringiría el mencionado principio¹¹³.

En tal sentido, se afirma que la habitualidad, a los efectos anteriores de hechos ya juzgados, para acumularlos a otros, debe entenderse solamente en el sentido de aquellos hechos, que juzgados, hayan sido objeto de sentencia condenatoria firme, pero no cabe en cambio la posibilidad de acumular aquellos sobre los cuales recayó autos de prescripción o sobreseimiento o sentencia absolutoria, y que puedan ser objeto de nueva prueba y valoración¹¹⁴.

b) Otro sector jurisprudencial, partidario de su entendimiento naturalístico, estima que actualmente, la regla concursal contenida en el párrafo 2.º del artículo 153 solventa el problema del "non bis in idem", en cualquier caso solucionable teniendo en cuenta la naturaleza de esta tipicidad, que, como se ha dicho, no solamente protege la salud o la integridad de la persona, sino también su dignidad, la cual se ve atacada por cualquier humillación, tanto física como psíquica.

Esto determina que el tipo lleve aparejado un reproche penal propio y distinto de los concretos actos de violencia, los cuales deberán ser penados de manera

la importancia de tal admonición, ya que la juez instructora había sobreseído indebidamente los hechos. Parecidamente sucedió en el supuesto contemplado en la Sentencia 3/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero, donde la juez instructora absolvió indebidamente al reo del delito de maltrato.

Se incide también expresamente en la necesidad de una "investigación minuciosa" para advertir la presencia de los elementos constitutivos de este delito, en la Sentencia s/n, Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de julio del 2000.

Como ejemplo de investigación poco consistente puede citarse, a mi juicio, la Sentencia 39/1998, 6 de marzo, Audiencia Provincial de Las Palmas, en la que ante una situación de reconocido abandono y maltrato de una menor por sus padres, cuyo testimonio sobre la causación de múltiples quemaduras de cigarrillos fue además contradictoria, se limitó a entender que eran producto de la "dejadez y desinterés de los padres", sin que por nuestra parte podamos entender como se pueden causar quemaduras de cigarrillos a una niña pequeña por dejación o desinterés, aparte de que las numerosas contradicciones entre los padres y otros testigos sobre su causación, también a mi parecer habrían hecho aconsejable un mayor esfuerzo por parte de los órganos competentes, en esclarecer este supuesto, por si procedieran otras soluciones jurídicas distintas de la tomada por el Tribunal que dictó la Sentencia.

De manera diferente se pronunció el Tribunal en un supuesto muy similar, señalando acertadamente que era insostenible alegar la creencia en que varias quemaduras de cigarrillo sobre la menor pudieran causarse accidentalmente, en la Sentencia 13/2000, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo.

¹¹³ Así, por todas, Sentencias 204/1998, Audiencia Provincial de Girona., 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero.

¹¹⁴ Sentencia 245/2001, Audiencia Provincial de Valladolid, 31 de marzo.

independiente; y lo que determina el que no deba supeditarse el concepto de habitualidad a los avatares jurídicos que hayan podido experimentar en otros procesos, los actos violentos tomados en consideración para construir el tipo; por cuanto las razones que lleven a poner fin a esos otros procedimientos pueden ser variadas, e incluso si hubieran concluido en sentencia absolutoria, esta puede deberse a cuestiones procesales no afectantes a la realidad de fondo. Todo lo cual implica que el concepto de habitualidad debe construirse desprovisto de eventuales incidencias en otros procesos; y teniendo en cuenta, por tanto, que el resultado y los efectos de ese resultado en el proceso de que se trate, serán los que en relación con el mismo deban ser, pero (salvo los efectos de cosa juzgada) no deben ir más allá, pues lo contrario supondría supeditar el proceso por malos tratos habituales a lo dicho o decidido en otros, con lo que de limitación para el principio de "libre valoración de la prueba" ello supone, además de lo anteriormente comentado. En resumen puede decirse, que el tema de la habitualidad es cuestión de prueba, ajena a cualquier avatar judicial que pueda interferir en su concepto y lo desnaturalice¹¹⁵.

Sobre esta cuestión me pronunciaré posteriormente, al tratar el tema de la admisibilidad de las condenas previas, por lo que ahora solamente queda esbozado en sus líneas principales.

D) En cuanto al requisito subjetivo del tipo, según se ha puesto de manifiesto, precisa que el dolo del agresor abarque la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo¹¹⁶.

5. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

¹¹⁵ Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio.

En este sentido, otras resoluciones señalan asimismo que no forman parte del tipo como elementos integradores de la habitualidad, la existencia de varias denuncias y condenas en sentencia firme, como por ejemplo, la Sentencia 500/2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 17 de abril. Aunque con una orientación y comprensión de la habitualidad diferente, tampoco requieren una previa condena firme, la Sentencia 519/1999, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de mayo, y la Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio, pues como acertadamente se dice en ella, se precisa solamente su certeza, mediante comprobación judicial individualizada, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas. Igualmente, se manifiesta la Sentencia 653/1999, Audiencia Provincial de Asturias, 25 de noviembre, al destacar que carece de transcendencia el hecho de que en una de las agresiones se produjo el sobreseimiento al retirarse la denuncia, pues constaban sobre ella pruebas suficientes, y ante lo cual el procedimiento siguió su curso.

Al respecto cabe recordar que el delito del artículo 153 no es competencia del Tribunal del Jurado, pero este puede conocer, cuando en base al criterio de gravedad, el delito competencia del Jurado atraiga al de malos tratos, como en el supuesto, por ejemplo, de que su comisión sea previa al homicidio de un miembro de la pareja, según expresa la Sentencia 1832/2000, Tribunal Supremo, 29 de noviembre.

¹¹⁶ Sentencia 139/1999, Audiencia Provincial de Cantabria, 10 de noviembre. En el contexto de este requisito, resulta cuestionable la decisión tomada en por el Tribunal en la Sentencia 39/1998, 6 de marzo, Audiencia Provincial de Las Palmas, que en una situación comprobada de abandono de menores, en cuanto que los padres acosados, drogadictos, se desentendía del cuidado y alimentación de su hija, de cinco años en el momento de la resolución, que en muchas ocasiones solamente se alimentaba de lo que su abuela le proporcionaba, y de maltrato contra la misma abuela, no denunciado, pero reconocido en la sentencia por la víctima, madre del acusado, y siendo así que el testimonio de los padres presentaba numerosas contradicciones sobre la causación de quemaduras de cigarrillo a la niña, dicho órgano entendió que no había datos suficientes para estimarlas como dolosas, y lo atribuyó simplemente a la dejadez y desinterés de los padres, absolviéndolos de estas lesiones; sin que me parezca creíble que se puedan causar quemaduras de cigarrillos u una niña pequeña por dejación u desinterés, como en tal sentido se manifestó el Tribunal en un supuesto muy similar, señalando acertadamente que era insostenible alegar la creencia en que varias quemaduras de cigarrillo sobre la menor pudieron causarse accidentalmente, en la Sentencia 13/2000, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo.

Finalizado el análisis de los requisitos constitutivos del artículo 153, debe hacerse constar que, para evitar reiteraciones innecesarias, se ha prescindido de un desarrollo expreso de la problemática referente a la antijuridicidad y, en especial a la culpabilidad, dado que algunos de sus aspectos han sido ya considerados en otros apartados, y las cuestiones relativas más importantes serán objeto de análisis en el siguiente apartado, por las implicaciones que con él presentan, especialmente en lo relativo a los dos primeros párrafos del artículo 20, y a cuyo comentario, por ello nos remitimos.

6. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Al abordar la trayectoria jurisprudencial reciente en uno de los temas de mayor interés, como resulta ser el relativo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, nuevamente refiero el hecho de que no siempre son correctamente utilizadas, especialmente en el caso de las atenuantes, cuya prodigalidad excesiva a veces, en mi opinión, determina una benignidad de la pena resultante, que roza lo intolerable, ya que no puede por menos que obviamente incidir en el escaso temor que en general los agresores sienten hacia la actual sanción del maltrato, al par que, colateralmente, incide también en la casi nula protección jurídico-penal actual de las víctimas. Sería por ello muy importante que los Tribunales reconsideraran esta prodigalidad, y se atuvieran a criterios jurídicos más estrictos y coherentes en su concesión, en vez del automatismo y la inconsistencia con que, en ocasiones, se conducen en su concesión, devaluando así también su esencia y finalidad.

Hay que tener en cuenta además, dicho sea ante tanta benignidad de algunos Tribunales, que los rasgos fundamentalmente de carácter psicológico que sirven para apreciar atenuantes, no impiden en cambio a los agresores establecer convivencias y lazos de unión, a su entera-conveniencia; por lo que si los establecen en provecho propio, a pesar de esos rasgos de personalidad, también deben ser conscientes de los malos tratos, y de los daños físicos y psicológicos que causan.

Por ello entiendo que si los Tribunales, por el motivo que sea, quieren usar de su benevolencia con éstos u otros inculpados, lo lógico es entonces que sus opiniones y juicios personales los usen discrecionalmente y motiven en sus considerandos; pero lo que no me parece de recibo es que utilicen para ello el recurso de apreciar atenuantes de una manera tan inconsistente, y allí donde difícilmente se extraen razones para su aplicación, o incluso, debieran ser: más bien agravantes¹¹⁷; mostrando con ello una solidaridad hacia los agresores que escasamente muestran con las víctimas.

De entre las circunstancias modificativas, solamente nos referiremos a aquellas que han merecido un especial interés de la Jurisprudencia en relación con este tema:

Con referencia a una de las más características circunstancias agravatorias, la circunstancia mixta de PARENTESCO, no imponible a las conductas del artículo 153 por ser elemento constitutivo del tipo, sin que obste para su apreciación la desaparición de la "affectio maritalis"¹¹⁸, ha sido denominada también por algún sector jurisprudencial como "agravante matrimonial", aplicándose correctamente en un

¹¹⁷ Vid. en este sentido, la Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio.

¹¹⁸ Sentencia 164/2001. Tribunal Supremo, 5 de marzo.

supuesto de lesiones causadas a la esposa, en el domicilio familiar y en presencia de los hijos¹¹⁹; así como en un caso de graves malos tratos y lesiones sobre un hijo menor de edad¹²⁰; y de omisión de impedir delitos o promover su persecución, en un supuesto en el cual la madre del menor victimizado no denunció ni impidió el maltrato de éste¹²¹.

También se apreció en las lesiones producidas por los golpes del marido con puños y pies, palos de madera y toallas mojadas, causando a la víctima, su esposa, heridas que precisaron tratamiento traumatológico, ortopédico y rehabilitador, así como en la detención ilegal de ésta, al quitarle las llaves de la casa, impidiéndole salir de la vivienda; todo ello sin perjuicio de estimar asimismo el artículo 153¹²²; así como en las graves lesiones causadas a la compañera sentimental¹²³. Valoración jurídica que en el supuesto citado encuentra lógica, por cuanto incluir todas esas conductas globalmente en el 153, hubiera devenido indebidamente favorecedor del reo, en cuanto que como ya he manifestado anteriormente, en el 153 solamente deben incardinarse las violencias y detrimentos de la integridad física y psíquica de la víctima, continuados pero menos importantes, y que no deban ser subsumidos en otros tipos delictivos, ya que de producirse éstos, entrarán en concurso real con el 153.

No se apreció en cambio, desafortunadamente a mi juicio, en ninguno de los graves delitos que el acusado cometió sobre su esposa, como violación y amenazas de muerte continuas sobre ella y su familia¹²⁴.

Para finalizar, decir que resulta sumamente interesante al respecto, la advertencia, ya comentada, hecha por un sector jurisprudencial sobre la excesiva benignidad con que algunos órganos Judiciales se conducen frente al maltrato, así como por los reproches dirigidos al Ministerio Fiscal por esta causa, al no haber solicitado la apreciación de la agravante en un supuesto de especial virulencia del comportamiento

¹¹⁹ Sentencia 160/1999, Audiencia Provincial de La Coruña, 11 de noviembre.

¹²⁰ Sentencia 14/1999, Audiencia Provincial de Castellón, 23 de febrero.

¹²¹ Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo. De ahí que comparta también el criterio del Tribunal de Apelación en lo referente a que, correlativamente a la apreciación de esta agravante, desestimó la concesión para la madre de la eximente de miedo insuperable (artículo 20, 6.º), solicitada por ésta, y concedida inadecuadamente por el Tribunal de Instancia, alegando que había omitido impedir el maltrato sobre su hijo, de 12 años, porque tenía in miedo invencible al agresor; siendo así que, como explica el Tribunal de Apelación, no constaban estados emocionales de miedo en la acusada ni agresiones o amenazas contra ella, pues las violencias habituales solamente se ejercían sobre el menor, pero ni contra la madre ni contra otros adultos, y por lo cual no se entendía que sufriera un tan invencible terror que la impidiera ayudar a su hijo. Así como, dicho Tribunal, también rechazó adecuadamente aplicarle la atenuante de reparación o aminoración de los efectos del delito. (artículo 21, 5.º), que solicitó la acusada, y otorgada indebidamente por el Tribunal de Instancia, en base a haberse presentado en el cuartel de la Guardia Civil, para estando el menor hospitalizado, "interesarse por él"; por entender que el hecho de que una madre se "interese" por el estado en que ha quedado su hijo, víctima de fuertes palizas, y al cual además ella no es ajena, constituye "algo menos del mínimo exigible" a cualquier ser dotado de una conciencia humana simplemente normal, y aún más si se trata de la propia madre del agredido, pero teniendo en cuenta a tal efecto que el "interesarse por su estado" no disminuye los efectos del delito, y tampoco es ningún comportamiento "ex post facto" reparatorio del dolo, sino simplemente, como se ha dicho, el cumplimiento -en su mínima expresión de las más elementales obligaciones derivadas de la patria potestad, no representando entonces su observancia nada extraordinario que justifique una aminoración del reproche penal del delito cometido.

¹²² Sentencia 487/1998, Audiencia Provincial de Madrid, 15 de septiembre.

¹²³ Sentencia 3/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero.

¹²⁴ Sentencia 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero; solución que se reiteró en la posterior sentencia 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio.

del agresor sobre la compañera sentimental, a la que hizo víctima de los delitos de tentativa de asesinato, lesiones con arma de fuego, detenciones ilegales y secuestro¹²⁵.

La agravante de REINCIDENCIA es una de las más controvertidas en su relación con el artículo 153, fundamentalmente debido a que la consideración jurisprudencial reciente sobre dicha relación ha variado sustancialmente, por razones que seguidamente analizaremos.

Así, aun cuando todavía fue aplicada en algunas Sentencias fechadas en 1998, una de ellas, la última en que se admitió, y que será a continuación objeto de comentario, reconoció que al haberse operado "un cambio de tendencia" sobre la agravante, exigiéndose para ser utilizada que el delito cometido y el que se cometió sean de la misma naturaleza, es decir, tutelén bienes jurídicos semejantes u homogéneos, pues sólo se considera reincidente a quien vuelve a cometer un delito de la misma clase -y resultando derogado el requisito de encontrarse ambos bajo el mismo Título, por cuanto estos han variado de denominación, ubicación y sistemática- es evidente que sólo las lesiones dolosas pueden equipararse a los delitos de maltrato, habida cuenta de que se excluye de tal circunstancia agravante las infracciones culposas cuando vienen precedidas de unas dolosas o viceversa, al no tratarse de delitos con la, misma naturaleza.

De ahí incluso que esta misma Sentencia, aun apreciando su existencia en los dos delitos de maltrato habitual cometidos, impuso el grado máximo de la pena, pero determinó no alcanzarlo para "no exacerbar la respuesta penológica"¹²⁶.

Bajo los mencionados criterios, fue abiertamente desestimada en otra resolución posterior, por entender que la finalidad político-criminal de la agravante responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, debiéndose ante ello sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos revele su inclinación a cometerlos, y en consecuencia, descartar la anterior idea de castigar más por haber cometido el sujeto otro o muchos delitos; y siempre partiendo de tener en cuenta el bien jurídico infringido y el modo efectivo de producirse la infracción, a los efectos de medir la identidad de naturaleza entre el delito antecedente y el examinado en el caso concreto. Ello, porque si el antecedente fuera un delito de lesiones producido fuera del ámbito familiar y sin relación con el mismo, no podría estimarse la agravante, al tratarse de delitos de distinta naturaleza; y si por el contrario, tal delito de lesiones fuese realizado dentro del marco de las relaciones familiares contempladas en este artículo, tampoco podría aplicarse, pues la anterior condena tendría que tomarse para constituir la habitualidad, sin posibilidad de ser apreciada como agravante con autonomía propia, so pena de vulnerar el principio "non bis in idem".

En resumen que, como se advierte, el Tribunal decidió no aplicarla en ningún caso. A este proceder, creo que se le pueden hacer algunas observaciones:

¹²⁵ Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio, sentencia que estimo modélica en su género, por su adecuada contribución a erradicar el problema de los malos tratos.

¹²⁶ Decisión que no comparto en este supuesto concreto, alada la virulencia del ejercicio (le violencia física y psíquica mostrado por la acusada con sus víctimas, Cu Ya gravedad amplia reiteración en el tiempo fue reconocida por el propio Tribunal, resultado, también a mi entender, excesivo en general su benignidad, en la Sentencia s/n/1998, Audiencia Provincial de Las Patinas, 5 de diciembre. También se había apreciado anteriormente la agravante pero sin explicaciones destacables al respecto, en la Sentencia 204/1998, Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio.

Primeramente, en cuanto al entendimiento actual sobre su finalidad político-criminal, pienso que nada hay que objetar, pues los argumentos para sustentar esta teoría sobre su finalidad, son irreprochables. Otra cosa es sin embargo, las razones aducidas para rechazar su aplicación en el 153, que si se comparten, su argumentación resultará inobjetable. pero si, como personalmente entiendo, el bien jurídico del artículo 153 es plural, y comprende también los atentados contra la integridad de las personas, como así los delitos de lesiones, entonces la forma de realizarlo, ya sea en un contexto familiar o fuera de él, ninguna incidencia tiene en el modo de realizar el ataque a ese bien jurídico, que puede ser idéntico en ambos supuestos.

En segundo lugar, y en cuanto a que las agresiones se produzcan en el marco familiar o fuera de él, tampoco es tan relevante como para determinar una identidad absolutamente diferente con respecto a su naturaleza; pues en definitiva, el injusto típico sustancial de las conductas del artículo 153 puede ser el mismo que el de los delitos de lesiones, constituido por el quebranto de la integridad de la persona, aun cuando presente algunas características típicas no incluidas en los tipos de lesiones; si a ello además hay que añadir, en último término, el no resultar cierto que la anterior condena haya de ser tomada para constituir la habitualidad, por cuanto como se ha visto, y apoya un amplio sector jurisprudencial, la habitualidad no presupone ni necesita condenas previas para constituirse, entonces cabe decir que no resulta tan evidente su inaplicabilidad al artículo 153, como estima la Sentencia.

Por tanto, creo que en realidad lo que subyace en la Sentencia comentada, no es tanto la imposibilidad de apreciar la agravante en estos supuestos aludidos (que también puede ser y seguramente será compartido por este u otros Tribunales), sino el mensaje subliminal de que para el Tribunal mencionado, a la luz del entendimiento actual sobre ella, la existencia de la agravante de reincidencia es cuestionable y prefiere no utilizarla, buscando a tal fin los argumentos adecuados para desestimarla sin ambages¹²⁷, lo que me puede parecer también correcto, pero esto ya es otra cuestión diferente a que no se pueda usar, tan categóricamente como dice¹²⁸, en el marco del artículo 153; al menos, según creo.

En cuanto a la agravante de ABUSO DE SUPERIORIDAD, que no es inherente al tipo del artículo 153¹²⁹, aun cuando cierta dosis de "superioridad" sea necesaria para poder maltratar a alguien, así como para poder lesionarlo o matarlo, no suele imponerse en estas situaciones, a pesar de que resulta indicada en casi todos los supuestos de maltrato en el ámbito familiar, particularmente cuando se ejercen sobre víctimas especialmente indefensas, como menores, o personas con importantes minusvalías, siempre que estas condiciones de inferioridad hayan sido buscadas o aprovechadas conscientemente por los agresores, como vehículo apropiado para ejercer o reforzar su posición de dominio. Así, parece inadecuado en mi opinión, que no se empleara en una situación tan evidente como es agredir reiteradamente a la compañera, aquejada de una importante minusvalía, debida a su gran deficiencia visual (campo visual limitado en no

¹²⁷ Sentencia 95/2000, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 28 de enero.

¹²⁸ Y siempre que entonces no se tomen en cuenta nuevamente las condenas previas para otras finalidades, además de para constituir la reincidencia. Advierte también este requisito, OLMEDO CARDENETE, Cit., p. 156. Vid. sobre esta cuestión MARÍN DE ESPINOSA, cit., pp. 237 y ss.

¹²⁹ De otra opinión la Sentencia 13/2000, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo, que la estima inherente a un tipo basado en la protección de las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia.

menos del 80 por 100, a decir del Tribunal); y aun cuando simplemente por ese motivo debía haberse aplicado, si a ello se añade que en uno de los momentos en los que la víctima sufrió una fuerte -agresión, no podía hacer nada en su defensa al tener una niña muy pequeña en sus brazos, tanto más incomprensible es que no se apreciara la existencia de dicha circunstancia en la conducta del agresor¹³⁰.

También bajo el ámbito de la. anteriormente mencionada circunstancia agravante, habría que plantearse el aplicarla, si bien hasta el momento no se ha procedido en tal sentido, a los maltratadores de víctimas con especiales déficits de personalidad, conocidos o al -senos conocibles por el autor de los malos tratos, y traducidos cuando meros : i un lapso temporalmente importante de "padecimiento" de la situación, por adhesión con el sujeto activo, baja autoestima, ideas masoquistas cuando no de autolisis, etc. Y tanto mas sería oportuno., si el agresor conoce asimismo que su víctima se comporta sumisamente por temor a implicar a sus hijos o a otras personas ante las reacciones que puedan sufrir o provocar a su vez, o por encontrarse desastida de sus familiares o de personas que puedan ayudarla, etc., lo que obviamente puede ser suficientemente abarcado por el dolo del agresor, quien conoce y admite que la débil y desorientada personalidad de la víctima le permite maltratarla y vejlarla reiteradamente¹³¹.

Con referencia a las atenuantes, la circunstancia ANALÓGICA constituye uno de las hipótesis donde se hacen presentes en mayor grado las críticas antes formuladas sobre la excesiva benignidad de los Tribunales, especialmente en lo relativo a la apreciación de anomalías o alteraciones psíquicas en el proceder del sujeto activo.

Así, se valoró como una causa de disminución de la responsabilidad penal, la perturbación leve de la capacidad de comprender (en relación con los artículos 20.2 y 21.1), simplemente por el hecho de haber consumido el agresor algunas bebidas alcohólicas, antes de las agresiones; y ello a pesar de que un testigo cualificado manifestó sobre el agresor que sabía éste muy bien lo que hacía, es decir que era dueño de sus actos, lo cual por otra parte, en todo momento demostró cumplidamente con su actitud frente a la comisión de los delitos que había perpetrado¹³².

Y como eximente incompleta, tanto más inadecuadamente, a mi juicio, se estimó en otro supuesto, por cuanto la descripción del Tribunal para fundamentar su concesión es tan "amplia", que bien puede predicarse de un dilatado sector de población, y este a su vez, de todas las edades y circunstancias, como lo es que el acusado presentara

¹³⁰ Sentencia 1366/2000, Tribunal Supremo, 7 de septiembre.

¹³¹ Así, puede constituir un ejemplo de lo que decimos, el supuesto contemplado en la Sentencia 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio, y que trae su causa en la anterior, Sentencia 9/1999, 12 de febrero, también de la Audiencia Provincial de Córdoba, cuando al Tribunal observa y afirma que "el refinamiento malévolo en el actuar del acusado llegó a crear, finalmente, en su víctima la conciencia de la inutilidad de cualquier tipo de resistencia u oposición, lo que el procesado aprovechaba para hundirla y humillarla aún más". Ciertamente estos razonamientos no sirvieron para apreciar en tal supuesto dicha agravante, sino que se utilizaron solamente para fundamentar la sanción impuesta por violación conyugal y maltrato familiar, pero hubiera sido, desde mi perspectiva, un supuesto idóneo para haberla aplicado.

¹³² Sentencia 670/1998, Audiencia Provincial de Tarragona, 21 de diciembre.

Igualmente se apreció, a mi entender con un criterio discutible, en la Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo, a un agresor castigado por una falta de lesiones (artículo 617, último párrafo) sobre un menor, hijo de su compañera sentimental; habiendo estado el culpable anteriormente en tratamiento por alcoholismo crónico, y que sin embargo, conociendo su problema, consumió bebidas alcohólicas el día de autos, maltratando al menor, lo que ya había hecho con anterioridad reiteradamente, por lo cual también se le apreció un delito del artículo 153, sin la concurrencia de dicha atenuante.

rasgos de inmadurez, escasa tolerancia a la frustración e inadecuado control de sus impulsos, e irritabilidad¹³³; lo cual es insuficiente, como se advierte, para llegar al grado de "notable deterioro de las capacidades intelectuales y volitivas" del sujeto, requerido en la Jurisprudencia, para admitirla¹³⁴.

Opuestamente, y en el sentido que hemos indicado, más adecuada y sostenible puede considerarse la actitud del Tribunal de Apelación, en otras situaciones en las cuales se denegó la atenuante, en base a la somera reducción de las facultades psíquicas y de la conciencia y libertad de los actos del acusado; por cuanto, a mi juicio, presenta una deficiente capacidad -de abstracción, ansiedad moderada, pobre control de los impulsos con rasgos de personalidad de tipo impulsivo (motivaciones esgrimidas por el Tribunal de Instancia para admitirla), puede decirse de un número indefinido de personas, que no por ello han de ser, ni son, maltratadores, lo que revela la inconsistencia de aplicar una circunstancia que en modo alguno debe servir para atenuar la responsabilidad por maltrato, como así lo entendió también el mencionado Tribunal de Apelación¹³⁵.

Con referencia a la circunstancia de ADICCIÓN A SUSTANCIAS TOXICAS, especialmente en lo relativo a la embriaguez alcohólica, y a las drogas es tan frecuentemente aducida como incomprensiblemente aplicada, bajo mi criterio, bien sea como eximente incompleta o circunstancia analógica; al par que su relación con el problema paralelo de la ACTIO LIBERA IN CAUSA, resulta también con demasiada frecuencia, indebidamente tratado y soslayado por un sector judicial, que no acaba de situarse en el lugar que le corresponde en orden a erradicar los malos tratos, y que la sociedad actual, sobre todo las víctimas, necesariamente demandan.

Por ello estimo incomprensible la actitud de determinados órganos Judiciales, en este caso de Primera Instancia, que en unos supuestos donde el acusado no padecía enfermedad mental alguna ni patología que mermara su conciencia o voluntad, si bien los episodios de agresividad coincidían, en uno con el consumo de cocaína, y en otro con abuso previo de bebidas alcohólicas, no solamente no estimaron una "actio libera in causa", que hubiera sido lo pertinente, sino que a mayor error le aplicaron en cambio, en el primer caso una atenuante analógica de actuar en estado de intoxicación leve por el

¹³³ Sentencia 164/2001, Tribunal Supremo, 5 de marzo. Y no entiendo como acertado el que se aplique la circunstancia eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, a una persona que simplemente presentaba tales rasgos de personalidad, pero que sin embargo se conducía con gran crueldad contra su esposa e hijo de trece meses, dándose cuenta del alcance de su comportamiento, y por tanto de lo que hacía, puesto que en la misma sentencia se reconoce que la afectación de su conducta era moderada, pero dibujaba un "cuadro de tal barbarie y crueldad, que suponía un desprecio a los más elementales deberes impuestos por la convivencia familiar y dignidad de las personas con las que convivía".

¹³⁴ Así, por todas, Sentencia 834/2000, Tribunal Supremo, 19 de mayo.

¹³⁵ Sentencia 1366/2000, Tribunal Supremo, 7 de septiembre. Tampoco se apreció en la Sentencia 568/2000, Audiencia de Sevilla, de 23 de octubre, a pesar de que se expresa en ella, que en el día de autos, el maltratador presentaba "un fuerte grado de intoxicación alcohólica, y sus facultades, como consecuencia de ello, sensiblemente mermadas", así como que llevaba casi un año con problemas de ingesta alcohólica excesiva, si bien no consta que estuviera en tratamiento para superar tales problemas (Aun cuando nada se dice en ella al respecto, a mi juicio la inaplicación de dicha atenuante pudiera estar relacionada con la consideración por parte de los Tribunales al respecto, que podían darse los requisitos de una "actio libera in causa" por parte del agresor, especialmente al no constar que estuviera en tratamiento. En cualquier caso, y cualquiera que sea el planteamiento seguido para no aplicarla, considero que es la vía adecuada para ir, de futuro, acabando con la perniciosa trayectoria relativa a que los delinquentes se "parapeten" detrás de la ingesta de alcohol o de otras sustancias tóxicas en la comisión de hechos delictivos, y a mayor dislate los Tribunales refuerzan esta tendencia, dispensándoles un trato más benigno en su responsabilidad por ellos.

consumo de cocaína y, en el otro caso citado, la atenuante de embriaguez; actitud que afortunadamente otros Órganos Judiciales tampoco comparten, como lo demuestra el que en estas situaciones aludidas, el Tribunal de Apelación desestimó la atenuante, revocando además la sentencia y apreciando un delito de maltrato del artículo 153 sin circunstancias atenuantes¹³⁶.

Igual cabe decir en otro supuesto de sustanciales coincidencias con el anterior, y donde a un maltratador extremadamente agresivo, se le apreció por el Tribunal de Instancia, la atenuante analógica de embriaguez, sin mayor fundamento que haber ingerido bebidas alcohólicas en el día de autos, afectándose ligeramente sus facultades mentales; lo que se puede argumentar también prácticamente de todas las personas que en el mundo toman en algún momento alguna sustancia alcohólica, en cualquier circunstancia similar a esta, sin que hayan sido ni sean en ningún caso maltratadores; y siendo así, además, que la víctima declaró que el citado agresor bebía bastante, y cuando bebía las discusiones eran más fuertes y era entonces cuándo le pegaba, extremo al que no llegaba estando sobrio¹³⁷.

Es por ello, que la apreciación de la atenuante analógica de embriaguez, por la tendencia del culpable al abuso del alcohol, decidida por el Órgano judicial "a quo", queda, a mi entender, fuera del marco de su adecuado reconocimiento y, en realidad, hubiera sido más correcto por su parte estimar una "actio libera in causa", puesto que si el agresor conocía su problema y los efectos que ocasionaba al beber, lo lógico hubiera sido no ya solamente prescindir de las bebidas alcohólicas, sino haberse sometido también a tratamiento terapéutico para superarlo y dejar de ser un maltratador¹³⁸.

¹³⁶ Sentencia 75/1998, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 30 de septiembre, relativa a la intoxicación alcohólica. Parecidamente sucedió en un caso de supuesta intoxicación, leve además, por adicción a la cocaína, en la Sentencia 3/2001. Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero.

Muy interesantes por ello las críticas, unas abiertas y otras subyacentes, sobre la demasiado benévola actitud de los Jueces de Instancia con el sujeto maltratador, contenidas en las sentencias.

¹³⁷ Sentencia 60/1999, Audiencia Provincial de La Coruña, 11 de noviembre.

También indebidamente, a mi juicio, a causa de la falta de colaboración del agresor para corregir su tendencia a la agresividad, mediante el adecuado tratamiento.

En la Sentencia 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo se apreció la eximente incompleta de dependencia alcohólica (artículos 21. 1 en relación con el 20. 2), por cuanto el agresor padecía un síndrome crónico de dependencia del alcohol, con menoscabo, bastante generosamente apreciado por el Tribunal, y calificado de "moderado", de sus facultades intelectivas y volitivas; lo que no le impidió reiterar sus agresiones, pero no consta en cambio en la sentencia que en esos momentos estuviera en tratamiento para superar ese síndrome y evitar seguir agrediendo a su familia.

Bajo iguales presupuestos de no sumisión a tratamiento por parte del agresor, se apreció la eximente incompleta, en este caso con un grado de afectación calificado por el Tribunal de "notable", en la Sentencia 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio.

Y todavía en mayor medida estimo inadecuada la concesión de una atenuante por analogía (por la Juez "a quo") y como atenuante 2 del artículo 21 (por el Tribunal de apelación), en un caso de continuadas violencias y desobediencias judiciales, siendo así que debía no haberse apreciado, porque la adicción, que venía de antiguo, se calificó de "grave", sin que constara al mismo tiempo que el acusado estaba en tratamiento para curarla y contener su violencia, en la Sentencia 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril.

¹³⁸ Como así lo entendió y expresó el Tribunal de Apelación, aun cuando admitió su aplicación al haber sido invocada por el Ministerio Fiscal, en la Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio. También en este sentido de no apreciar atenuación, en el hecho de acostumbrar a ingerir bebidas, o hacerlo en un determinado momento, cuando no acompañan importantes y fundadas razones para ello, las Sentencias 1366/2000, Tribunal Supremo, 7 de septiembre y 653/1999, Audiencia Provincial de Asturias, 25 de noviembre.

Todo lo manifestado es asimismo extensible a la atenuante de drogadicción, la cual, al contrario de lo que algunos Tribunales deciden, no debe apreciarse solamente porque los agresores hayan tenido problemas con las drogas en algún momento de su vida, o incluso lo sean claramente en el momento de los hechos, si, como acertadamente dice en sus resoluciones un sector jurisprudencial, no consta el alcance de tal adicción y los efectos sobre sus facultades volitivas e intelectivas, o bien muestran un estado físico o psicológico que no se corresponde con el síndrome de abstinencia o situación de obstrucción de las facultades intelectivas o volitivas requeridas para su estimación¹³⁹; advirtiendo por ello también otro sector jurisprudencial, que puede resultar mas adecuado no aplicarla, si tomando en cuenta la teoría de la «*actio libera in causa*», la cual supedita su juego a no haber buscado el sujeto a propósito para delinquir, la situación de trastorno, o no haber previsto o debido prever su comisión -lo que la pone en relación con el consumo de las sustancias que ingiere- y resultara ser su consumo la causa de esa agresividad que el sujeto no puede ignorar, lo obligado es que se someta a tratamiento por especialistas, a fin de no provocar tales efectos sobre sus víctimas, y una vez puesto en manos de especialistas a causa de los mencionados problemas de consumo y agresividad, pero también si no lo hace, le es exigible el prever que con la ingesta de tales sustancias puede volver a agredir a sus víctimas; por lo que en vez de ante un caso de atenuación de la pena, se estaría ante un supuesto de "*actio libera in causa*"¹⁴⁰.

¹³⁹ Así, las Sentencias 14/1999, Audiencia Provincial de Castellón, 23 de febrero y 21/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 17 de mayo. De ahí que no se apreciara en ambas sentencias, relatando esta última, que su parecer contrario a la admisión de la atenuante, se debió, criterio que comparto plenamente, a que aun siendo efectivamente toxicómanos ambos acusados, no es menos cierto que ellos eran los únicos en haberse encargado siempre de la niña, sin intervención de terceras personas; y que el día de autos traducidos en la muerte de la menor lactante, a consecuencia de las gravísimas lesiones causadas por su padre -que la maltrataba reiteradamente desde que nació. con la anuente pasividad de la madre- y tal como ellos mismos reconocen estaban "tranquilos" y "se encontraban muy bien o estaban en perfectas condiciones" (declara por ejemplo el padre ante la policía y así lo ratifican los médicos del Hospital, entre ellos el pediatra, afirmando que se encontraban ambos "muy tranquilos"); y la madre declara que no vio nunca "nervioso" a su compañero y padre de la niña fallecida; el "cinismo" (calificativo reiteradamente aplicado por la propia sentencia), con que describe la situación el agresor. Así, por ejemplo: a) las violencias que determinaron la muerte de su hija las califica como "zarandeos o juegos: b) reconoce que dio la vuelta al colchón que contenía manchas de sangre, pero dice no saber de que eran: c) dice también que la niña lloraba mucho porque tenía gases, cuando lo hacía porque, como expresa la sentencia, lógicamente tendría horribles dolores por las múltiples fracturas y lesiones causadas por él, con la calificable como "pasividad descarada de la madre de la niña; d) declara que "la niña no se movía", cuando ya estaba prácticamente muerta, a causa de sus terribles malos tratos); pues todo ello muestra claramente un estado de ánimo que, como tan acertadamente razona la sentencia, no se corresponde con - el síndrome de abstinencia o situación de obstrucción de las facultades intelectivas o volitivas requeridas para su estimación.

Tampoco se admitió por el Tribunal de Apelación, que desestimó su apreciación por la Juez de Instancia, alegando esta que la había aplicado, porque el agresor estaba levemente intoxicado, por su adición a la cocaína, en la Sentencia 3/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero, significando el Tribunal que no existía prueba respecto de la eventual adicción, o sobre su intoxicación en el día de autos; así como advierte al respecto, acertadamente, que un consumo "habitual" no es equivalente a una "drogodependencia"; y por otra parte, la atenuación está contemplada para el "adicto grave", no para el simple consumidor por muy habitual que sea.

También en este sentido se manifiesta OLMEDO CARDENETE, cit., p. 130.

¹⁴⁰ Así, Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio. En esta sentencia que, a modo de ejemplo sobre lo que debe ser una resolución correcta sobre el tema, vamos a comentar, el Tribunal de Apelación era contrario a la admisión de la atenuante de drogadicción, ya que el agresor no solamente cuando oye aproximarse a la policía a su domicilio desata a la mujer y deja de agredirla, sino que hay un dato más -revelador de su capacidad de control de la situación, así como de la suficiente consciencia como para eludir su responsabilidad- y es el hecho de negarse a testificar ante la Policía, y decir en toda

Al respecto, debe recordarse asimismo que la atenuante de ARREBATO U OBCECACIÓN, es incompatible con la de intoxicación bien sea etílica o cualquier otra, si tiene el mismo origen y el arrebató está condicionado por la intoxicación¹⁴¹.

Por último, conviene en este contexto tener presente la acertada opinión del citado sector doctrinal, opuesto no solamente, como hemos visto, a la ligereza en la aplicación de las citadas atenuantes, sino también a una inadecuada, por excesiva, rebaja de la pena que conlleva; y que marca de nuevo el camino que deberían seguir todos los Tribunales para corregir el exceso de benevolencia en su concesión, en nada ajena, ya lo hemos dicho, sino como importante factor coadyuvante a la lenidad de las sanciones sobre los agresores, y que tanto perjudica la erradicación del maltrato familiar.

Así, señalan, en el caso de haberse estimado una circunstancia eximente incompleta, se rebajará la pena correspondiente en un solo grado (artículo 68 del Código Penal); y una vez producida esta rebaja, no necesariamente habrá de acudir a la franja más baja de la mitad inferior, sino que (por aplicación de la regla 1.8 del artículo 66 del Código Penal), se puede recorrer la pena en toda su extensión, teniendo en cuenta las circunstancias personales del reo y la entidad del hecho, sin estar vinculados siquiera por los topes que haya solicitado el Ministerio Fiscal.

Y argumentan además, cuando los agresores (por otra parte muy frecuentemente en estos casos) muestran especialmente "la vileza o brutalidad de su comportamiento frente a sus víctimas", poniendo de relieve con ello su nula sensibilidad ante el clamor social levantado en estos casos, al que no sólo desoyen sino que pasan a convertirse en protagonistas activos, así como la adición de esa relación de parentesco de la cual no tienen inconveniente en beneficiarse, son factores estos a tener en cuenta a la hora de individualizar la pena; de ahí que, en atención a los mismos, el reproche penal que merezca su conducta deba estimarse más próximo al que se corresponde con las penas máximas imponibles, aun errando con ello se excedan de las pedidas por el Ministerio Fiscal¹⁴².

declaración ante el Juez de Instrucción, que no recordaba nada, cuando frente a los funcionarios policiales que acudieron al domicilio, según relataron en el Plenario, admitió haber agredido a la compañera. Y es por eso que, con absoluta razón, aun cuando el Tribunal de apelación no se planteó la posibilidad de dejar de aplicar la atenuación de la responsabilidad, al haber sido invocada por el Ministerio Fiscal, advirtió no obstante, que hubiera sido más acertado no solicitarla, a la vista de que el artículo 20, números I y 2, consagrando la teoría de la «actio libera in causa», supedita su juego a que la situación de trastorno no haya sido buscada de propósito para delinquir, o el sujeto no hubiera previsto o debido prever su comisión; y habida cuenta de que en las declaraciones dadas por la víctima, en las que habla de la obsesión del procesado, siempre la pone en relación con el consumo de las sustancias que ingiere, fundamentalmente la cocaína, y a ello unido que los informes de los doctores dicen que los trastornos de la conducta del procesado evolucionaron con, agresividad hacia la mujer y desarrollado ideas delirantes de referencia y celos, todo provocado por el consumo de cocaína; ello conduce manifiestamente a que si el consumo de cocaína es lo que produce esa agresividad y, si al mismo tiempo, ese consumo y esa agresividad son las razones que llevaron a poner en enanos de especialistas al procesado, no cuesta ningún esfuerzo deducir que el mismo debía prever que cada vez que ingiriera cocaína volvería o podría volver a agredir a la mujer, porque, dice de paso el Tribunal, es siempre la persona contra la que descarga esa agresividad.

¹⁴¹ Por todas Sentencias 670/1998, Audiencia Provincial de Tarragona, 21 de diciembre: 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril.

¹⁴² Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio ("Todos los adjetivos utilizados provienen de la sentencia citada). En el mismo sentido, la Sentencia 3/2001, Audiencia Provincial de Madrid, 8 de enero.

7. CONCURSO DE DELITOS Y DELITO CONTINUADO

Resulta frecuente también que el artículo 153 aparezca en relación o en concurso con otros delitos vinculados con diferentes aspectos del maltrato, y sobre los que haremos un comentario, especialmente sobre aquellos en mayor grado conectados a esta realidad, y por ello merecedores de una mayor atención de la Jurisprudencia al respecto.

Este es el caso, sobre todo, del delito relativo a los ATENTADOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL, que se producen cuando el maltrato, sobre todo de carácter psicológico, si bien puede coexistir con alguna agresión física además, reviste tal importancia, que es dable el apreciar estas violencias como integrantes de atentados no solamente subsumibles dentro de la violencia genérica en el ámbito familiar (artículo 153) o contra la integridad psíquica constitutiva de lesiones (artículo 147), sino muy especialmente contra la dignidad de la persona, al hacerla víctima de un trato degradante (artículo 173), estando todos los artículos citados. según mi criterio, en concurso de normas, solucionable a favor del artículo 153.

Respecto de este delito, cuyo bien jurídico se halla integrado en el pluriobjetivo de "bienestar", desde mi perspectiva, según se expuso anteriormente, pero no necesariamente desde aquellas en las que puede constituir un delito con un bien jurídico diferente y no integrado en otro, a decir de la Jurisprudencia sanciona el infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral, la cual es un bien jurídico independiente de otros relacionados con el maltrato, como el derecho a la vida, al honor, a la integridad física o a la libertad; radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad moral de la persona, por algún sector jurisprudencial identificado también con la integridad psíquica, entendida ésta como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido¹⁴³, si bien como antes también dije, y aunque obviamente la abarca preferentemente, el concepto jurídico-penal de "dignidad" es más amplio.

Por ello, y al margen de que toda agresión siempre conlleve una dosis de ataque a la dignidad de la víctima, es preciso recordar que la comisión de un delito contra la integridad física no necesariamente comportará que al mismo tiempo se perpetre otro contra la integridad moral, con sustantividad propia¹⁴⁴; pero desde luego la, posibilidad de valorar ambos por los Tribunales de manera diferenciada existe, como en aquellos supuestos en que resulte adecuado encuadrar alternativamente determinadas conductas agresoras en este delito del artículo 173, si al incardinarlas en el artículo 153 no fuera posible por falta de algún requisito; o en otros casos donde ambos puedan constituir un concurso de delitos, normalmente real, a causa de la separación temporal que por lo general habrá entre ambas conductas; siendo todo lo cual absolutamente infrecuente¹⁴⁵,

¹⁴³ Así, Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero.

¹⁴⁴ Así, la Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero. Igualmente, la Sentencia 500/2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 17 de abril, la cual añade que tanto menos podrá sustentarse una condena simultánea por los tipos penales correspondientes a los artículos 153 y 173, cuando aisladamente considerado cada acto de violencia física se valore por el juzgador como constitutivo de falta y no de delito de lesiones. Por ello desestimó su aplicación conjunta el Tribunal de Apelación, copio sin embargo había apreciado el Tribunal de Instancia.

¹⁴⁵ De hecho el número de sentencias relativas al artículo 173, es muy escaso. Por ejemplo, en la Sentencia 29/2000, Juzgado de lo Penal de Barcelona, 27 de enero, en la cual el Tribunal de Instancia solicitó la aplicación en concurso ideal de ambos delitos y una falta de lesiones, solamente se apreció el

a pesar de considerarse acertadamente por un sector jurisprudencial, que aun cuando la expresión «trato degradante» sugiere una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues parecería que en otro caso no hubiera «trato» sino simplemente ataque, puede asimismo estimarse cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva de la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto, por lo cual, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede, ser calificado de degradante si posee intensidad conveniente para ello¹⁴⁶.

Sin embargo, aun cuando hasta aquí la interpretación jurisprudencial del artículo 173 me parece correcta, a la hora de extrapolarla a algunos supuestos de violencia en el ámbito familiar, o a otras situaciones de violencia, encuentro que no es congruente, al exigir unos requisitos que no se corresponden con sus propias conclusiones, y que hacen casi imposible el tratamiento diferenciado de ambas clases de violencia; e incluso, provocan, en otras ocasiones, la desestimación misma del delito del artículo 173.

Así, se entiende (y además para mayor extrañeza, por el mismo Tribunal que enunció, haciéndolos suyos, el contenido y los requisitos necesarios para la tipicidad del artículo 173, acabados de citar) el resultar insuficiente con declarar probado el "trato humillante" del agresor hacia sus víctimas (aparte de las violencias físicas reiteradas, que también las hubo), profiriéndoles de forma reiterada insultos, menospreciándolas y provocándoles sentimientos negativos sobre sí mismas, que incluso supusieron para algunas de ellas la necesidad de tratamiento psicológico (todo lo que a mi entender, contrario al anterior, sería bastante para integrar el tipo del artículo 173); siendo en cambio lo preciso, constatar conductas puntualmente merecedoras de-ser consideradas como degradantes para sus víctimas, sin resultarlo, por tanto. un trato generalizado de aquella virtualidad y la reiteración de insultos, humillaciones y menosprecios¹⁴⁷.

Personalmente, y como antes dije, no comparto esta última interpretación que supone denegar la cualificación de "degradante" a, un tratamiento contra las víctimas de tal calibre. Y lo rechazo, en primer lugar por estimar que la conducta reiterada de humillar, menospreciar y lesionar la autoestima de las víctimas, y tanto más si se les

artículo 173, en concurso ideal con una falta de lesiones dolosa: en la Sentencia 500/2000, Audiencia Provincial de Barcelona. 17 de abril, el Tribunal de instancia solicitó la aplicación conjunta de ambos delitos así como de tres faltas de lesiones, aplicando el Tribunal de Apelación solamente el artículo 153 y las faltas; en la Sentencia 70/2001. Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero, se solicitó por el Tribunal de Instancia la aplicación conjunta de ambos artículos, aplicando el Tribunal de Apelación solamente el artículo 153.

¹⁴⁶ A decir de la Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero.

¹⁴⁷ Sentencia 70/2001, Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de enero. Por lo que, continúa la misma sentencia, esa deficiencia impide ya la subsunción del relato en el precepto aplicado. Y tampoco se podrá reconducir la realización de este tipo penal a partir del resto de las conductas ya tomadas para caracterizar el delito previsto en el artículo 153 del Código Penal, es decir las agresiones físicas descritas, pues, aunque se admita que todo acto de violencia física lleva intrínseco un menoscabo de la integridad moral, libre determinación y propia estima de las víctimas, de proceder así se producirían insalvables obstáculos concursales, básicamente derivados del principio que impide el «bis in ídem», cuyo reconocimiento legal es introducido en el inciso final del artículo 177 del Código Penal, en aquellos supuestos en los que el reproche dispensado en el delito contra la integridad física, retribuye todo el desvalor inherente a la conducta sometida a juicio.

Ante la desestimación como "trato degradante" de la conducta del procesado, quizás cabe plantearse la duda sobre cuantos actos de violencia más y de qué clase, ajuicio del Tribunal, tendría que haber ejercicio contra sus víctimas, para reconocerla como tal.

provoca con ello' la necesidad de tratamiento psicológico, las denigra moralmente, y no puede por menos que ser considerada como "trato degradante", en el sentido mismo de la Jurisprudencia en general, y de dicho Tribunal concretamente. Asimismo, y en segundo lugar, por cuanto dada la diversidad, material y temporal, de la causación de violencias físicas y psíquicas, en el supuesto que comentamos, ello liaría lógico admitir también su valoración jurídica dissociada. Otra cosa sería que se entienda, al aplicarle por el Tribunal de Apelación al agresor del citado caso, el tipo del artículo 153, que esta tipicidad, realizable alternativamente por medios físicos o psíquicos, contiene ya normalmente el desvalor de la conducta recogida en el artículo 173¹⁴⁸; pero entonces la argumentación dada por el Tribunal debió ser diferente a denegar la cualificación de "trato degradante" para las conductas mencionadas, así como decir que un delito contra la "integridad física" (según calificó al artículo 153) retribuye todo el desvalor inherente a la conducta enjuiciada.

Ante lo que no acabo de entender, lo que a mi juicio constituye, en el caso concreto que comentamos, una aplicación contradictoria de una interpretación correcta sobre el tema; y todo ello además, por como ya he manifestado, tan sólo cuando la violencia psíquica es ejercida en un contexto temporal breve, con unidad de acción, siquiera sea como recurso, con o sin violencias físicas, para constituir la habitualidad, integra el tipo del artículo 153; pero cuando el maltrato psicológico se repite en momentos temporalmente tan diferenciados, que la unidad de acción se rompe, cabrá el concurso real entre varios tipos penales, bien del artículo 153 si se dan los demás requisitos, y con o sin violencias físicas; o bien del artículo 173, si caso de no reunir tales situaciones todos los elementos para aplicarles el artículo 153, al menos fueran constitutivas de "trato degradante", motivado porque las violencias psíquicas, por su importancia, sean adecuadas para lesionar objetivamente su dignidad de ser humano, creando una situación de angustia y sufrimiento en la víctima; o porque, aun cuando tengan una importancia escasa, su continuidad determine la creación de tal situación en ella; pues tratándose de agresiones reiteradas, opino que dicha repetición, incluso a pesar de su escasa valoración por los Tribunales al estimarlas como faltas, también pueden significar un trato capaz de menoscabar la integridad y la dignidad de la persona agredida, y por ello resultar degradante; y todavía en mayor grado, si además el agresor crea en tomo suyo un clima de penosa convivencia, o si esta hubiera ya cesado, de difícil y agresiva relación con su víctima, relacionada en el pasado o en el presente sentimentalmente con el agresor, o habiendo convivido o conviviendo con él en el momento del maltrato; y pudiendo entrar, además, ambos artículos, a su vez, en concurso real entre sí, o con otros ejercicios de violencia, caso de resultar posible.

Otra tipicidad que guarda una especial relación con el maltrato, es el delito de DESOBEDIENCIA. Se trata de una infracción de comisión elevada, y que sin embargo, lo que encuentro muy desafortunado, no suele estimarse, salvo en contadas ocasiones. siendo así que debería apreciarse en concurso real con el artículo 153, siempre que se produzca¹⁴⁹; e incluso creo, que si se realizaran varias desobediencias por el mismo autor del maltrato, constitutivas tanto de faltas como de delitos, estas a su vez deberían aplicarse entre sí en concurso real, o bien, si se diera el caso, como un delito o falta continuado de desobediencia, en concurso real con el delito de maltrato.

¹⁴⁸ Como en cierto tundo vino a decir la Sentencia 500/2000, Audiencia Provincial (le Barcelona, 17 ele abril, si bien en un supuesto diferente.

¹⁴⁹ Como se hizo. por ejemplo, en la Sentencia 89/2000,. Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril.

En otra perspectiva, y con relación al delito de AGRESIÓN SEXUAL, cometido también con excesiva frecuencia en un contexto de violencia sobre otros miembros de la relación familiar, particularmente contra la pareja; resultan muy interesantes, y por ello se traen a colación, las consideraciones que la Sentencia vista a continuación, hace sobre el tema, y que deberían servir de guía en general a otros Tribunales, sobre el problema de las agresiones contra la libre determinación sexual femenina, dentro o fuera del marco de la relación de pareja, y en el cual a veces, quizás en demasiadas, la actitud de los órganos Judiciales resulta excesivamente laxa, especialmente en lo tocante al consentimiento de la víctima y en la determinación de la pena a imponer; habida cuenta, probablemente, de que todavía la independencia y libertad de la mujer no acaba de ser suficientemente comprendida, y sobre todo aceptada en nuestra sociedad, y los órganos Judiciales no siempre son ajenos a ciertos estados de opinión, que no por menos pretéritos dejan de ser presentes. Y es en este mismo sentido donde la mencionada resolución incide, en unos términos cuya validez, ya lo hemos dicho, trasciende el ámbito familiar; por cuanto se pone de relieve abiertamente en ella, el que estos hechos se seguirán produciendo mientras determinadas personas no comprendan que la mujer, al igual que el hombre, tiene derecho a decidir y decir lo que quiere, hasta dónde quiere y cómo lo quiere, sin parecer válido que ante esa definición o postura, la contraparte adopte actitudes más o menos coactivas, olvidando que la mayor prueba de respeto hacia la otra parte de la relación es la consideración de su libertad sexual desde la igualdad de los sexos, y mientras se entienda que en el sexo vale todo si la pareja acepta, y no vale nada si uno sólo de ellos lo rechaza¹⁵⁰.

En cuanto a la causación de LESIONES, resulta muy frecuente que una vez: denunciadas las violencias, los Tribunales las estimen constitutivas de faltas de lesiones o de malos tratos, o incluso absuelvan al agresor o sobresean el caso. Y el problema viene planteándose, por cuanto, como se ha visto con anterioridad, al enunciar su contenido, por lo que ahora solamente lo referiremos brevemente, dedicando especial atención a las posibles soluciones, si las agresiones se juzgan y condenan simplemente como faltas, o se absuelven (igual sucedería con el sobreseimiento o condenas menores), aparte de la "santidad de la cosa juzgada"¹⁵¹, ya no pueden volver a serlo exactamente por el mismo motivo, pues se infringiría entonces el principio "non bis in idem". Hasta ahí, todo es lógico pero ya no lo es que se favorezca a los agresores de modo contrario al espíritu de las justas reivindicaciones sociales y de la normativa jurídica que disciplina este problema, por cuanto al obtener el maltratador sucesivas condenas con penas mínimas, o en todo caso sancionadas con pena menor, o absoluciones, se impediría su posterior consideración global como sujeto activo del artículo 153, produciéndose con ello una insólita ventaja para éste, siendo así que ni jurídica ni político-criminalmente es precisamente lo que el Derecho y la Sociedad estiman como adecuado.

Ante esta tesitura entiendo que caben dos soluciones al problema, propuestas desde perspectivas diferentes por la Jurisprudencia, en coherencia con evitar un inadecuado y criminógeno favorecimiento de la violencia doméstica y de sus causantes:

¹⁵⁰ Sentencia 9/1999, Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero. Vid. respecto de esta problemática, DE VEGA Ruiz, cit., pp. 89 y ss.

¹⁵¹ Basándose en este principio relativo a que los hechos juzgados con anterioridad, y finalizados con absolución, condena o sobreseimiento son "cosa juzgada", no pudiendo revisarse ni ser contradicha después en otros procesos, porque se lesionaría el "non bis in idem", y como ejemplo de otras en el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia 60/1999, Audiencia Provincial de La Coruña, 11 de noviembre, al producirse en su caso con anterioridad varios hechos de maltrato por los que fue absuelto el agresor.

- Una, entender que estas decisiones anteriores sobre hechos a lo sumo valorados como faltas de malos tratos o lesiones, no es admisible que obstaculicen insalvablemente la calificación posterior de hechos distintos¹⁵², como lo es el apreciar posteriormente un delito de malos tratos intradomésticos, a resultas de la actitud reiterada del agresor en este sentido¹⁵³, por lo cual no se lesiona el "non bis in idem", al tratarse de infracciones diferentes.

- Otra, para la cual las condenas previas, aun cuando solamente hubieran supuesto una calificación como faltas, no pueden tomarse en consideración posteriormente, en orden a constituir el delito del artículo 153, estimando entonces que lo contrario, supondría una transgresión más o menos solapada del citado principio¹⁵⁴.

Por mi parte, y como se advierte, no pretendo que se sancione al agresor por el mismo hecho varias veces, sino que los jueces no se puedan aferrar como excusa a tales condenas previas, para rechazar, en unión de su particular, y, tantas veces cuestionable, interpretación sobre este requisito, una habitualidad que obviamente se demuestra por el agresor; como sucede, a modo de ejemplo, cuando requieren no menos de tres actos de violencia, y siendo así que el agresor ha cometido varios, pero ha sido condenado por ellos, normalmente como faltas, solamente quedan dos sin sancionar, y eso le parece insuficiente-al Tribunal para apreciar una habitualidad que, por otra parte, es evidente¹⁵⁵.

A ello cabe añadir una posibilidad más a tomar en cuenta, consistente en denunciar las absurdas situaciones propiciadas por un mal entendimiento judicial de tal principio, y determinantes de que el agresor reiterado no llegue nunca a incurrir en la tipicidad relativa al artículo 153; lo cual podría corregirse mediante una interpretación flexible del requisito de la habitualidad, descartando así que las condenas previas vengan a suponer un muro infranqueable frente al que se estrellen las justos requerimientos para sancionar adecuadamente a los maltratadores habituales en el ámbito doméstico.

Pero quizás lo que me parece menos comprensible es que algunos Tribunales no utilicen estas manifestaciones de agresividad, reconocidas judicialmente, como prueba objetiva junto a otros datos, de la reiteración en el maltrato; que por otra parte es lo jurídicamente adecuado, como así lo manifiestan y hacen otros Tribunales, según

¹⁵² En este sentido, pero incluso de manera más amplia, se expresa, entre otras, la Sentencia 78/2000, Audiencia Provincial de Madrid, 5 de julio.

¹⁵³ Como ejemplo, entre otras, de parecer favorable a la apreciación, llegado el caso, de condenas anteriores, se manifiesta, entre otras, la Sentencia s/n 2000, Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de julio, alegando que la habitualidad requerida en este delito supone una valoración autónoma que recae sobre el peligro que representa, y que subsiste con independencia de que los actos violentos aislados hayan producido o no un resultado consistente en delitos o faltas de malos tratos, por los cuales haya sido juzgado; ello sin contar con que el último inciso del artículo 153 propicia el concurso con los resultados producidos, por lo cual la pena correspondiente a este delito se aplica, sin perjuicio de las correspondientes a los resultados causados.

En el mismo sentido que he manifestado como favorable a la compatibilidad de las condenas previas, y su validez probatoria se pronuncia OLMEDO CARDENETE, cit., pp. 111 y ss.

¹⁵⁴ Así lo entienden Marín de Espinosa, cit., pp. 237 y ss.; Cortés Bechiarelli, cit., pp. 83 y ss.

¹⁵⁵ Como aconteció, por ejemplo, inadecuadamente, en las Sentencias 204/1998, Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio; 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo; 4/2001, Audiencia Provincial de Cádiz, 8 de enero; 245/2001, Audiencia Provincial de Valladolid, 31 de marzo.

también vimos en su momento¹⁵⁶; y lo cual es compatible, a mi entender, incluso con ser contrarios a la opinión anteriormente comentada sobre la validez de las condenas previas. Ello produce la tan usual como indeseable consecuencia de que por causa de estas actitudes judiciales, opuestas a estimarlas como una prueba más de la realización del delito del artículo 153, se propicia el negar la habitualidad; al par que, entendiendo que proceder en tal sentido lesiona el principio "non bis in ídem" mencionado, cuando no es así verdaderamente, por las razones antedichas de suponer tales condenas por faltas una vía más de prueba que avale la constancia en las agresiones, éstas, al final, se saldan con penas tan mínimas, o con absoluciones, que no hacen sino favorecer a los agresores y reforzar su posición de dominio, mientras las víctimas resultan perjudicadas, y se desalienta con ello obviamente el recurso al ordenamiento jurídico para garantizar su protección.

Por todo lo cual es de desear que, una vez más en sede de problemas tan graves, se unifiquen los criterios judiciales, y se adopte una solución razonada y razonable, que no solamente reinstaure adecuadamente el orden jurídico perturbado, sino que además refuerce la adhesión individual y social a los valores protegidos por estas normas que disciplinan el maltrato intrafamiliar.

Sobre las AMENAZAS Y COACCIONES, y sin perjuicio de que en algunas ocasiones ciertamente quepa entender que forman parte del contenido de otros delitos y entonces no puedan apreciarse separadamente de éstos¹⁵⁷; resulta sin embargo habitual el valorarlas judicialmente con excesiva benignidad o ligereza, unas veces no considerando su existencia, y otras considerándola, pero tras entenderlas simplemente como parte integrante de aquellos, a pesar de que podrían ser estimadas, por ejemplo a causa de su importancia y de su comisión temporal diferenciada, como delitos en sí mismas, y por tanto distintos de esos otros; y ante lo que, en buena técnica deberían entrar en concurso real, con los malos trato del artículo 153, o de los que se trate en ese supuesto concreto, sin ser consumidas ni subsumidas por ellos¹⁵⁸.

Igual puede decirse que sucede con las INJURIAS, las cuales también en ocasiones pueden formar parte necesaria de determinadas tipicidades, como puede ser

¹⁵⁶ Por todas, en la Sentencia 295/2000, Audiencia Provincial de Zaragoza, 27 de julio, en las cuales se reconoce acertadamente, que las condenas previas no tienen porqué suponer un obstáculo para admitir la habitualidad, sino que antes al contrario, prueban objetivamente su existencia.

¹⁵⁷ Por ejemplo, cuando se significan como los actos de violencia que integran el tipo del artículo 153, posibilitando su configuración en el caso concreto, pues obviamente en tal circunstancia no podrían estimarse en concurso.

Tampoco, desde la perspectiva del bien jurídico que propongo, resultará, por lo general, normalmente posible su valoración en concurrencia, por cuanto el bien jurídico que en estas infracciones se protege, la libertad de formación o manifestación de la voluntad, se halla, en principio, incluido en el mismo; salvo en situaciones desligadas de la unidad de acción necesaria para la apreciación de esta tipicidad, en las cuales sí cabría su concurrencia, bajo la forma de concurso real.

¹⁵⁸ Un ejemplo de actuación incorrecta en el sentido indicado. lo constituyen, a un entender, las Sentencias 9/1999. Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero, y 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio, por estimar incluidas las amenazas graves proferidas durante tres años al menos, en los delitos de agresión sexual y maltrato familiar; siendo así que por su importancia y reiteración, y porque además, concurrían también con entidad propia y diferenciada de las amenazas, todos los requisitos necesarios para configurar dichos tipos, así como el 153, hubiera sido más adecuado apreciarlas en concurso de delitos. Correctamente apreciadas, en cambio, en la Sentencia 75/2001, Audiencia Provincial de Girona, 21 de junio.

Favorable también al concurso, OLMEDO CARDENETE, cit., pp. 142-143.

en este caso el artículo 153¹⁵⁹, pero también lo es que en otras, al igual que con las amenazas, se califican demasiado a la ligera, minimizando su importancia¹⁶⁰, o considerándolas con independencia de su comisión desligada de la unidad de acción y ajena temporalmente a ésta, como una mera parte de la violencia psicológica, propia de la conducta maltratadora o de la conducta violenta relativa al caso concreto¹⁶¹; siendo así que salvo en aquellas situaciones en que resulten necesarias para constituir otras tipicidades, cuando revistan una especial importancia, en buena técnica, y evitando, con ello los comentados favorecimientos fuera de orden, podrían concurrir con otras violencias, al igual que las amenazas, coacciones y atentados contra la integridad moral, de las siguientes maneras que proponemos, algunas ya anteriormente mencionadas:

a) Incluirlas, como las amenazas y coacciones y atentados contra la integridad moral, cuando las circunstancias del caso concreto lo permitan, en la consideración de violencia psicológica propia del artículo 153. Caso de haber también violencias físicas, que cumplieran por sí mismas, y sin necesidad de las psicológicas, los elementos requerido en este artículo, y si cupiera la posibilidad, porque a título de ejemplo, se cometieran tan separadas en el tiempo las dos clases de violencia, y tan diferenciadas entre sí, podría originarse un concurso real de delitos constituido por ambas posibilidades comisivas de dicho artículo, si se dieran los requisitos adecuados para integrar el tipo, en ambas posibilidades.

b) Considerarlas alternativamente, en defecto de la anterior posibilidad, como parte integrante del artículo 173, si las injurias o amenazas o coacciones o atentados

¹⁵⁹ En el sentido primeramente indicado para la posibilidad de concurrencia con las amenazas y coacciones, cabe pronunciarse igualmente con las injurias, por cuanto si se profirieran bajo los requisitos del artículo 153, podrían significarse como actos de violencia psíquica, constitutiva de éste, no procediendo entonces el concurso.

En cambio, desde la perspectiva del bien jurídico que hemos propuesto, cabe hacer una diferencia con las anteriores, por cuanto el honor, entendido como relativo a la reputación social, en términos generales no lo consideramos incluido en el concepto de "bienestar" para este delito del artículo 153, aunque sí cabe estimar determinadas injurias como lesivas del bienestar psicológico, al quebrantar la autoestima de la víctima, relativa al honor subjetivo, y a su dignidad, aspectos estos sí incluidos en nuestro concepto de "bienestar", y ante lo cual en principio no cabría su apreciación diferenciada, y por tanto del concurso; aun cuando, al igual que dijimos para las amenazas y coacciones, y para los atentados contra la integridad moral, cuando se pruebe la existencia de hechos cometidos ajenos a la unidad de acción necesaria para la apreciación de esta tipicidad, o que no resulten necesarios para integrarla, en el sentido del párrafo primero de esta Nota, puede estimarse su comisión en concurso real con el delito de maltrato en el ámbito doméstico.

¹⁶⁰ Así, en la Sentencia 5191/1999, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de mayo, expresiones como "vienes de putear", y "vienes de estar con hombres", dichas a la esposa, si bien se reconocieron como expresiones afrentosas y lesivas a su estima, fueron valoradas como injurias livianas según el "tribunal, siendo así que por su naturaleza y efectos obviamente resultan graves; y aduciendo para su benévola calificación el haberse proferido en su domicilio, y en el enarco del deteriorado contexto de su relación - deterioro causado por la brutalidad del comportamiento del acusado, conviene señalarlo-; o el llamar a su víctima "tonta", "mierda" y "puta" (aunque se propone la calificación de falta para ellas), en la Sentencia 6912001, Audiencia Provincial de Valencia, 7 de marzo.

¹⁶¹ Resulta poco comprensible que verter continuamente sobre una persona, sobre todo si es la misma, lo que acentúa su carácter afrentoso por la reiteración, expresiones altamente injuriosas, como "puta" "cerda" "no vales nada", en la Sentencia 301/1999, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 9 de diciembre; y "puta", —zorra'. —asquerosa", sobre una chica de la cual además el procesado había abusado sexualmente, en la Sentencia 927/2000, Tribunal Supremo, 24 de junio, y por cuanto no eran necesarias para apreciar el artículo 1.53. no se castigaran en concurso con éste, no ya como delito de injurias, que por su gravedad obviamente lo merecen, sino ni siquiera como faltas.

contra la integridad moral, por su importancia, y, reuniendo los demás requisitos para ello, lesionaran especialmente la dignidad de la víctima.

c) Estimarlas como delitos o faltas, según los casos, pero independientes, de injurias o de amenazas o coacciones, o de atentados contra la integridad moral, y por tanto en concurso con los realizados en otros supuestos, caso de haberlos, si se produjera en el caso concreto dicha posibilidad, y si el entendimiento sobre los respectivos bienes jurídicos lo permitiera.

Esto se dice para una vez más propiciar la reflexión de los Tribunales sobre su entendimiento de la cuestión que analizamos, en cuanto el actuar opuesto, es decir, la no apreciación de tales infracciones, o su incorrecta apreciación inadecuada, determina una vez más también, soluciones de inadecuada benevolencia con los maltratadores, que no hacen sino la flagrante injusticia de favorecer a éstos y al desamparo jurídico de las víctimas.

Con referencia a otras formas de aparición, como es el delito continuado de maltrato en el ámbito familiar, cabe decir que para la Jurisprudencia esta posibilidad no se advierte con seguridad como jurídicamente aceptable¹⁶².

8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Para finalizar este análisis jurisprudencial, y con relación a las consecuencias jurídicas del delito, encuentro necesario el tener que referirme nuevamente a la excesiva benignidad en la aplicación tanto de las penas principales como de las accesorias, y en las medidas de seguridad¹⁶³, no solamente en referencia a este delito del artículo 153, cuya pena actualmente asignada es de seis meses a tres años, y que, en mi opinión, y de "lege ferenda", en ningún caso debería ser su límite mínimo inferior a tres años (con un límite máximo de seis años¹⁶⁴), sino a otros también relativos al ejercicio de violencias; habida cuenta de que dicha, y a veces incomprensible benevolencia judicial, favorece la elevada comisión de agresiones -cuya verdadera magnitud se está empezando a conocer- y la reiteración en estos comportamientos, así como también las favorece las frecuentes desobediencias a las resoluciones judiciales de alejamiento; y constituyendo por demás en todo ello, como se sabe, uno de los factores criminógenos de primer orden, el escaso temor que sienten los autores hacia las consecuencias jurídicas de sus agresiones; reconocimiento éste al que incluso los propios delincuentes no son ajenos en absoluto¹⁶⁵.

¹⁶² Toda vez que aun cuando se admite tal posibilidad para los delitos de lesiones, en la Sentencia 487/1998, Audiencia Provincial de Madrid, 15 de septiembre, con referencia específica al artículo 153, únicamente la Sentencia 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril, habla de "delito de violencias continuadas en el ámbito familiar", pero en realidad parece decirlo en el sentido de "habituales" o "reiteradas".

¹⁶³ Al haberme referido con anterioridad a este problema de la excesiva magnanimidad con los agresores, por parte de algunos órganos Judiciales, manifestada en las diversas actuaciones señaladas, así como en la lenidad de sus sanciones, solamente dejaré constancia en este apartado, de algunas cuestiones relativas no comentadas con anterioridad.

¹⁶⁴ Coincide con mi propuesta en el límite máximo de seis años: MARÍN DE ESPINOSA, cit., p. 317.

¹⁶⁵ Como ejemplo de lo expuesto, puede verse en la Sentencia 204/1998, Audiencia Provincial de Girona, 5 de junio, el manifiesto escaso temor que el acusado tenía hacia las sanciones derivadas de su conducta, al expresarse en términos como los siguientes, recogidos en los antecedentes de hecho: "ya no me importa pagar un poco más", "por pagar un poco más ya no me importa lanzarte por el balcón, que al cabo de unos años yo saldré de la prisión pero tú ya estarás muerta". Sobre todo resulta especialmente definitoria de la

Asimismo, recuerdo la necesidad de que sean especialmente cuidadosos los Tribunales en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y en su sustitución, así como en la concesión de la libertad condicional y permisos carcelarios, que por aplicarse actualmente de manera demasiado indiscriminada y automatizada, provoca la indefensión de las víctimas; así como tendría que ser obligatorio en todos los casos de maltrato, la imposición de medidas y terapias que prevengan su comisión, según hacen algunos Tribunales, verdaderamente conscientes del problema, marcando con sus resoluciones el camino a seguir para hacer efectiva la prevención de tales conductas, algunas de las cuales hemos puesto de manifiesto anteriormente, así como lo haremos a continuación; por cuanto, el impartir justicia, siempre pero más en estos temas, supone obviamente, ya lo hemos dicho, no perjudicar al agresor, respetando escrupulosamente sus derechos, pero menos todavía supone beneficiarlo innecesariamente, en detrimento de las víctimas.

En este contexto, resulta también de extremo interés que, en el frecuente supuesto, precedentemente comentado, y por ello ahora solo brevemente, de aducirse por el reo, a fin de disminuir su responsabilidad, dependencias tóxicas y alcohólicas, o sensibilidad especial en caso de ingesta, que le producen anomalías o alteraciones psíquicas derivadas del consumo de estas sustancias, llevándole esto a perder en mayor o menor grado el control de sus actos, y comportándose en esa situación agresivamente, pero siendo deducible, al mismo tiempo, que tales repercusiones podían haberse evitado, y con ello el peligro para las víctimas, simplemente poniendo de su parte o acogiendo a terapias para erradicarlas; se demuestre, incluso al solicitar (y tanto más para conceder) la disminución de su responsabilidad, el haberse sometido seriamente, o estarse sometiendo a tratamiento, para curar su adicción y prevenir la comisión de malos tratos.

Y de no proceder en esta forma el agresor, lo jurídicamente adecuado sería, salvo en casos especiales, estimar, como también hemos propuesto, la realización de una "actio libera in causa"; por cuanto si conoce o puede conocer en su caso¹⁶⁶ los problemas que desencadena o puede desencadenar a causa de la adicción o ingesta previa de tales sustancias, lo lógico será tratar de evitarlas, pero en cambio, no lo será el consumirlas, cometer el delito y después solicitar que se le tome en cuenta su ingesta para disminuir su responsabilidad, cuando en buena lógica, debería ser al contrario.

Y ello tanto más, considerando la aberración jurídica que supone esa especie de "mundo al revés" resultante del hecho tan cuestionable de que delincuentes que no alegan anomalías o trastornos de conducta por causa de su adicción a sustancias tóxicas, ni efectivamente las padecen al haber evitado consumirlas, o por consumirlas moderadamente, como en el caso del alcohol, resulten, al menos hipotéticamente, perjudicados al carecer de esta posibilidad de disminuir su responsabilidad, y soporten siquiera teóricamente la imposición de ésta en mayor grado si, para colmo, al delinquir no disponen de otras causas atenuantes; mientras en cambio, quienes las consumen

situación actual, la siguiente frase del agresor dirigida a su víctima: "mira lo que está pasando hoy en día, yo estaré unos pocos años en prisión pero tu ya estará enterrada". Ice es exactamente el estado (le la cuestión, y en mi opinión, nada o muy poco cambiara mientras los Tribunales sigan dando la razón a los agresores con la indulgencia de sus actuaciones sobre ellos.

¹⁶⁶ Y en términos generales, puede decirse que raramente existe alguien, en la actualidad, que no sepa nada de tales efectos, y no pueda por tanto prevenirlos y evitarlos.

irresponsablemente, y en demasiadas ocasiones ni siquiera se preocupan de someterse a tratamientos para corregir lo que supone un problema para ellos y sobre todo para los demás, ya sean víctimas concretas o la sociedad en general, resultan encima favorecidos, por cuanto al solicitar -lo que más bien debiera constituir una agravante de su comportamiento irresponsable- la disminución de su responsabilidad, los Tribunales se la conceden. Todo lo cual, por mi parte, lleva a considerar que tal decisión resulta más bien fruto de su benevolencia que de una reflexión profunda sobre la conveniencia de hacerlo.

Es por ello que consecuentemente, cuando en situaciones como las antedescritas, se otorgue al agresor la atenuación de su responsabilidad criminal, deberían aplicársele siempre medidas de internamiento en establecimientos adecuados, para que siga tratamiento médico o reciba educación especial. Y excepcionalmente, si fuera desaconsejable el internamiento, debe aplicarse la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos socio-sanitarios, siempre que se acredite fehacientemente el resultar suficiente para el agresor, dadas sus circunstancias, recibir los tratamientos en régimen ambulatorio, controlados y con revisiones periódicas, y presentando aquel en su momento las oportunas certificaciones acreditativas de la continuación del tratamiento por el tiempo fijado judicialmente¹⁶⁷.

Y en todo caso, entiendo también que los Tribunales deberían, consecuentemente a la concesión de la aminoración de responsabilidad del reo por causa de tales adicciones, el imponerle asimismo siempre (salvo en casos muy concretos donde no resulte necesaria esta medida) la prohibición de visitar establecimientos de expendición de bebidas alcohólicas o lugares donde el reo adquiera o consuma la clase de sustancias que desencadenan la comisión de maltratos, por el tiempo que el Tribunal estime acomodado a la gravedad del riesgo que con la medida se pretende conjurar¹⁶⁸.

Y en el caso de que, excepcionalmente, a juicio del Tribunal se estimara aconsejable para el paciente-agresor continuar su vida familiar, a fin de favorecer su apoyo afectivo y social, y lograr una rehabilitación que se sabe posible, obviamente debe concedérsele, pero observando el Tribunal a su vez todas las cautelas legales, y haciendo un estricto seguimiento de la situación, para no victimizar en mayor medida a la familia maltratada; y ello siempre, a decir de la Jurisprudencia, que se aprecie realmente mejoría clínica, y ofrezca el reo claramente una actitud de colaboración y

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, se determinó en las Sentencias 487/1998, Audiencia Provincial de Madrid, 15 de septiembre, y 568/2000, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de octubre, en la cual se precisó también por parte del Tribunal, que se incidiera de forma especial en el programa formativo sobre la relación entre la violencia contra sus esposa e hijos y el consumo de alcohol. También en este sentido, y a pesar de mis reservas sobre la conveniencia de conceder la suspensión de condena a los maltratadores, resulta entendible la decisión de un Tribunal de Apelación, en la Sentencia 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril, el cual, para intentar paliar definitivamente el problema de convivencia surgido entre el acusado y su ex-mujer, y habida cuenta de que en su caso concreto resultaba obligado entenderse a causa de los hijos habidos durante su matrimonio, creyó preferible conceder al acusado los beneficios de la suspensión de condena, siempre que acreditara su inclusión y seguimiento de un programa o tratamiento en centro oficial reconocido, para el control y deshabitación del alcoholismo que padecía, al ser ésta la razón principal de su conducta agresiva y violenta; si bien, lógicamente, condicionando el mantenimiento de tales beneficios a que el acusado no abandonara el tratamiento hasta su finalización, el cual, por otra parte, no afectaría al cumplimiento y ejecución de la pena accesoria de alejamiento del agresor contenida en el artículo 57 del Código Penal.

¹⁶⁸ Como se hizo adecuadamente, entre otras, en las Sentencias 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo y 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio.

concienciación de su trastorno¹⁶⁹, y la familia previamente esté plenamente de acuerdo con su acogimiento, que podríamos denominar "a prueba".

En cuanto al alejamiento del agresor, y en coherencia con la finalidad preventiva de esta pena o medida de seguridad -según quiera considerarse su naturaleza¹⁷⁰, supone en base al contenido determinado por el Código Penal, la prohibición de que el acusado se acerque o se comuniquen con la víctima, vuelva al lugar de residencia de ésta, o se traslade a vivir en él (artículos 57 y 105); y cuya procedencia en aplicarla al supuesto del artículo 153, la Jurisprudencia afirma, al hallarse este delito incardinado dentro del título comprensivo de las lesiones, y a su vez el artículo 57 incluirlo entre la relación de delitos en los que se faculta a los Jueces y Tribunales para acordarla en sus sentencias¹⁷¹, si se considera como pena accesoria; así como su carácter de medida aseguradora, en el artículo 105 permite su aplicación a los sujetos activos descritos, y para cuya efectividad se requerirá que el agresor declare el domicilio elegido y los cambios que en él se produzcan; y debiendo imponerse siempre en estos supuestos, y sobre todo, cuando la vivienda del maltratador radique en el mismo o muy próximo inmueble que el de la víctima, habida cuenta de algo que los Tribunales olvidan frecuentemente, con nefastos resultados casi siempre para las víctimas, y es el peligro permanente que los agresores de esta naturaleza representan para ellas, especialmente cuando nada ponen de su parte para dejar de serlo¹⁷².

¹⁶⁹ Así, la Sentencia 487/1998, Audiencia Provincial de Madrid 15 de septiembre, que recoge un supuesto de aplicación de no suspensión de la vida familiar, habida cuenta de comportarse el agresor bajo los presupuestos mencionados, y mostrarse de acuerdo la familia.

¹⁷⁰ Tiene carácter de pena accesoria en la Sentencias 9/1999. Audiencia Provincial de Córdoba, 12 de febrero, y reiterada en la posterior Sentencia 14/2001, Audiencia Provincial de Córdoba, 22 de junio; 8/2000, Audiencia Provincial de Teruel, 12 de mayo; 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril; 3/2001. Audiencia Provincial enero; 13/2000, Audiencia de Madrid, 8 de 000, Audiencia Provincial de Ciudad Real, 26 de mayo, que la consideran copia "pena accesoria impropia", pues a diferencia de las demás privativas de derechos, se ha de comenzar a cumplir una vez agotada la pena privativa de libertad, o cuando el acusado alcance la libertad condicional, no siendo posible, por tanto su ejecución simultánea; y de medida no privativa de libertad, en las Sentencias 1208/2000, Tribunal Supremo, 7 de julio 46/2001, Audiencia Provincial tic Madrid, 9 de febrero.

Personalmente estimo que posee una naturaleza mixta o dual, debido a las finalidades y características que presenta, por lo que habrá de estarse al caso concreto y comprobar el papel que desempeña en él, así como las orientaciones del Tribunal al imponerla, para otorgarle la naturaleza y efectos que le corresponda en ese supuesto.

¹⁷¹ Al respecto determina también el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en los casos en los cuales se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, y cuando resulte necesario para la protección de la víctima, podrá imponer el alejamiento cautelarmente, de forma motivada.

¹⁷² Particularmente interesante al respecto resultan las consideraciones preventivas contenidas en la Sentencia 89/2000, Audiencia Provincial de Baleares, 6 de abril; por una parte, sobre la necesidad de su aplicación, que hace la Juez «a quo», al prohibir al acusado el acudir al inmueble en el que habitaban él y su ex-mujer, o al que en el futuro se trasladase a vivir ella, por un plazo de X años; y por otra. señalando además el Tribunal de Apelación, su gran trascendencia cautelar, y sobre todo en ese caso concreto, al ubicarse en dicho inmueble también la vivienda del maltratador.

Pese a ello, se reseña muy acertadamente, que al no constar que el acusado hubiera iniciado o solicitado su inclusión en algún tipo de terapia o tratamiento médico en centro autorizado o incluso en la prisión para procurar, con ayuda especializada, controlar su grave adicción al consumo exagerado de bebidas alcohólicas, siendo esta la causa que motivaba su comportamiento delictivo, se mantuvo dicha solución como único mecanismo para evitar, que una vez el acusado cumpliera la condena impuesta, se repitieran hechos como los descritos en la sentencia, constitutivos de agresiones y desobediencias judiciales reiteradas.

Partidario también de su aplicación a este delito, consciente de su importancia preventiva: OLMEDO CARDENETE, cit., pp. 162-163.

Y precisamente por ese peligro permanente, sobradamente conocido, que los agresores suelen representar para sus víctimas, tanto si ejercen la violencia directamente sobre ellas, como si lo hacen indirectamente, por ejemplo maltratando a la madre delante de sus hijos menores, deberían plantearse los órganos Judiciales, y de forma contraria a como actualmente acontece, la necesidad de privar en casi todos los casos, de la patria potestad a los maltratadores habituales, no solo por el tiempo máximo de la condena, que incluso raramente se aplica, sino a ser posible con carácter definitivo¹⁷³; siempre desde luego que ello no redunde, tras una comprobación adecuada sobre el extremo, en un perjuicio superior para el menor afectado, aunque debe considerarse que hay muy pocas cosas peores para cualquier persona, y más para un niño, que tener padres maltratadores, y tener, además, que seguir bajo su potestad; lo cual, y en el caso de que esta condición se proyecte sobre ambos padres, le deja sin esperanzas de una vida mejor. Por consiguiente, nuevamente debe solicitarse a los Jueces que investiguen cuidadosamente, sobre lo que podría resultar en realidad más adecuado para el menor, en vez de dar por sentado, en ocasiones demasiado a la ligera, que lo preferible para éste es mantenerlo bajo los vínculos "familiares".

También resulta necesario, por el mismo motivo del peligro que suponen los agresores, que los órganos Judiciales se planteen la necesidad, que se está demostrando cada día más imperiosa, de privar a los maltratadores habituales, salvo en casos muy especiales que aconsejen lo contrario, del derecho a visitar y relacionarse con sus hijos menores, por cuanto normalmente lo utilizan para agredir en mayor grado psicológicamente a las víctimas, tomando para ello como instrumento, cuando no de rehenes como tales, a estos hijos, expandiendo así y aumentando las consecuencias del maltrato. En esta decisión sobre la denegación, o si ya estuviera concedido y ejerciéndose, aplicándose la suspensión cautelar de las visitas y contactos, es necesario tomar en cuenta al respecto no solamente las quejas motivadas de las víctimas (demasiado a menudo desoídas, con funestos resultados), sino además, en la medida de lo posible, la opinión de los menores, incluso de aquellos con edad inferior a 12 años; por cuanto los menores, suelen ser mucho más conscientes del problema, sobre todo cuando han sido víctimas directas o indirectas de él, de lo que algunos Jueces se toman en ocasiones la molestia de averiguar, y ante lo que debería investigarse cuidadosamente sobre lo que los niños dicen al respecto, si a mayor abundamiento lo que dicen tiene fundamentos objetivos; en vez de prescindir de su testimonio o minimizar la importancia de éste, al provenir de un menor¹⁷⁴.

Para finalizar, y al margen de las penas y medidas que se impongan al reo, entiendo que debería complementarse siempre su aplicación, con el requerimiento o exigencia, según los casos, al agresor de seguir terapias o tratamientos, que le ayuden a reconsiderar y superar su agresividad y su afán de dominio sobre las víctimas familiares,

¹⁷³ Un ejemplo idóneo sobre lo que trato de expresar, aunque a decir verdad lo constituyen prácticamente todas las situaciones de malos tratos reiterados, al igual que otros supuestos de agresiones contra ellos, como en el caso de abusos de cualquier clase contra su libertad sexual; lo constituye el supuesto relatado en la Sentencia 13/2000. Audiencia Provincial (le Ciudad Real, 26 de mayo, en la cual ciertamente el tiempo de fa condena era elevado, pero aun así entiendo que debió haber un pronunciamiento expreso en ella, a tenor de los considerandos, sobre la retirada definitiva (le la patria potestad a los padres, prevista entre otros, en los artículos 111, 1.54. segundo párrafo, y 17(1 del Código Civil, artículos 10 a 18 de la Ley de Protección del Menor; así como en los artículos 39 h), 46 y 105 g) del Código Penal.

¹⁷⁴ En aplicación de los artículos 92 y 94, 103 y 160 del Código Civil; artículo 9, y 10 a 18 de la Ley de Protección del Menor; así como de los artículos 33.2 g) y 33.3 f), 39 f) y 48, párrafos primero y segundo, y 105 g).

a fin de erradicar tales comportamientos en el futuro (lo que podría considerarse incluido en las medidas de seguridad previstas en el artículo 105.f).

De todo lo dicho se desprende que el camino a seguir por los Tribunales, en mi opinión al menos, consiste, en interpretar y aplicar la normativa existente sobre la materia, de manera acorde con su teleología y con los criterios de prevención especial en primer término y de general en segundo, que precise (de lo cual creo que se desprende una vez más no ser mi intención, en absoluto, desmesurar la respuesta penal al problema, aunque sí pretender su adecuación a él); procurando resolver con un criterio en mayor grado acorde con la realidad que este problema jurídico y social presenta, según he ido poniendo críticamente de manifiesto a lo largo de este trabajo.

Ello implica, entre otras cosas, y sin que a ello obste la no vinculación a los precedentes, ante los que como resulta sabido cabe una razonable evolución pero nunca la ignorancia, el adoptar unas pautas decisorias más uniformes, al menos en las cuestiones significativas, evitando así las actualmente excesivas discordancias y oscilaciones sobre el tema -especialmente advertibles en la lectura contrastada de los dictámenes emitidos en el ámbito de las Audiencias Provinciales- y que tan seriamente comprometen la imagen de los órganos Judiciales; constituyendo esto, por otra parte, un esfuerzo exigible en unos temas tan sensibles, y en los que no cabe esperar del ciudadano que entienda, y menos aún que transija tales diferencias de criterio, entre otros motivos por la sensación, no precisamente errónea, de indefensión que se le transmite por parte de unas Instituciones que, precisamente deben suponer para el ciudadano una garantía de certeza frente a la inseguridad jurídica.

Todo lo cual indudablemente requeriría también cambiar ciertas actitudes pretéritas de los propios Tribunales, de tal manera que acaben superados los inconvenientes que todavía en la actualidad producen en detrimento de las víctimas. Ello sin perjuicio, desde luego, de valorar las muchas y destacables aportaciones que a través de sus sentencias han hecho con referencia a este delito, y que es obligado reconocerles, por cuanto han contribuido de manera inequívoca a sentar las bases para una mejor convivencia, que es tanto como decir más libre y pacífica.

En definitiva, y partiendo de asumir que "implicados" en el problema somos todos los miembros de la sociedad, cada uno desde su propia perspectiva, urge reflexionar sobre como nos conducimos frente a él, y si en realidad todos tenemos el suficiente interés para propiciar las adecuadas soluciones, por cuando a todos, sin excepción, lo repito una vez más, nos alcanza la obligación de colaborar en erradicarlo.