

DERECHO PENAL

EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR, AFECTIVO O SIMILAR TRAS LAS REFORMAS DE 2003 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR Y

M.ª ÁNGELES RUEDA MARTÍN

Profesores titulares de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

Sumario

I. Introducción. II. Tipicidad. 1. Tipo básico. 2. Tipo agravado. III. Antijuridicidad. IV. Culpabilidad. V. Concursos. VI. Consecuencias jurídicas. 1. Las consecuencias jurídico penales. 1.1. Penas principales. 1.2. Penas accesorias. 1.3. Medidas de seguridad. 2. Las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis de la LECr. 3. La Orden de protección del art. 544 ter de la LECr.

I. Introducción

Los malos tratos a las personas se han castigado tradicionalmente como falta en nuestra legislación penal. Pero los **maltratos habituales** en el ámbito familiar se vienen castigando de manera específica en el Código penal español desde la Ley Orgánica (L.O.) 3/1989, de 21 de junio, que los introdujo como delito en el art. 425¹. Posteriormente el

¹ En el art. 425 del Código penal anterior se establecía textualmente: «*el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona que estuviere unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria*

Código penal de 1995 mantuvo el mismo delito en el art. 153 con una redacción más amplia y una pena superior². Después este artículo fue reformado por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, que siguió ampliando su contenido y depurando sus conceptos fundamentales³. Por último, mediante la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, el legislador ha vuelto a enmendar el precepto en tres aspectos significativos: en primer lugar, le ha dotado de una nueva ubicación sistemática, dentro del Título VII del Libro II, en el art. 173.2 y 3; en segundo lugar, ha aumentado el campo de aplicación del delito, al ampliar los segmentos de posibles sujetos pasivos; finalmente, le ha añadido nuevas penas que se suman a la tradicional pena privativa de libertad.

El contenido actual del art. 173.2 y 3 establece lo siguiente:

«2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre perso-

potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor.»

² La redacción originaria del art. 153 decía: *«el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.»*

³ La redacción del art. 153 tras dicha reforma decía: *«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.»*

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

na amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

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

Esta regulación específica de la denominada «violencia doméstica»⁴ no puede hacernos olvidar que éste es sólo un **recurso adicional** del Derecho penal **y de refuerzo** de otros delitos y faltas para afrontar desde este ámbito el fenómeno criminal de la referida violencia. Hay que colocar, por tanto, en primer lugar como instrumentos penales contra la violencia doméstica a todos los delitos y faltas comunes contra las personas, entendidos en su más amplia acepción (delitos y faltas contra la vida, la integridad corporal y la salud, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el honor, etc.) y las correspondientes circunstancias atenuantes y sobre todo agravantes generales (estados pasionales, parentesco, abuso de superioridad, reincidencia, etc.). Esto se corresponde asimismo con la aplicación práctica del Derecho penal, pues aunque se dice que el delito del art. 173.2 adelanta las barreras de protección del Derecho penal (ya que, como veremos, es un delito de

⁴ Expresión que vamos a seguir utilizando, a pesar de que las últimas reformas en torno al delito han ido excediendo el ámbito de lo estrictamente doméstico, porque el propio legislador no ha renunciado a su utilización y, además, da la impresión de que se encuentra enraizada en los distintos ámbitos institucionales que abordan este conflicto social. Véase a este respecto *infra*.

peligro y no de lesión), lo cierto es que para apreciar habitualidad es preciso la repetición o reiteración de los actos de violencia, por lo que normalmente entrarán en juego antes esos otros delitos y faltas de carácter general. Precisamente a este respecto cabe destacar que la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, ha dotado de nuevo contenido al art. 153, elevando a la categoría de delito lo que hasta entonces eran simples faltas de lesiones, malos tratos o amenazas leves con armas cuando se las causan entre sí los sujetos mencionados en el art. 173.2⁵.

Las notas que definen el tipo delictivo de violencia habitual son la existencia de un determinado vínculo entre el sujeto activo y el pasivo, el empleo de violencia física o psíquica, y la habitualidad de ésta.

La doctrina ha venido caracterizando este delito como una figura agravada de la falta de malos tratos, elevada al rango de delito en razón de la habitualidad y de las relaciones familiares o de convivencia presente o pasada en que se basa. Pero puesto que las relaciones aludidas en el art. 173.2 conforman, por un lado, un tipo agravado de la referida falta, elevado a la categoría de delito en el art. 153, y, por otro lado, un tipo agravado de otra falta contra las personas en el último párrafo del art. 620, el elemento decisivo que dota de independencia a la figura de delito del art. 173.2 y que lo convierte en **delito autónomo** es la habitualidad de las acciones típicas de violencia. Hasta el punto de que dichas acciones, consideradas singularmente una por una, acaban castigándose independientemente de este delito, como se desprende del último inciso del primer párrafo del art. 173.2. Por otra parte, las acciones de violencia que son susceptibles de configurar el delito del art. 173.2 no se agotan en lesionar, golpear, maltratar, amenazar, coaccionar, injuriar o vejear injustamente (conductas típicas de los arts. 153 y 620). La violencia física o psíquica puede adoptar la forma de cualesquiera acciones de los delitos y faltas contra las personas que respondan al indicado fenómeno criminal, y ello es posible porque lo que se castiga en el art. 173.2 no son esos delitos o faltas de contenido violento practicados contra todos o alguno de los miembros del grupo familiar, afectivo o

⁵ En esta misma línea se pretende proseguir mediante las modificaciones legislativas previstas en el *Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer*, en el que, entre otras muchas medidas, se prevé el castigo como «delito» de las coacciones leves y amenazas leves de cualquier clase cometidas contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, y en el que se incluye asimismo un «tipo agravado» de lesiones contra el mencionado sujeto pasivo (art. 148.4.^o). No obstante, se produce un cambio cualitativo en esta transformación de faltas en delitos con la referencia específica al género, lo cual plantea serias dudas desde el punto de vista del principio constitucional de igualdad ante la ley, pues no siempre cabe esperar que concurra el fundamento material de esa agravación, consistente en la mayor vulnerabilidad de la víctima.

similar, sino el hecho de obrar de ese modo con habitualidad dentro de aquel círculo de personas.

Hasta la última reforma legislativa esta figura delictiva se incluía dentro de la sistemática de los delitos de lesiones, por lo que a partir de ahí podía ser entendido como un delito contra la integridad o salud personales independiente de los demás tipos del Título III. En consecuencia, el **bien jurídico** protegido, al igual que en el resto de los tipos de lesiones, no era otro que la integridad corporal o la **salud** física o mental. No obstante, la opinión de la doctrina en torno al bien jurídico ha diferido considerablemente de unos autores a otros y se han citado como posibles bienes jurídicos distintos del referido: el bienestar personal, la incolumidad o indemnidad personal, la seguridad, la dignidad, la integridad moral, la familia o incluso una pluralidad de los anteriores⁶. Esta variedad de posturas puede obedecer en parte a un desenfoque de la cuestión, favorecido porque efectivamente los actos de violencia en que se concreta el maltrato habitual pueden estar constituidos por agresiones específicas contra tales bienes jurídicos —en ciertos casos contra uno solo y en otros contra varios de ellos—, pero hay que insistir en que dichas afecciones tienen un tratamiento penal independiente.

El hecho de que actualmente este delito figure en otro título diferente del Código penal, al que se le atribuye el bien jurídico de la integridad moral, obliga a hacer un replanteamiento del problema. Para comenzar hay que hacer notar que esta nueva ubicación del delito no ha venido acompañada de una modificación del contenido de injusto del precepto, cuya conducta antijurídica es estructuralmente la misma, aunque se haya ampliado el círculo de sujetos. Ello implica que en este delito sigue sin exigirse un resultado concreto en el que encarnar la lesión del bien jurídico⁷. Pero, por otro lado, el delito que consiste en conducirse vio-

⁶ Véanse a este respecto, analizando las diversas concepciones, por ejemplo: CASTELLÓ NICÁS, «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en *Estudios sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, pp. 53-80; ACALÉ SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 121-145; NÚÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 71-106; MUÑOZ SÁNCHEZ, en DIEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (Coord.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial, II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 44 y ss.

⁷ Recientemente Muñoz Sánchez, analizando la nueva regulación de la violencia habitual entre parientes o similares en el ámbito de los delitos de torturas y de otros delitos contra la integridad, considera que el resultado material del delito está constituido por «la situación de agresión permanente» a que da lugar el ejercicio de la violencia habitual, configurándose dicha situación como un trato degradante, en cuanto que produce padecimientos físicos o psíquicos que generan un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo; véase MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 116-7. Sin embargo, y aunque en sentido amplio puede considerarse que el ejercicio de violencia habitual acaba generando un clima de agresión o estado de

lentamente de forma habitual en unos determinados ámbitos tiene su punto de partida en las diferentes acciones delictivas en que se van concretando los actos de violencia. Cuando éstos lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos personales de la víctima implican generalmente también un atentado a su integridad moral, que normalmente se encuentra ya valorado y copenado por el correspondiente delito o falta, pues no en vano el delito del tipo básico del art. 173.1 tiene para la doctrina mayoritaria un carácter residual en relación con los delitos contra las personas⁸. En el caso de la violencia habitual, cuando esta figura se recogía en el Título III como delito contra la salud física y psíquica, también podía entenderse que la posible afección a la salud podía llevar aparejado un menoscabo a la integridad moral de las víctimas. Sin embargo, la violencia habitual entendida principalmente como un delito contra la **integridad moral**, dada su sistematización dentro del Título VII, no lleva implícita la idea de un posible perjuicio para la salud de las víctimas. En cualquier caso, la decisión legislativa de reordenar esta figura delictiva no obliga al intérprete a renunciar al bien jurídico de la salud para servir de objeto de afección del delito en cuestión, pues aunque éste lleve aparejado ahora también explícitamente el de la integridad moral⁹, atendiendo sólo a dicho bien jurídico no es posible captar la totalidad del contenido de injusto de la violencia habitual¹⁰. De aquí, además, se deriva alguna consecuencia de índole práctica, como por

agresión permanente, esta situación no viene acotada por el tipo y no parece necesario, por tanto, para apreciar el delito probar que concurren en la víctima esos sentimientos o sensaciones (incluso, aunque objetivamente pudiera reconocerse un resultado de humillación o envilecimiento de la víctima, tales sentimientos subjetivamente podrían no concurrir), ni que el autor actuó con conciencia y voluntad de crear un estado de agresión «permanente» envilecedor o humillante para la víctima (por el contrario, el autor puede actuar en la creencia de que su actuación violenta es puntual, y en este sentido incurriría en un error de tipo que daría lugar a la inaplicabilidad de este delito). Para nosotros el clima, atmósfera o estado de agresión permanente no constituye el resultado material del delito, sino un predicado de la habitualidad, que además no hay que entender en un sentido estrictamente literal; véase *infra*.

⁸ Véanse a este respecto GARCÍA ARÁN, «La protección penal de la integridad moral, en la Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo»; *Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pp. 1254-5, y MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 48 y ss., aunque este último autor se muestra contrario a esta consideración mayoritaria de la doctrina.

⁹ No es preciso para que se produzca el delito del art. 173.2 que se haya concretado un menoscabo de la integridad moral, ni menos aún que el menoscabo de la integridad moral sea grave, tal y como se exige para la realización del tipo básico de los tratos degradantes en el art. 173.1. De este modo es posible apreciar un concurso de delitos entre ambos apartados del mismo artículo cuando además de realizarse el supuesto de hecho del art. 173.2 concurre un menoscabo de la integridad moral que sea grave.

¹⁰ Véanse en sentido similar LAURENZO COPELLO, *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*, Boletín de información y análisis jurídico del Instituto Andaluz de la Mujer, n.º 14, 2003, p. 6, para quien el atentado a la integridad moral, implíci-

ejemplo que actualmente no es factible apreciar la circunstancia agravante de reincidencia entre los delitos de lesiones o maltratos y el actual delito de violencia habitual. En cambio, en la concepción de una parte de la doctrina la modificación sistemática permite eludir la problemática concursal entre el delito de violencia habitual y el resto de delitos de lesiones, porque se considera que hacer concurrir delitos con el mismo bien jurídico (salud) podría infringir el principio *ne bis in idem*¹¹. No obstante, tal supuesta infracción es completamente infundada dado que, como va a poder comprobarse, las violencias habituales y las lesiones representan formas de ataque independientes al mismo bien jurídico, de modo que aisladamente consideradas no pueden aprehender por sí solas el contenido de injusto de las conductas desplegadas: si se aprecia sólo el delito de resultado no se tiene en cuenta el proceder habitual, y si se castiga sólo por la violencia habitual se deja de valorar la concurrencia de un determinado resultado lesivo¹².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo por su parte ha considerado hasta el momento de la última reforma legal citada que el bien jurídico protegido es la paz familiar, de modo que en su concepción no es un delito contra las personas, propiamente dicho, sino contra las relaciones familiares (SsTS de 24-6-2000, A. 5792, 25-10-2001, A. 9690, 22-1-2002, A. 2631, 18-4-2002, A. 5562)¹³.

Puesto que los resultados en que se pueda concretar la violencia quedan extramuros de este tipo (*sin perjuicio de las penas que pudieran*

to sin duda en las conductas de maltrato habitual, no es el dato decisivo para justificar un delito específico de violencia doméstica, sino que la auténtica gravedad de estas conductas reside en el riesgo cierto y directo para la vida e integridad física y psíquica de las víctimas derivado del clima permanente de violencia propio de la habitualidad; y DEL ROSAL BLASCO, «La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código penal: legislación vigente y propuesta de reforma», en *Congreso «violencia doméstica»*, C.G.P.J., Madrid, 2004, p. 340, n. 34, quien considera que, a pesar de la ubicación sistemática, el tipo del nuevo art. 173.2 no contiene ningún elemento que permita deducir la necesidad de la presencia de un trato inhumano, degradante o vejatorio, en la conducta del sujeto activo diferente al inherente en todo acto de maltrato físico o psíquico de otra persona.

¹¹ Véase a este respecto, por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, op. cit., p. 341. Entonces el problema concursal así planteado se desplazaría ahora al delito contra la integridad moral del art. 173.1, que aparentemente dejaría de poder concurrir con el delito de violencia habitual del art. 173.2; véase, por ejemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 150 y ss.

¹² Véase GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés/Gracia Martín (Coord.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 486-7.

¹³ Véase también DEL MORAL GARCÍA, «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio fiscal», en *Encuentros «violencia doméstica»*, C.G.P.J., Madrid, 2002, pp. 473 y ss. Una crítica sobre esta concepción jurisprudencial en MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 94-5.

corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica), es decir, se aplicará el concurso de delitos con el correspondiente delito o falta de lesiones, amenazas, coacciones, tratos degradantes, etc., su estructura técnico-jurídica es la de un tipo de **peligro abstracto** para la salud e integridad personales¹⁴. Dicho dato pone también de manifiesto el carácter independiente de este delito (art. 173.2) frente al nuevo delito de lesiones, amenazas leves con armas y malos tratos (art. 153) dentro del mismo ámbito de personas, a lo que hay que añadir la consabida afección de la integridad moral que la violencia habitual puede llevar aparejada para las víctimas. Así pues, para la realización de este delito no es exigible la producción de ningún resultado, sea de lesiones u otro. Ni siquiera se requiere por el tipo un resultado material o de peligro concreto de un trato degradante. Por tanto, punto de referencia de lo injusto específico del tipo del art. 173.2 es el peligro abstracto de menoscabo de la integridad corporal y salud de los distintos individuos que integran (o, en algunos casos, han integrado) el núcleo de convivencia o relación en que el autor desarrolla su actividad violenta y sean objeto reiterado o permanente de las acciones violentas de aquél. Este peligro típico, en un sentido fenomenológico, se define, como dice *Gracia Martín*, por la probabilidad de que la reiteración de tales agresiones provoquen en las víctimas **graves estados de desequilibrio psíquico y emocional**¹⁵. Así pues, a lo que directamente afecta la violencia física o psíquica es a la salud física o mental, aunque sea en términos de peligro y no de lesión. Pero consustancial a ello será también el peligro abstracto para la integridad moral de las víctimas, si bien es cierto que, como se ha indicado anteriormente, este último dato no capta por sí solo la totalidad del contenido de injusto.

II. Tipicidad

1. Tipo básico

Nos encontramos ante un **delito especial propio**, pues sujetos activos del mismo, y correlativamente sujetos pasivos, únicamente pueden ser las personas en quienes concurren algunas de las condiciones personales descritas por el tipo. En realidad el autor viene definido en la mayor parte de las ocasiones por su relación con la víctima del delito, que puede ser *quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convi-*

¹⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., pp. 425-6.

¹⁵ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 428.

vencia, o descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propio o del cónyuge o conviviente, o menor o incapaz que con él conviva o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar. Únicamente en un supuesto se alude a un vínculo específico entre los sujetos activo y pasivo determinado por la situación del sujeto pasivo: *persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados*¹⁶. Pues bien, la conducta del autor no siempre lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico (por ejemplo, en los casos de parejas de hecho o en los supuestos en que los individuos se encuentren divorciados), pero independientemente de ello a los sujetos activos les une el fundamento material común de ejercer su posición dominante en las relaciones familiares, afectivas o similares de forma habitualmente violenta. Por ello la autoría de este delito especial propio se limita a aquellos sujetos que ejercen la mencionada posición dominante en el grupo familiar, afectivo o similar, y ello implica que una posible ampliación legal del círculo de autores debe basarse en ese fundamento material, como ha sucedido en la última reforma efectuada en esta materia.

De las relaciones típicas entre los **sujetos activo y pasivo** pueden diferenciarse cinco grupos:

1) Un primer grupo es el relativo a las relaciones conyugales y análogas presentes o pasadas. Por relación conyugal hay que entender exclusivamente la matrimonial, ya que por el momento en nuestra legislación sólo se reconocen las relaciones conyugales entre personas de distinto sexo. Por su parte, las parejas de hecho se incardinan en la expresión «*persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad*». Esta expresión alcanza toda clase de parejas de hecho, homosexuales o heterosexuales, que mantienen entre sí de forma estable una relación de convivencia puramente fáctica y análoga relación de afectividad¹⁷. En la reforma del Código penal llevada a cabo por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, se añadió como sujeto pasivo a la persona que

¹⁶ Quedarán fuera de esta vinculación especial quienes, careciendo de deberes de guarda o custodia, desempeñen otra clase de funciones o de actividades en los citados centros públicos o privados. Por otra parte, tampoco es imprescindible que las violencias se produzcan en los mismos centros, pudiendo efectuarse también fuera de ellos.

¹⁷ En contra de estimar comprendidas las relaciones matrimoniales fácticas de homosexuales en la expresión legal al carecer de regulación en el ordenamiento jurídico, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General II*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 400, y OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 53.

haya sido cónyuge o que haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad al sujeto activo. En la reforma de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, se ha suprimido la exigencia de una relación estable y se ha añadido a la expresión anterior la coletilla «*aun sin convivencia*», con lo cual quedan comprendidas relaciones de noviazgo presentes y pasadas¹⁸. Basta pues desde ahora con una análoga relación de afectividad a la conyugal, sin que sean precisas ni la estabilidad ni la convivencia. Ahora bien, quedarán en todo caso excluidas relaciones de amistad, incluso aunque sean estables y con convivencia.

2) Un segundo grupo es el referente a las relaciones del sujeto activo con otras personas vinculadas directa o indirectamente a él. Tras la última reforma, ya no se incluye únicamente la relación paterno-filial, sea la propia o la del cónyuge o conviviente, sino a todos los descendientes, ascendientes o hermanos propios o del cónyuge o conviviente. Además, no es necesario tampoco el requisito de la convivencia.

3) Un tercer grupo lo constituyen menores o incapaces, vinculados directamente al sujeto activo a través de la convivencia con él o vinculados al mismo sólo mediatamente porque se encuentren sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de su cónyuge o conviviente¹⁹.

4) El cuarto grupo es completamente novedoso y comprende a toda persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del sujeto activo. Con esta fórmula se pueden incluir otras personas que, siendo o no familiares del

¹⁸ En principio podría pensarse que de esta forma se produce una extensión desmesurada del tipo, pero en realidad no lo es tanto si se tiene en cuenta que el delito exige habitualidad en el ejercicio de la violencia, y que por lo tanto el fenecido vínculo afectivo es en realidad, al menos, uno de los factores objetivos desencadenantes de la conducta criminal.

¹⁹ Por vía interpretativa también se considera necesaria la convivencia en todos los supuestos del grupo tercero; véase MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 109 y 110, siguiendo una tesis ya formulada previamente por Gracia Martín, pues considera que si no se da la relación de convivencia difícilmente puede fundamentarse la relación de dominio y sujeción que define lo injusto específico de esta figura. Sin embargo, la relación de dominio no depende de la convivencia tras la última reforma en una buena parte de las relaciones incluidas en el art. 173.2, por lo que hay que prescindir de este dato para fundamentar siempre y en todo caso la relación de dominio, que puede venir definida también por otras formas de relación entre las personas y por dependencias de todo orden, como afectivas, económicas, de asunción de roles, etc. Otra cosa es que con esto no se eluda el problema que plantea la regulación legal de este tercer grupo, al exigir la convivencia del sujeto activo con el sujeto pasivo en unos casos sí y en otros no. Para evitar el problema señalado este tercer grupo se tendría que haber formulado de otro modo, como por ejemplo, «... o sobre quienes se hallen sujetos a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o a la de su cónyuge o conviviente».

sujeto activo, en cualquier caso integren la convivencia familiar amparadas en cualquier otra relación.

5) El quinto y último grupo es también original de la última de las reformas y se refiere a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Se está pensando, por ejemplo, en centros para menores, incapaces o ancianos.

El Código penal en este punto relativo a los sujetos activo y pasivo se expresa de una forma casuista. No obstante, en la última reforma se ha mejorado significativamente la redacción anterior, que daba lugar a algunos equívocos y a numerosas lagunas de protección de sujetos que compartían idéntico fundamento material que los anteriores para ser penalmente tutelados por este delito, esto es, personas insertas en la unidad familiar, afectiva o similar, sometidas fácticamente a relaciones de dependencia, dominio o sujeción con el sujeto activo. En efecto, el abuso de poder es generalmente el desencadenante de las violencias habituales, por lo que la relación de parentesco, afectiva o similar contrae su contenido de injusto no tanto a la infracción de deberes jurídicos que vinculan a los sujetos, como en particular al abuso de la posición de dominio fáctico dentro de la mencionada unidad o grupo de personas mediante el empleo más o menos constante de la violencia²⁰.

Hasta la mencionada reforma llevada a cabo por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, por encima de la nota del parentesco lo que resaltaba como nexo común de todas las relaciones personales típicas era la existencia de **convivencia** entre ellos. Sin embargo, tras la reforma de 1999, la convivencia ya no era necesaria en algunos supuestos, al ampliarse el elenco de sujetos a las parejas de hecho o matrimoniales disueltas. Finalmente, la reforma de 2003 ha continuado por el mismo camino y sólo respecto al cuarto de los grupos antes mencionados es imprescindible en todos los supuestos la existencia de convivencia entre los sujetos activo y pasivo. En suma, que si ni la convivencia ni el parentesco definen o caracterizan este delito es impropio seguir hablando de un delito de violencia *doméstica* o *familiar* habitual, puesto que ahora alcanza una pluralidad de ámbi-

²⁰ Esta idea se encuentra también en MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 100-1 y 135, y LAURENZO COPELLO, op. cit., p. 7. El fundamento de la autoría señalado se encuentra asimismo en el delito tipificado en el art. 153 (así como en la falta del art. 620, último párrafo), el cual de ser aplicado literalmente podría dar lugar a penas excesivas en supuestos de escasa gravedad (por ejemplo, sujeto que en una discusión casual empuja a su ex-novia, hermano que da un empujón ocasional a hermana, supuestos citados por LAURENZO COPELLO, op. cit., p. 7 y DEL ROSAL BLASCO, op. cit., 343). Sin embargo, aquel fundamento de la autoría permite excluir del tenor literal del delito del art. 153 los supuestos en que no exista tal abuso de poder entre el autor y la víctima.

tos que ni tienen por qué ser domésticos ni tampoco familiares. Por ello resulta llamativo que el legislador haya empleado la expresión de violencia doméstica para servir de título precisamente a la L.O. 11/2003.

El **objeto material** del delito está representado por el cuerpo y el estado anímico o emocional (el espíritu) del sujeto o de los sujetos que sean receptores de los actos de violencia física o psíquica.

La acción típica consiste en el ejercicio de **violencia** física o psíquica (esta última se añadió por la L.O. 14/1999) sobre alguna de las personas comprendidas en el art. 173.2. Como actos de violencia **física** sólo pueden ser considerados aquellos que consistan en una aplicación de fuerza física o de acometimiento material sobre el cuerpo del inmediatamente agredido, como por ejemplo, golpes, zarandeos, empujones bruscos, etc., con total independencia de que causen o no un resultado lesivo²¹. Mediante la reforma operada por la L.O. 14/1999 se equipara la violencia **psíquica** a la violencia física, algo en principio plausible, si bien los perfiles de la violencia psíquica son más tenues que los de la violencia física²². Muñoz Conde considera que la equiparación de la violencia psíquica a la física no plantea ningún problema especial en el plano teórico, aunque sí en el práctico, por las dificultades probatorias que plantea la primera²³. La ampliación del tipo que se produce desde el ámbito de la conducta típica es considerable, porque la violencia psíquica comprende sin duda los actos de intimidación o *vis compulsiva*, concepto empleado en numerosas figuras delictivas en el Código penal junto al de violencia (física). Pero no se reduce a ser un mero sinónimo de la intimidación, sino que puede ir más allá abarcando con carácter general asimismo los tratos degradantes, los actos que atentan contra el honor, etc., siempre sin olvidar que el objeto jurídico protegido en el art. 173.2 sigue siendo la salud, la cual se puede poner en peligro de muy diversas formas²⁴. Aunque tampoco tiene que llegar tan lejos como para

²¹ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 452.

²² Se ha criticado esta ampliación por evidenciar un contenido más o menos simbólico y, en este sentido, ineficaz o contraproducente; véase DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, «La utilización simbólica del Derecho Penal en las reformas del código penal de 1995», en *Revista de Derecho y proceso penal*, Aranzadi, 2002, pp. 135-6.

²³ Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 14.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 124.

²⁴ El único requisito de carácter negativo es que ninguno de tales actos implique un acometimiento material sobre el cuerpo del sujeto pasivo, pues entonces puede ser calificado como violencia física. Véanse sobre el contenido y delimitación de la expresión «violencia psíquica», BENÍTEZ ORTÚZAR, «La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código penal en materia de violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, pp. 153-195; GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 14-8, 32-6; OLMEDO CARDENETE, op. cit., pp. 79-90.

requerir una puesta en peligro concreto de la salud psíquica, y menos aún su menoscabo efectivo²⁵. Basta en todo caso con un peligro abstracto, ya que ésta es la estructura común a la que responde el tipo. Por otra parte, al venir calificado por el sustantivo violencia, no cualquier maltrato psíquico atentatorio contra el equilibrio emocional de una persona debe ser tenido por violencia psíquica, esto es, es preciso que se verifique una determinada entidad o magnitud —es decir, cierta equivalencia con la violencia física— que permita predicar que estamos ante un acto violento, si bien sea desde una perspectiva psicológica o psíquica. Por ello las simples desavenencias conyugales o familiares, aunque se expresen en términos crudos, agitados o acalorados, no deben atenderse dentro del ámbito penal²⁶.

Aunque en la práctica se admite sin inconvenientes la posibilidad de apreciar el delito del art. 173.2 en **comisión por omisión** (así los casos de cónyuges que no impiden el maltrato habitual de un hijo por parte del otro cónyuge; SsTS de 26-6-2000, A. 5801 y 22-1-2002, A. 2631), al mismo no le es aplicable la cláusula del art. 11, destinada a penar la omisión impropia, porque no nos encontramos ante un delito que consiste en la producción de un resultado. Pero incluso aunque se admitiera que es un delito de resultado²⁷, y partiendo del hecho de que el omitente ostenta una posición de garante derivada de la ley, del contrato o del actuar precedente, todavía quedaría por justificar que la omisión es equivalente a la acción, lo que casi siempre será muy discutible. Al margen de ello no hay dificultad para poder imputar al garante en comisión por omisión los posibles resultados lesivos para los distintos bienes jurídicos de la persona en que se concretan los actos de violencia, y que entran en concurso con el delito del art. 173.2. Tampoco cabe duda de que se puede castigar al garante en razón de su participación por omisión en el delito de acción del autor. Pero en el supuesto de admitir que fuera posible la comisión por omisión, debería reservarse únicamente para los casos en que el omitente tiene capacidad de dominar a su vez a quien ejerce los actos de violencia. Por último, también podría argumentarse a favor de la coautoría entre el autor activo y pasivo por dominio funcional del hecho del último y reparto expreso o tácito de papeles entre ellos.

²⁵ De otra opinión CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 54-62.

²⁶ Véase a este respecto, GONZÁLEZ RUS, «Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la L.O. 14/1999, de 9 de junio», en *Revista Jurídica de Andalucía*, n.º 30, 2000. p. 20.

²⁷ De esa opinión, además de Muñoz Sanchez (véase nota 6), ACALE SÁNCHEZ, op. cit., pp. 96-7, quien considera que el resultado del delito es la producción de un efecto físico de maltrato, y OLMEDO CARDENETE, op. cit., p. 64, que alude a las consecuencias físicas y psíquicas que comporta el síndrome de la mujer maltratada y sus peculiaridades para los casos en que las víctimas son menores.

El **tipo subjetivo** requiere dolo, tanto por lo que respecta a los distintos actos de violencia como por lo que se refiere a la relación o situación personal descrita en el art. 173.2 del Código penal. Sin embargo, la habitualidad de las acciones no es un objeto que debamos considerar en el ámbito del dolo, pues es algo más, es un elemento subjetivo de lo injusto. No basta con que el sujeto sepa que en varias ocasiones se ha comportado violentamente contra determinadas personas, sino que es necesario que éste haya adquirido un hábito²⁸.

En efecto, la característica fundamental del delito previsto en el art. 173.2 es la **habitualidad** en el ejercicio de los actos típicos. El elemento de la habitualidad, aun teniendo una base claramente objetiva (que la jurisprudencia ha venido fijando en tres actos o más), evidencia un elemento subjetivo de lo injusto de **tendencia** interna, esto es, la inclinación o hábito a la reiteración del ejercicio de los actos típicos²⁹. De otra parte, el elemento de habitualidad se configura también como un factor objetivo de peligro. Como dice *Gracia Martín*, no es el acto aislado y esporádico, aunque se repita, lo que realmente origina el peligro relevante, sino la *permanencia* de las víctimas en la situación de violencia; de ahí que el factor decisivo de peligro (objetivo) resida precisamente en la tendencia, inclinación o predisposición del autor al ejercicio de la violencia. Dicho con otras palabras, la habitualidad es un elemento estructuralmente subjetivo, pero su significado en la figura de delito es el que corresponde a un factor objetivo de peligro³⁰. El art. 173.3 establece un **concepto auténtico de habitualidad** (introducido ya en el Código penal por la L.O. 14/1999)³¹. Con ello se pretenden resolver legislativamente las dificultades interpretativas que planteaba el concepto de habitualidad.

²⁸ Véase CEREZO MIR, op. cit., p. 123.

²⁹ En sentido semejante la STS de 24-6-2000, A. 5792, indica lo siguiente: «los actos concretos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la **actitud** del agresor» (negrita en el original). Así también la STS de 18-4-2002, A. 5562 señala: «el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando los actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación...».

³⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 459. En el mismo sentido GONZÁLEZ RUS, *Addenda al Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomos I y II*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Marcial Pons, 1999, pp. 18 y ss.

³¹ Muñoz Conde (op. cit., p. 125) estima que con la redacción dada al precepto por la L.O. 14/1999, no es posible seguir defendiendo la tesis que mantenía Gracia Martín en relación con la regulación anterior, en el sentido de que la habitualidad era un «elemento subjetivo de lo injusto». Muñoz Conde cree que esto es «portador casi de una especie de «tipo de autor» inclinado a la realización de estos actos, pues sin negar que los autores de estos hechos puedan ser efectivamente psicópatas y sujetos violentos aquejados de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, lo cierto es que el delito se construye a partir de la realización de actos objetivables en las condiciones citadas en el precepto, revelen o no esa clase de personalidad». Para este penalista la interpretación auténtica está más cerca de un concepto fáctico que normativo. GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit.,

Se ha discutido sobre el número de actos de violencia física que son precisos para estimar que concurre la habitualidad. La mayoría de la doctrina, siguiendo la práctica jurisprudencial, exige la realización de, al menos, tres actos para apreciar la habitualidad. Un sector doctrinal y la jurisprudencia más reciente opinan, sin embargo, que no puede operarse de un modo automático, y que para fundamentar la habitualidad debe procederse a realizar otras comprobaciones adicionales, que podrán confirmar o desvirtuar la habitualidad³². La reforma operada por la L.O. 14/1999 introdujo como criterio para apreciar la habitualidad la proximidad temporal entre los actos de violencia, recogiendo así la postura de un sector doctrinal y de la jurisprudencia más reciente, que venían exigiendo proximidad temporal entre los actos, y por tanto la existencia de un «estado de agresión permanente»³³.

Por otra parte el art. 173.2, tras la reforma operada por la L.O. 14/1999, establece que debe apreciarse habitualidad con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo. Con anterioridad a la reforma se planteaba un supuesto problemático cuando la pluralidad de actos

pp. 457-8, consideraba, sin embargo, que la habitualidad debía ser entendida en un sentido objetivo-subjetivo o mixto, por lo que se requería para su constitución, no sólo la repetición de un determinado número de actos, sino que dicha repetición fuera además expresión de que en el sujeto se ha formado un hábito, inclinación o tendencia a su realización y, por tanto, este dato se tiene en cuenta ya en lo injusto. A su juicio, lo importante para apreciar la habitualidad es la prueba de que en el autor se dé una inclinación o predisposición psíquica a la realización de actos violentos contra las personas que convivan con él, para lo cual será preciso realizar la correspondiente actividad probatoria pericial (p. 461). En realidad, pues, da la impresión de que en la teoría de Muñoz Conde no se distingue claramente la culpabilidad de lo injusto, puesto que la inclinación o tendencia puede, sin duda, concurrir también en personas que no padecen psicopatías, ni ningún otro deterioro afectivo o psíquico.

Es cierto que la redacción del art. 173.3 no alude expresamente a este elemento subjetivo de lo injusto de tendencia. Pero en nuestra opinión los requisitos que ahora se exigen para apreciar la habitualidad corroboran la tesis del elemento subjetivo de lo injusto. Por un lado, al requerirse ahora en el concepto de habitualidad (véase *infra*) el requisito de la proximidad temporal de los actos de violencia es evidente que se está aludiendo a la existencia de un ambiente, clima o atmósfera de agresión permanente, que, aunque no es un resultado material típico, representa una prueba indiciaria de esa actitud tendente o inclinada del autor hacia el comportamiento violento (si no existe proximidad temporal de los actos el sujeto no ha podido aún adquirir un hábito). Por otro lado, la irrelevancia del enjuiciamiento previo de los actos violentos sólo puede interpretarse en el sentido de que lo que se valora es lo subjetivo de la inclinación del autor y no la representación objetiva de unos hechos penalmente relevantes. Lo injusto específico del delito del art. 173.2 sólo puede captarse, por consiguiente, desde ese prisma psicológico-subjetivo del hábito que impregna la conducta del autor.

³² Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., pp. 460-1.

³³ Véase, por ejemplo, la síntesis de esta postura mencionada en la STS 7-7-2000, A. 6823.

violentos se proyectaba, no sobre una única persona, por ejemplo, el cónyuge, sino sobre distintos sujetos, por ejemplo, una vez sobre el cónyuge, otra sobre uno de los hijos, otra sobre otro hijo, una cuarta sobre un ascendiente, etc. Para algunos autores en este caso no estábamos ante el delito del art. 173.2 del Código penal. Por el contrario, *Gracia Martín* consideraba que este artículo debía apreciarse en este supuesto, ya que la habitualidad es una característica personalísima del autor, y su constitución no puede hacerse depender, evidentemente, de los eventuales y fungibles objetos concretos sobre los que aquél proyecte sus actos en momentos determinados³⁴. Como señala *Del Rosal Blasco*, el tipo se dirige a aquellas personas que, por la razón que sea, hacen de la agresión y el maltrato físico o psíquico una forma de relación y comunicación normal con su pareja, cónyuge, hijos, pupilos, etc³⁵. De aquí se deriva, además, que no hay tantos delitos como víctimas³⁶, sino un solo delito (con una o con varias víctimas). De lo contrario, sería preciso exigir para aplicar varios delitos del art. 173.2 la habitualidad en la violencia respecto de todas y cada una de las víctimas afectadas, lo cual queda descartado por la propia regulación legal.

Por último, el concepto legal de habitualidad establece que es irrelevante el hecho de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. De este modo, a los efectos del delito del art. 173.2 carece de significado alguno que los actos violentos precedentes que integran la habitualidad hayan sido o no denunciados o enjuiciados. Así también el tiempo de prescripción del delito no es el que corresponde a los delitos o faltas en que se concretan los actos de violencia, sino el propio del art. 173.2 (tres años), cuyo cómputo en principio vendrá marcado por el último de los episodios violentos tomados en consideración y por lo tanto desde el momento a partir del cual cesó la conducta antijurídica habitual³⁷. Esta aclaración del concepto legal de habitualidad sobre la irrelevancia que tiene para el mismo del enjuiciamiento previo de los actos de violencia pone de manifiesto que el objeto de valoración de la habitualidad es esencialmente el hábito o inclinación subjetiva del autor al comportamiento típico (aunque evidentemente sobre bases objetivas: pluralidad de actos, proximidad temporal), pues pueden integrar la habitualidad actos violentos que

³⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., pp. 427 y 449.

³⁵ DEL ROSAL BLASCO, «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», en *Mujer y Derecho Penal* (Latorre Latorre Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 161.

³⁶ De otra opinión MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 133-4 y 153.

³⁷ Es el criterio que se establece en el art. 132 expresamente para el delito habitual desde la reforma de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre; véanse antes de dicha reforma en el sentido de aplicar la regulación del cómputo de la prescripción del delito continuado del art. 132 a los delitos habituales REY GONZÁLEZ, *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 134, GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 148-9, y la STS 16-4-2002, A. 5448.

hayan sido objeto de enjuiciamiento y por los que se haya condenado al sujeto³⁸. Si esto es así, sin infringir el principio *ne bis in idem*, es porque la valoración sobre la habitualidad no recae sólo en aspectos meramente objetivos de los acontecimientos, sino ante todo en el aspecto subjetivo de la tendencia interna del autor³⁹.

Las críticas dirigidas contra la exigencia de un elemento subjetivo de tendencia, referidas fundamentalmente a que nos aproximaríamos a un Derecho penal de autor, asumiendo de esta manera una culpabilidad por la conducta de vida frente al principio de la culpabilidad por el hecho, no dejan de ser discutibles. En efecto, en una figura delictiva en la que el momento axiológico central recae sobre la habitualidad en el empleo de la violencia no se está queriendo valorar directamente la culpabilidad, sino lo injusto, porque no se trata de castigar sólo una tendencia interna criminal sin más, sino esa tendencia cuando se pone de manifiesto en hechos externos. Por otra parte, no se está castigando por hechos del pasado que revelan una forma o conducción de vida, sino por hechos del pasado que se proyectan sobre el futuro, previniéndose así riesgos para la salud y la integridad moral de las víctimas que se ponen en evidencia mediante el hábito adquirido por el sujeto. Además, a través de la exigencia en el autor de una inclinación o tendencia a la violencia se pueden delimitar en su justa medida los comportamientos violentos plurales que se desarrollan en un corto espacio de tiempo, de modo que, por ejemplo, varios actos de violencia cometidos en un lapso breve (un mismo día) no tienen por qué dar lugar a la apreciación del delito, en la medida en que con ellos no se ponga aún de manifiesto la existencia de un hábito en el sujeto activo.

³⁸ Si el sujeto, tras el enjuiciamiento del caso, ha sido absuelto el hecho no podrá ser tenido en cuenta para integrar la habitualidad en virtud el principio de cosa juzgada. Véase en el mismo sentido CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares*, ob. cit., pp. 96 y 97; y de otra opinión ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, p. 236. En cambio, el archivo de la causa sin recaer sentencia, podrá servir al concepto de la habitualidad, si por ejemplo se descubren nuevas pruebas incriminatorias.

³⁹ Sin embargo, autores como, a título de ejemplo, MUÑOZ CONDE (op. cit., p. 125), MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, p. 239, o CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares*, ob. cit., p. 86, parten, precisamente, de que la valoración sobre la habitualidad recae únicamente sobre aspectos objetivos cuando estiman que si para determinar la habitualidad se utilizan actos que ya han sido enjuiciados anteriormente, se infringe el principio *ne bis in idem*.

2. Tipo agravado

La L.O. 11/2003 ha establecido un tipo agravado común a los nuevos delitos de los arts. 153 y 173.2, cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. Las penas a imponer en este tipo agravado común son las de los mencionados preceptos en su mitad superior. Por lo tanto, se han previsto cuatro supuestos ordenados de forma alternativa, que no es preciso que concurren habitualmente, sino que basta con que uno de los mismos se produzca en alguno de los actos de violencia que sirven para integrar el delito habitual. No obstante, si el acto de violencia en el que concurre el hecho cualificante constituye el delito del art. 153, dando lugar a la aplicación del tipo agravado, no será posible sin infringir el principio *ne bis in idem* volver a apreciar también el tipo agravado del art. 173.2 con base en esa misma circunstancia.

El tipo agravado diferencia cuatro supuestos:

a) *En presencia de menores*, el cual implica que el menor o menores no son las víctimas directas del delito o falta concreto en que se realiza el acto de violencia, pero sí aparecen como espectadores del mismo. En estos casos es mayor el desvalor de la acción en la medida en que éstos se ven mediatamente involucrados en la acción o acciones violentas, con el consiguiente peligro de que también en ellos, como personas particularmente vulnerables que son, se produzcan de modo especialmente grave desequilibrios psíquicos y emocionales ante la contemplación de tales actos. Por ese motivo, no bastará con la presencia de menores cuando sean de muy corta edad, sino que será necesario que éstos gocen de una mínima capacidad para entender el sentido violento del acto o actos presenciados.

b) *Utilizando armas* es una circunstancia de demuestra un mayor desvalor de la acción, dada la mayor facilidad para la comisión del acto violento que proporciona la utilización de armas. Basta para entender que se han utilizado armas con su exhibición y, por lo tanto, con un uso parcial de las mismas, pues aunque esto no conecta con la violencia física, sí se enmarca claramente dentro de la violencia psíquica, la otra conducta típica alternativa.

c) *En el domicilio común o en el domicilio de la víctima* son elementos accidentales del delito que suponen en ambos casos un mayor desvalor de la acción, ya que son circunstancias de lugar que facilitan o ase-

guran la ejecución de los actos de violencia. La víctima en estos supuestos puede encontrarse desprevenida por sentirse falsamente protegida en su domicilio o ver dificultadas sus posibilidades de defensa, huida o de auxilio de terceros o de la autoridad o sus agentes.

En el caso de que la morada no sea común, sino sólo de la víctima, esta circunstancia es independiente de un posible delito de allanamiento de morada, pues no lo implica, al poder encontrarse en el domicilio de la víctima por voluntad de ésta.

d) *Quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.* En estos casos es también mayor el desvalor de la acción y no el desvalor del resultado. Cuando se quebranta una de las consecuencias jurídicas del art. 48 el sujeto activo se beneficia para realizar los actos de violencia de una circunstancia inesperada por la víctima, o que al menos frustra sus expectativas de seguridad personal vinculadas a la vigencia del ordenamiento jurídico, cual es el que aquél incumpla la obligación a la que está sometido por imposición judicial de no acudir al lugar de residencia del sujeto pasivo o no aproximarse o comunicarse con él. De este modo el autor se aprovecha o busca aprovecharse de la confianza que genera o ha de generar en la víctima la imposición por los órganos jurisdiccionales de una de estas medidas. No hay que considerar que en estos supuestos es mayor el desvalor del resultado por lesionar el bien jurídico de la Administración de Justicia, ya que para ello entrará en juego el delito de quebrantamiento de condena, y atendiendo únicamente a este punto de vista la agravación de la pena en el delito del art. 173.2 daría lugar a un *bis in idem*.

III. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad, no se puede aplicar la eximente del ejercicio del **derecho de corrección** como causa de justificación a los padres o tutores (art. 20.7 del Código penal en relación con los arts. 154 y 268 del C. Civil), dado que, como señala *Cerezo Mir*, el empleo habitual de la violencia física o psíquica no puede ser considerado como castigo moderado y razonable (adjetivos exigidos en los arts. 154 y 268 del Código Civil para legitimar el derecho de corrección)⁴⁰. Además, en estos casos no se dará el ánimo de corregir y la violencia física o psíquica no será proporcionada, necesaria y adecuada al fin correccional (requisitos de la causa de justificación). Pero para integrar el concepto de habitualidad y por tanto la aplicación del delito del art. 173.2 no pueden ser tenidos en cuenta los actos de violencia singulares que se encuentran

⁴⁰ Véase CEREZO MIR, op. cit., p. 310.

amparados en la causa de justificación del derecho de corrección (porque sean moderados y razonables), incluso aunque pueda concurrir una pluralidad de tales actos, pues sólo sirven al concepto jurídico de habitualidad del art. 173.3 los comportamientos violentos susceptibles de enjuiciamiento en calidad de antijurídicos⁴¹. Evidentemente la prolongación en el tiempo de semejante forma de ejercer el derecho de corrección puede hacer llegar a la conclusión de que dichas prácticas terminan no siendo moderadas y razonables, y determinan por sí mismas que se dé como existente y probado el elemento típico de la habitualidad.

Por otro lado, a juicio de *Muñoz Conde* el delito de malos tratos puede dar lugar a defensas reactivas de la víctima que no siempre van a poder ser encuadrables en la **legítima defensa**, bien porque no hay una agresión inminente en ese momento⁴², bien porque predomina más el estado pasional o el trastorno mental como consecuencia de los malos tratos, lo que permite ubicar esa reacción en el ámbito de la **inimputabilidad**, a través del llamado «síndrome de la mujer maltratada»⁴³ o, según otros autores, en el ámbito de la **inexigibilidad**, pudiendo entonces ser de aplicación la eximente de miedo insuperable⁴⁴.

IV. Culpabilidad

El delito de violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar en el Código penal español presenta importantes peculiaridades en el ámbito de la culpabilidad. Ello se debe a que desde el punto de vista del perfil del agresor, cuando se trata de episodios habituales de violencia, es frecuente el consumo de alcohol y los trastornos de la personalidad⁴⁵ que son susceptibles de afectar a la *imputabilidad* del autor;

⁴¹ En este sentido MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La violencia habitual en el ámbito doméstico y la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho», en *Estudios sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, pp. 283-4.; GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., pp. 467- 473; GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, op. cit., p. 76-7.

⁴² El delito del art. 173.2 no es un delito permanente (en el sentido de creación y mantenimiento de una situación antijurídica en cuya duración se sigue realizando el tipo), sino habitual (véase en otro sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 137-8 y 144-5), de modo que no es posible invocar en cualquier momento la legítima defensa contra al maltratador, sino sólo frente a las concretas acciones de violencia.

⁴³ Véase MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 126.

⁴⁴ Véase JIMÉNEZ DÍAZ, «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en *Estudios sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, pp. 296 y ss.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el análisis de algunas circunstancias personales concurrentes en la persona inculpada en sentencias de juzgados de instrucción y juzgados de lo penal de 1999 en *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, M. CALVO GARCÍA (Coord.), C.G.P.J., Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003, pp. 125 y ss.

por lo que en ocasiones será posible la aplicación de la eximente completa (art. 20, n.º 1 del Código penal) o la incompleta (art. 21, n.º 1 del Código penal) de anomalía o alteración psíquica o, incluso, en su caso, la atenuante por analogía (art. 21.6.ª del Código penal) con la eximente incompleta. Del mismo modo será posible aplicar si concurren sus requisitos la eximente completa (art. 20, n.º 2 del Código penal) o la incompleta (art. 21, n.º 1 del Código penal) de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas u otras drogas tóxicas⁴⁶ o incluso, en su caso, la atenuante por analogía (art. 21.6.ª del Código penal) con la eximente incompleta o, también, la atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adicción a tales sustancias del art. 21.2.ª del Código penal. En los supuestos de aplicación de las eximentes citadas, completas o incompletas, se abre la posibilidad de imponer al sujeto las medidas de seguridad cuando quepa apreciar en él peligrosidad criminal⁴⁷. También se puede plantear la posibilidad de aplicar causas de inculpabilidad, esto es, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable. Al respecto *Gracia Martín* concluye que no cabe la aplicación de estas dos causas de inculpabilidad reguladas expresamente en el Código penal⁴⁸.

Finalmente hay que destacar en este ámbito una serie de factores ambientales y socioculturales que favorecen determinadas actitudes vio-

⁴⁶ Obviamente deberemos tener en cuenta en relación con la regulación de la *actio libera in causa* en el número 2.º del art. 20 del Código penal, que la eximente del estado de intoxicación plena no podrá aplicarse si ha sido buscado con el propósito de cometer una infracción penal o si se hubiese previsto o podido prever su comisión.

⁴⁷ Véase sobre las mismas *infra*.

⁴⁸ En concreto en relación con la concurrencia posible de un estado de necesidad exculpante plantea la hipótesis de que los correctivos moderados y razonables de que habla el art. 154 del Código civil fueran insuficientes e ineficaces frente a la conducta incorregible de un hijo, por lo que el padre decide aumentar la severidad de los castigos y se excede de dichos límites, de manera que dicha práctica se convierte en un comportamiento habitual realizado con el fin de lograr definitivamente la corrección del menor. A juicio de *Gracia Martín* en este supuesto faltaría ya el mismo estado de necesidad, porque en tal supuesto el Código civil establece para los padres y tutores en sus arts. 154 y 268 la posibilidad y alternativa de recabar el auxilio de la Autoridad. Únicamente cabría aplicar al autor una atenuante por analogía del art. 21.6.ª del Código penal por la posible disminución de la capacidad de obrar conforme a la norma que experimente el autor por el estado de sobreexcitación, de ira, etc., que pueda provocar en él el comportamiento rebelde del hijo. En relación con la eximente de miedo insuperable señala *Gracia Martín* que cuando se trata de un comportamiento reiterado en el tiempo en situaciones determinadas, típicas, que también se repiten, puede exigirse al sujeto que se sobreponga al miedo. Únicamente cabría aplicar una exclusión o atenuación de la responsabilidad con base en el miedo, si éste provoca en el autor una alteración psíquica vinculada a la situación típica que le produce el temor. Véase *GRACIA MARTÍN*, «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 781 y ss.

lentas en el autor de este delito, que deberán tratarse dogmáticamente como supuestos de error de prohibición (art. 14.3 del Código penal) como, por ejemplo, el supuesto en el que el autor actúa en la creencia de que su comportamiento está amparado por una causa de justificación inexistente⁴⁹.

Como conclusión es necesario aclarar que reaccionar contra la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar mediante el recurso al Derecho de la culpabilidad y de la pena no es siempre la mejor respuesta al conflicto social que se plantea, sino que algunas veces lo más indicado sería desplazar el problema y su tratamiento al ámbito del Derecho de la peligrosidad criminal y de las medidas de seguridad⁵⁰, para lo cual, sin embargo, tendrían que introducirse en este ámbito determinadas reformas en lo concerniente al principio de la proporcionalidad⁵¹.

V. Concursos

En el art. 173.2 párrafo primero se recoge una **regla concursal**: «*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*». Lo que procede aplicar es un concurso de delitos, y no un concurso de leyes. Es decir, la regla general debe ser el concurso de delitos, pues no hay razones para excluir a pesar de su aparente proximidad a los delitos y faltas de lesiones⁵² o a los delitos contra la integridad moral⁵³, dado el diverso contenido de injusto y estructura del delito del art. 173.2 con esos delitos. Si en el primero se valora una determinada conducta habitual (sin referencia a resultados), en los demás el momento axiológico se centra en la causación de un resultado determinado y concreto. Por otra parte, los tipos de lesiones o aquellos otros que se realizan en cada acto de violencia singular son entre sí independientes, pero cada uno de ellos está en concurso ideal con el delito del art. 173.2. Dicho de otra forma,

⁴⁹ Véase sobre estas cuestiones más exhaustivamente GRACIA MARTÍN, «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», op. cit., pp. 780 y ss.

⁵⁰ Véase la propuesta de GRACIA MARTÍN, «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», op. cit., pp. 774 y ss., y 789.

⁵¹ Véase GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 397 y ss.

⁵² Se alude a una posible infracción del principio *non bis in idem* en NÚÑEZ CASTAÑO, op. cit., pp. 125-132, entre otros.

⁵³ Véanse diversos enfoques en relación con los delitos contra la integridad moral en DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Cuestiones concursales en el delito del art. 153 del Código penal», en *Estudios sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, pp. 355-360; OLMEDO CARDENETE, op. cit., pp. 144-5; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 150 y ss.

los diferentes tipos realizados formarán un concurso real entre ellos, que a su vez entrará en concurso ideal con el delito del art. 173.2⁵⁴.

Parece que la doctrina que niega en relación con diversas combinaciones del delito del art. 173.2 con otros delitos la posibilidad de aplicar el concurso ideal de delitos con base en el principio *ne bis in idem* olvida que la premisa de este concurso ideal de delitos es que un mismo hecho constituye dos o más infracciones penales, por lo que necesariamente habrá fragmentos del hecho comunes a las infracciones que se aplican en concurso, y esto no presupone todavía vulneración del mencionado principio en tanto en cuanto el fundamento de la valoración penal en uno y otro precepto que entran en concurso sea distinto. De otra parte, cuando las infracciones penales en concurso comparten el mismo bien jurídico ello tampoco supone necesariamente infracción del indicado principio, en particular si entre las mismas se aprecian momentos de valoración diferentes respecto a diversas formas de ataque a ese bien jurídico (peligro-lesión) o elementos típicos de valoración sustancialmente diversos (habitualidad-acto aislado, acción con resultado-acción sin resultado)⁵⁵.

Cabe plantearse la posibilidad de que este delito de violencia habitual concorra consigo mismo, esto es, se trataría de aquellos supuestos en los que el sujeto activo realizara una pluralidad de actos de violencia física o psíquica prolongados en el tiempo, pero concurriendo una ruptura temporal importante entre ellos. El criterio legal que atiende a la proximidad temporal de los actos se entiende sólo para constituir la habitualidad, no para mantenerla. Por lo tanto, la ruptura temporal aludida sólo puede considerarse relevante si ha excedido el plazo de prescripción del delito, el cual se calcula sobre la base del cese de la conducta antijurídica. Precisamente un acto de violencia realizado durante ese tiempo hace que se renueve el plazo de prescripción y es por ello el dato legal que hay que tener en cuenta⁵⁶.

⁵⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 487.

⁵⁵ Véase a este respecto GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., pp. 486-7.

⁵⁶ De otra opinión MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., pp. 152-3, quien pone como ejemplo un supuesto en el que pasan tres años entre unas violencias y otras, considerando que habrá que apreciar dos delitos del art. 173.2, dado que parte de la base de que estamos ante un delito permanente y en tales casos se rompe la unidad de hecho típico. Sin embargo, cabe apuntar que como el plazo de prescripción del delito es justo tres años, en tales casos sólo puede enjuiciarse por el segundo de los delitos.

VI. Consecuencias jurídicas

En relación con las consecuencias jurídicas aplicables frente a la violencia habitual distinguiremos, por un lado, las *consecuencias jurídico penales* derivadas de la comisión del delito tipificado en el art. 173.2 del Código penal y de la falta del art. 620 del Código penal⁵⁷, coincidentes en parte con las previstas para el delito del art. 153. Son las penas de prisión, localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, y sus correspondientes accesorias. Por otro lado, nos centraremos brevemente tanto en las *medidas cautelares* personales impuestas por el juez en un proceso penal para facilitar la inmediata protección de las víctimas de delitos de malos tratos, y que se encuentran recogidas en el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁸.

1. Las consecuencias jurídico penales

1.1. Penas principales

La pena aplicable al art. 173.2 del Código penal «*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*», es de **prisión** de seis meses a tres años, **privación del derecho a la tenencia y porte de armas** de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, **inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho** por tiempo de uno a cinco años, que conlleva, además, las penas accesorias de los arts. 56 y 57 del mismo texto legal. La novedad introducida por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, es el establecimiento de una pena cumulativa constituida por la acumulación de, al menos, dos penas de distinta naturaleza que deberán aplicarse conjuntamente, la pena de prisión y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda

⁵⁷ Desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 estos preceptos han sido modificados en diversas ocasiones por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas: véanse las LL.OO. 14/1999, de 9 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, y 15/2003, de 25 de noviembre.

⁵⁸ No se hará alusión en este trabajo a la responsabilidad civil derivada del delito.

o acogimiento cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz. Nos hallamos, entonces, ante un delito menos grave puesto que las penas, según dispone el art. 33⁵⁹ en relación con el art. 13 del Código penal, son menos graves.

a) La pena de **prisión** del art. 173.2 del Código penal, de seis meses a tres años (de tres meses a un año en el nuevo delito del art. 153), que coincide con la establecida en el art. 153 anterior a la reforma, es notablemente agravada si la comparamos con la del art. 425 del Código penal del 1973, que establecía una pena de un mes y un día a seis meses de arresto mayor⁶⁰. La doctrina de una forma mayoritaria considera acertado el endurecimiento de la pena de prisión respecto de su antecesora del art. 425 del Código penal de 1973, por la gravedad de lo injusto de estos hechos⁶¹, e incluso, *de lege ferenda*, un sector doctrinal ha propuesto un incremento de la pena de prisión⁶².

b) La pena de **privación del derecho a la tenencia y porte de armas** como pena principal en el art. 173.2 del Código penal, de dos a

⁵⁹ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁶⁰ En relación con el anterior Código penal Cervelló Donderis consideraba que «la pena de arresto mayor asignada parece correcta a la gravedad de la conducta»; véase CERVELLÓ DONDERIS, «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección», *Poder Judicial*, n.º 33, 1994, p. 66.

⁶¹ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 488. Asimismo se han pronunciado OLMEDO CARDENETE, op. cit., p. 160: «el incremento producido es mucho más acorde con la intensa gravedad por la que se caracterizan este tipo de conductas», y MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., p. 154. Estiman que es una pena suficiente en su duración MORILLAS CUEVA, «Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuesta de reforma», en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, p. 683; ACALE SÁNCHEZ, op. cit., p. 195.

Maqueda Abreu afirma, sin embargo, que «las previsiones de pena que este delito contiene superan, a primera vista por lo menos y a salvo una convincente justificación, la proporcionalidad adecuada a la gravedad del que parece ser su injusto característico (una suma de leves agresiones), especialmente si deben valorarse independiente —«sin perjuicio de...»— los eventuales resultados de lesión acompañantes de las acciones de maltrato»; véase MAQUEDA ABREU, «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1520.

⁶² En relación con la pena de prisión de este mismo delito cuando se encontraba tipificado en el art. 153 del Código penal, GARCÍA VITORIA, «Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar», en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, p. 600, ha criticado la excesiva benignidad en la aplicación tanto de las penas principales como de las accesorias, y de las medidas de seguridad; por ello, propone *de lege ferenda* que en ningún caso el límite mínimo de tales penas deba ser inferior a tres años y con un límite máximo de seis años, coincidiendo también en esta propuesta MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia doméstica. Análisis*, op. cit., p. 317; MORILLAS CUEVA, «El Derecho Penal y la violencia doméstica», en *Encuentros «violencia doméstica»*, C.G.P.J., Madrid, 2004, p. 268.

cinco años (de uno a tres años en el delito del art. 153) constituye una novedad acertada, si bien es cierto que debería haberse añadido que tal pena sólo podrá imponerse cuando el arma constituya el medio comisivo. Precisamente, en el II Plan integral contra la violencia doméstica (período 2001-2004) se propuso, entre otras, como pena conjunta tanto del delito como de la falta de malos tratos, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, ya que en el anterior art. 153 del Código penal faltaba, expresamente, como pena principal la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas cuando el arma constituyese el medio comisivo. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas sólo podía obtenerse por la vía indirecta de la inhabilitación especial de cualquier otro derecho del art. 56 si el hecho estuviera castigado con pena de prisión inferior a diez años⁶³. El contenido de esta pena aparece recogido en el art. 47.2 del Código penal que señala que «*la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia*», y la doctrina mayoritaria se inclina por un concepto restrictivo de arma, esto es, aquella cuyo uso requiere una licencia administrativa⁶⁴.

c) Finalmente y en torno a la pena de **inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento**, como pena principal en el art. 173.2 del Código penal, de uno a cinco años (de seis meses a tres años en el delito del art. 153), también debemos efectuar una valoración positiva. En relación con el sistema de penas del Código Penal, el II Plan integral contra la violencia doméstica (período 2001-2004) propuso, entre otras, como medida legislativa incorporar al anterior art. 153 del Código Penal la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento en los casos de violencia física o psíquica, cuando el interés del menor lo aconseje⁶⁵. El contenido de esta pena se encuentra regulado en el art. 46 del Código penal⁶⁶ que establece que «*la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El Juez o Tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso*».

⁶³ Véase BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 143, nota 68.

⁶⁴ Véase por todos BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 143.

⁶⁵ En la doctrina también se había pronunciado de esta manera MORILLAS CUEVA, *Respuestas*, op. cit., p. 685.

⁶⁶ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

La valoración positiva de la previsión de esta pena se basa en dos razones. Por un lado, ya no se plantea el problema de si la inhabilitación especial para cualquier otro derecho como *pena accesoria* comprendía o no la inhabilitación de los derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento⁶⁷. Algún autor había planteado la necesidad de privar en casi todos los casos de la patria potestad a los maltratadores habituales, por el peligro permanente 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 menores⁶⁸. Desde un punto de vista material, en la doctrina *Gracia Martín* consideraba que normalmente el autor del delito tipificado en el art. 153 del Código penal cometerá éste desde una posición que implique el ejercicio de algún oficio, cargo, derecho o potestad, de modo particular de carácter familiar o cuasifamiliar, por lo que la relación directa de este delito con el ejercicio de tales cargos o derechos será casi siempre evidente⁶⁹.

Precisamente la jurisprudencia sí que había contemplado materialmente esa vinculación en relación con esta pena por la vía del art. 56 del Código penal. A este respecto podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 30 de septiembre de 1998 (A. 3746) que establece, entre otras, una pena de prisión de dos años y seis meses por el delito de violencia física en el ámbito familiar del art. 153 del Código Penal, *«teniendo en cuenta la especial gravedad del hecho, reflejada en el intenso grado de incumplimiento del deber de la acusada, como madre del menor por ella maltratado, de cuidar de su hijo, la reducida edad de éste (tres años) y, por tanto, su especial debilidad, sin que concurra ninguna razón que haga pensar en un menor disvalor ético-social de los motivos que llevaron a la acusada a realizar la acción. En cuanto a la pena privativa de derechos, de conformidad con lo previsto en el art. 56 del Código Penal para el caso, como el que aquí concurre, de tener una relación directa con el delito cometido, procede imponer a la acusada la de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (arts. 39 y 46 del Código Penal), pues es claro que los hechos por los que se la condena a la acusada tuvieron lugar con ocasión de un mal ejercicio de la patria potestad»*⁷⁰.

⁶⁷ En relación con el anterior Código penal echaba en falta esta pena CERVELLÓ DONDERIS, op. cit., p. 66. Sobre este problema véase nuestro anterior trabajo, «La violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar en el Código penal español», op. cit., pp. 302 y ss., y MORILLAS CUEVA, «El Derecho Penal y la violencia doméstica», op. cit., pp. 268-9.

⁶⁸ Véase GARCÍA VITORIA, op. cit., pp. 604-5.

⁶⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 489.

⁷⁰ Asimismo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 9 de marzo de 2001 (A. 646) se establece en relación con la pena de inhabilitación especial para cualquier otro derecho del art. 56 del Código penal, que «nuestro Código Penal no contiene

Tras la mencionada reforma esta pena deja de ser aplicable como pena accesoria (cuestión que incluso era discutible) y pasa a ser susceptible de aplicación como *pena principal*. Esto trae como consecuencia (además de la certeza) que ya no es exigible una relación material y directa entre el delito cometido y el derecho o cargo del que se priva, sino que su aplicación dependerá de que el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz. Por otro lado, el carácter facultativo —no preceptivo— de la pena, tanto en el art. 153 como en el art. 173.2, permite que pueda imponerse únicamente en atención al interés del menor o incapaz, haya tenido o no relación directa el delito cometido con el ejercicio de la patria potestad o el cargo respecto a ese menor o incapaz. Así, por ejemplo, en un supuesto de malos tratos ocasionales a un hijo (una bofetada, un arañazo, etc.), puede no tener sentido para el interés del menor la privación del ejercicio de la patria potestad. Otra cosa hay que esperar si los malos tratos son habituales, pues precisamente en estos supuestos se podrá privar de la patria potestad, en atención al interés del menor, aunque el sujeto concreto no haya tenido relación directa con las violencias ejercidas por el padre o madre maltratadores.

Cabe destacar, además, en relación con el contenido de esta pena que se ha previsto todavía una mayor flexibilidad en su aplicación, puesto que se dice expresamente en el art. 46 que el Juez o Tribunal pueden acordarla respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

Finalmente, y con carácter general, a raíz de la reforma operada por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, puede imponerse la pena superior en grado, hasta su mitad inferior cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y ninguna atenuante (art. 66.1.4.^a) o en toda su

en los delitos del Título Primero del Libro Segundo una normativa específica que sobre derechos como la patria potestad pueda acompañar a la condena penal, como acontece con los delitos contra la libertad sexual del Título VIII de dicho Libro —art. 192.2—; no obstante, es posible imponer la privación de tal derecho en la Sentencia penal (art. 170 del Código Civil) permitiendo el art. 56 de dicho Texto punitivo imponer como accesoria la inhabilitación especial para cualquier derecho si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. Es evidente que con su acción Francisco violó absolutamente la obligación de velar por su hijo (art. 154.1.º del Código Civil), pues atentó contra su vida, mas esta acción reprochable estuvo mediatizada por la situación anímica y psíquica del padre al momento de los hechos, considerándose debe afectar a este derecho, no privándole de él sino sólo inhabilitándole para su ejercicio durante todo el tiempo de la condena que se fije, y ello porque el padre, además, está arrepentido (se evidenció en el acto del juicio oral al concederle la última palabra), no siendo esta determinación de inhabilitarle perjudicial para el menor (el cariño entre ambos subsiste), cuyos derechos además pueden quedar garantizados, incluso el de visita, aunque deban adoptarse cautelas en su ejercicio. Por ello, que se concluya con la inhabilitación señalada».

extensión cuando concurra la agravante de reincidencia muy cualificada (art. 66.1.5.^a). Esto significa que el delito del art. 173.2 puede castigarse con pena de prisión de hasta cuatro años y seis meses, y con penas de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta siete años y seis meses.

La falta recogida en el art. 620 del Código penal, que con motivo de la reforma global del sistema de penas ha recibido nueva redacción en virtud de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, establece que *«en los supuestos del apartado segundo de este artículo —los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve—, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de **localización permanente** de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima o **trabajos en beneficio de la comunidad** de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».*

Antes de analizar en concreto estas penas, cuya entrada en vigor, según la Disposición final quinta de la L.O. 15/2003, está prevista el día 1 de octubre de 2004, es conveniente señalar que han desaparecido las penas de multa de diez a veinte días y de arresto de dos a cuatro fines de semana, previstas anteriormente para las dos faltas del 617.2, pfo. 2.º, y 620 del Código penal.

Por un lado, la imposición de la pena de **multa** había sido muy criticada, porque con anterioridad a la reforma efectuada por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la imposición de la mencionada pena de multa no se tenía en cuenta la posible repercusión económica que esta pena tuviera sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar, afectiva o similar, y de este modo, evidentemente, los efectos de la pena de multa recaían no sólo sobre el condenado, sino también sobre el resto de la mencionada unidad o grupo. Esta situación provocó unas reacciones desde diversas instituciones como, por ejemplo, el Informe del Defensor del Pueblo sobre *«La violencia doméstica contra las mujeres»*, de 1998, que consideraba que «en los supuestos a los que nos venimos refiriendo —las faltas—, sería aconsejable suprimir la posibilidad de sancionar con pena de multa este tipo de ilícitos..., por cuanto en definitiva esa sanción podría repercutir de modo negativo en la víctima, al detraerse el importe de dicha multa del

patrimonio de la propia unidad familiar»⁷¹. Asimismo el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 21 de marzo de 2001, sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, propuso dentro de otras medidas y actuaciones eficaces contra la violencia doméstica en el proceso penal que debía tenerse muy presente que la imposición de multas al autor de la agresión puede agravar indirectamente la situación de la víctima⁷². En la mencionada L.O. 14/1999 se introduce en las penas de multa de las faltas de los arts. 617.2, pfo. 2.º, y 620 del Código penal la específica regla penológica, «*teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar*», con el fin de adecuar «la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima», tal y como se declara en la Exposición de Motivos de la L.O. 14/1999. No obstante, *de lege ferenda* y en relación con el sistema de penas del Código Penal, el *II Plan integral contra la violencia doméstica (período 2001-2004)* propuso, entre otras medidas legislativas, que la pena alternativa a la de arresto de fines de semana prevista en los arts. 617 y 620 del Código penal, cuando la persona ofendida por la falta se tratase de alguna de la previstas en el art. 153, no fuera la de multa, sino la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Por otro lado, la desaparición de la pena de **arresto de fin de semana** obedece a unas críticas de carácter general vertidas sobre la misma y no sólo en relación con estas faltas, pues según se declara en la Exposición de motivos de la L.O. 15/2003 la aplicación práctica de la mencionada pena de arresto de fin de semana «no ha sido satisfactoria». Ahora bien, en nuestra opinión la pena de arresto de fin de semana contemplada en las faltas de los arts. 617.2, pfo. 2.º, y 620 del Código penal se mostraba más idónea, porque sus efectos —la privación de libertad— no recaían sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar, afectiva o similar, tal y como sucedía con la pena de multa, sino sólo sobre el condenado que debía cumplir la pena en un establecimiento penitenciario. Además, la pena de arresto de fin de semana se adaptaba claramente al perfil del delincuente primario o plenamente socializado en el que encaja el autor de estas faltas, y por este motivo desplegaba más eficazmente sus efectos al cumplirse en régimen de aislamiento para evitar los riesgos de contagio criminógeno de los arrestados.

⁷¹ Véase el Informe del Defensor del Pueblo sobre «La violencia doméstica contra las mujeres» de 1998 en la siguiente dirección de internet, <http://www.defensordelpueblo.es/Docs/domes.pdf>

⁷² Véase <http://www.fiscalia.org/doctdocu/docu/cgpjvioldomest.pdf>

Si nos ceñimos a las penas nuevas establecidas para la falta nos encontramos con que se configuran como penas alternativas (localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad) que analizaremos por separado.

a) La pena de **localización permanente** de cuatro a ocho días para la falta del art. 620, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, constituye una importante novedad introducida en el art. 37 en la última reforma del Código penal. Esta pena privativa de libertad, tal y como se declara en la Exposición de Motivos de la L.O. 15/2003, trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología, aunque todavía no se ha legislado su puesta en práctica⁷³. En relación con su aplicación, la falta del art. 620 del Código penal contempla expresamente la previsión de que la pena de localización permanente se cumpla por el autor en un «*domicilio diferente y alejado del de la víctima*», en consonancia con el contenido de las prohibiciones establecidas en el art. 48.1 y 2 y aplicables como penas accesorias del art. 57 del Código penal⁷⁴: la prohibición de acudir al lugar en que resida la víctima y la prohibición de acercarse al domicilio de la víctima.

b) La pena de **trabajos en beneficio de la comunidad**, que en la falta del art. 620 tiene una duración de cinco a diez días (de 31 a 80 días en el art. 153 como alternativa de la pena de prisión), posee carácter *voluntario*, puesto que en el art. 49 del Código penal⁷⁵ se establece que no podrá imponerse sin el consentimiento del penado. Por otro lado, una novedad importante que se ha producido en la última reforma del Código penal es que esta pena aparece por primera vez como una pena originaria, es decir, el legislador la ha establecido como pena típica para esta falta concreta, sin perjuicio de que pueda aparecer como sustitutiva de otra pena⁷⁶ (arts. 88.1 y 53.2 del Código penal). Por tanto, si se impone tal pena como pena originaria alternativa, no debemos olvidar la necesidad del consentimiento del penado para su imposición.

Finalmente y respecto a las penas alternativas anteriormente previstas en las faltas de los arts. 617.2, pfo. 2.º y 620 del Código penal (arresto de fin de semana o multa), *García Albero*⁷⁷ había indi-

⁷³ Véase sobre esta pena BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., pp. 71 y ss.

⁷⁴ Estos preceptos también se han modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁷⁵ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁷⁶ Véanse BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 154; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pp. 52 y 53.

⁷⁷ Véase GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Nuevo Código penal*, QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), 2.ª ed., Aranzadi, 2001, p. 2383.

cado que resultaba dudoso que el Juez no esté sometido al **principio acusatorio** de modo que no podrá imponer la pena de arresto si se le solicita, exclusivamente, la pena de multa. Entonces, si el Ministerio Fiscal optaba en su acusación por la aplicación de la pena de multa en virtud de la comisión de alguna de las mencionadas faltas, la cuestión que se planteaba es si el Juez podría imponer la pena de arresto de fin de semana sin vulnerar el principio acusatorio reconocido en el art. 24.2 de nuestro texto constitucional, que rige también en el juicio de faltas, al tratarse de una pena más gravosa que la pena de multa⁷⁸. A nuestro juicio se puede mantener este mismo problema en torno a las penas alternativas de localización permanente de cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. Aunque no existen criterios generales para valorar la mayor o menor carga punitiva de unas penas concretas, del art. 53.1 del Código penal modificado por la L.O. 15/2003 sí es posible deducir criterios generales para comparar penas abstractas, de modo que según el art. 53.1 cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo, luego un día de localización permanente equivaldrá a una jornada de trabajo. En consecuencia, como en este supuesto las penas a comparar son, por un lado, la pena de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima o, por otro lado, trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días, y como una es pena privativa de libertad (art. 35)⁷⁹ y otra es

⁷⁸ El Tribunal Constitucional en su sentencia de 18 de enero de 1993 (A. 21) —Recurso de amparo núm. 1108/1990—, afirma que «el principio acusatorio reconocido en el art. 24.2 de nuestro texto constitucional rige también en el juicio de faltas [SsTC 54/1985 (RTC 1985\54), 15/1987 (RTC 1987\15), 240/1988 (RTC 1988\240) y 53/1989 (RTC 1989\53) entre otras]. Ahora bien, dicho principio, en el ámbito de este proceso, no tiene otra finalidad que evitar que el Juez juzgue y condene sin previa acusación formulada por quien tenga legitimación para hacerlo. Por el contrario, no es obstáculo para que, una vez ejercitada la acusación, el Juez remedie errores de ésta o imponga penas superiores a las solicitadas cuando tal actividad no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes correspondientes al tipo penal que resulte de la calificación formulada en la acusación y debatida en el curso de aquél [SsTC 12/1981 (RTC 1981\12) y 17/1988 (RTC 1988\17)].». El Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de octubre de 1993 (A. 7689) establece que «el art. 459 del Código Penal, primer párrafo castiga los delitos de injurias graves hechas por escrito y con publicidad con una pena conjunta, cuyo primer miembro (el segundo es la multa) es a su vez una pena alternativa. Esta Sala puede pues, respetando el principio acusatorio, tanto en cuanto al delito objeto de imputación como en cuanto a no imponer pena superior, elegir entre esa alternativa destierro o arresto mayor libremente, atendiendo a los factores señalados por el art. 61».

Sobre este problema véase nuestro anterior trabajo, «La violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar en el Código penal español», *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, M. CALVO GARCÍA (Coord.), op. cit., pp. 294 y ss.

⁷⁹ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

pena privativa de derechos (art. 39)⁸⁰, en principio resulta menos gravosa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que la localización permanente es una pena privativa de libertad cuya ejecución los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso si concurren las condiciones necesarias, tal y como se establece en los arts. 80 y ss. del Código penal, por lo que ya no queda tan claro que la aplicación de la localización permanente por parte del Juez, habiendo solicitado el Ministerio Fiscal la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, suponga una vulneración del principio acusatorio.

El Juez o el Tribunal sentenciador, según lo dispuesto en el art. 80.1 del Código penal⁸¹, podrá hacer uso de la **suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad** —prisión de seis meses a tres años— del art. 173.2 del Código penal cuando sea inferior a dos años⁸², mediante resolución motivada en la que se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste, y cuando concurren los presupuestos necesarios enumerados en el art. 81⁸³. Asimismo el Juez o el Tribunal sentenciador deberá condicionar en todo caso la suspensión de la ejecución de la pena del art. 173.2 así como del art. 153 del Código penal, al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a —prohibición de acudir a determinados lugares— y 2.^a —prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos— del art. 83.1 del Código penal⁸⁴. Además, se podrán establecer otras obligaciones o deberes recogidos en la regla 5.^a: participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares⁸⁵. Como indican acertadamente *Muñoz Conde/García Arán*, dichos deberes y reglas de conducta «no tienen carácter punitivo ni de medida

⁸⁰ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁸¹ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁸² Muñoz Sánchez estima que la naturaleza de los hechos castigados y la posibilidad de la repetición de los mismos en futuro hacen, en principio, poco aconsejable tanto la suspensión como la sustitución de las penas privativas de libertad, si bien es cierto que no cree conveniente exceptuar este delito de tales instituciones sobre todo si el condenado se somete a programas específicos de reeducación y tratamiento y a ciertas medidas de control; véase MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios*, op. cit., p. 154.

⁸³ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁸⁴ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁸⁵ Como señalaba Gracia Martín ya en relación con la pena de arresto de fin de semana que se configuraba como una pena privativa de libertad —véase GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., Valencia, 2000, pp. 238 y 239—, únicamente pueden suspenderse las penas privativas de libertad. Por lo tanto la suspensión podrá alcanzar también a la localización permanente, lo que se deduce no sólo de la referencia genérica que hace el precepto a las penas privativas de libertad sino también del art. 83.1, pues, al establecer éste la posibilidad de imponer reglas de

de seguridad, porque no son la consecuencia jurídica de ningún juicio de culpabilidad o peligrosidad, sino que son condiciones añadidas tendentes a asegurar el cumplimiento de la condición principal que es la de no volver a delinquir»⁸⁶, exigida en el art. 83.1 del Código penal. Finalmente se ha introducido un nuevo apartado 3 al art. 84 que establece que «en los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena».

Si nos centramos ahora en el ámbito de la **sustitución de las penas privativas de libertad**, debemos indicar que en el art. 88.1 del Código penal⁸⁷ se establece con carácter general, por un lado, la posibilidad de sustituir la pena de prisión que no exceda de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. En tales supuestos el Juez o el Tribunal podrá, además, imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 del Código penal. Por otro lado, y excepcionalmente se puede sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años en las mismas condiciones que lo señalado anteriormente. Sin embargo, se ha introducido en este precepto una previsión expresa y específica para este delito en la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre: «en el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 del presente Código». Para el delito del art. 173.2 no exis-

conducta en los supuestos de suspensión, expresa que tal decisión procederá sólo para «el caso de que la pena suspendida fuese de prisión», con lo que da a entender *a sensu contrario* que podrán suspenderse también las otras penas privativas de libertad, sin que proceda para éstas la posibilidad de imponer reglas de conducta; véase GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 298.

⁸⁶ Véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 5.^a ed., 2002, p. 584.

⁸⁷ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

te, por lo tanto, la posibilidad de sustituir la pena de prisión que no exceda de dos años por la pena de multa, ya que provocaba algunos problemas⁸⁸. Estos problemas, sin embargo, van a subsistir en el caso del nuevo delito del art. 153.

1.2. Penas accesorias

En relación con las **penas accesorias**, en el art. 56 del Código penal⁸⁹ se establece que «1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1.º Suspensión de empleo o cargo público. 2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código. 2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas». En el caso de la comisión de la falta del art. 620 no podrá imponerse al autor la pena accesoria del art. 56 del Código penal, en concreto la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento ni la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, puesto que no se contemplan penas de prisión en las faltas. No obstante, en los casos en que materialmente pro-

⁸⁸ En efecto, en relación con la pena de multa como pena sustitutiva en el delito de violencia doméstica habitual convenía realizar dos consideraciones. En primer lugar, cuando se aplicaba la mencionada pena como sustitutiva de la pena de prisión del art. 153 del Código penal, era también aconsejable *de lege ferenda*, una previsión específica como la introducida en la L.O. 14/1999 para las penas de multa de las faltas de los arts. 617.2, pfo. 2.º y 620 del Código penal. Benítez Jiménez señalaba, con razón, que la sustitución por la multa puede repercutir negativamente en el sujeto pasivo del delito, que con frecuencia dependerá económicamente del reo; véase BENÍTEZ JIMÉNEZ, «Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1999, p. 440. A favor de esta propuesta *de lege ferenda*, la misma, op. cit., p. 443. En segundo lugar, como la pena de multa aparecía en los arts. 617.2, pfo. 2.º y 620 del Código penal como pena alternativa y originaria, a pesar de que era asimismo uno de los sustitutivos de la pena de arresto de fin de semana, en el caso de que el Juez o el Tribunal hubiera optado por la imposición de la pena de arresto de fin de semana, no podría a continuación sustituirla por la de multa, puesto que ésta era ya una pena originaria por la que podía haber optado desde un principio y si adoptó la decisión de no aplicarla, una posterior decisión de sustituir la pena privativa de libertad por la de multa representaría una contradicción. Véase, con carácter general, GRACIA MARTÍN, *Leciones*, 3.ª ed., op. cit., p. 49.

Sobre este problema véase nuestro anterior trabajo, «La violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar en el Código penal español», op. cit., p. 298.

⁸⁹ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

ceda una inhabilitación del autor para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, aquélla podrá instarse en vía civil⁹⁰.

Respecto de los delitos de los arts. 153 y 173.2, las inhabilitaciones especiales para cualquier otro derecho, y en concreto los derechos que se refieren al ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y a la tenencia y porte de armas, al estar impuestas especialmente por la ley como penas principales, dejan de ser aplicables como accesorias (art. 54). En cambio, si por los delitos indicados se impone una pena de prisión es obligada a su vez la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, al menos cuando no proceda aplicar alguna otra de las penas accesorias. La suspensión de empleo o cargo público sólo se aplica en los casos en los que el autor tiene un empleo o cargo público que no guarda relación con el delito cometido, porque si realmente existe esa relación corresponde la aplicación de la inhabilitación especial para empleo o cargo público.

El art. 57 del Código Penal, aplicable tanto a determinados delitos como a determinadas faltas, se ha reformado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, y ha variado la duración de las penas de alejamiento, ampliando notablemente en el caso de delito grave (no excederán de diez años), y estableciéndose además el límite mínimo de un año tanto en los delitos graves como en los menos graves. Por otra parte, se fija el orden del cumplimiento de las penas de alejamiento en la hipótesis de que la pena principal impuesta sea de prisión. Este precepto establece que «1. Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

⁹⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 884.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado primero de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, se acordará en todo caso la aplicación de la pena prevista en el apartado segundo del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620».

En el mencionado artículo 57 se prevén diversas modalidades de penas accesorias —penas privativas de derechos a tenor del art. 39.f), g) y h)—, a través de las que se tratan de atender primordialmente las necesidades y los intereses de la víctima del delito, preservándola de futuros contactos con el penado⁹¹:

a) La prohibición de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. Según el art. 48.1 del Código penal⁹², «la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos». La reforma llevada a cabo por la L.O. 15/2003 ha subsanado las deficiencias que presentaba la anterior configuración de esta pena del art. 48. La nueva redacción del precepto era obligada pues su intitulación legal no se correspondía fielmente con el contenido que se le atribuía en un principio, que quedaba reducido a «volver» al lugar de comisión del delito o al de residencia de la víctima o su familia, si eran distintos. Pero

⁹¹ Véanse BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 144 y DEL MORAL GARCÍA, *Aspectos penales de la violencia doméstica*, op. cit., p. 520. Asimismo, por ejemplo, la STS de 5 de marzo de 2001 (A. 1304).

⁹² Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

no se hacía una mención expresa de la privación de la libertad de residencia del penado, que sólo indirectamente se vería afectada, esto es, con referencia a una futura residencia en esos lugares. Por lo tanto, únicamente en el caso de que el delincuente ya tenía fijada su residencia en los mismos, la imposición de esta pena implicaba, en rigor, la «privación» para el penado del derecho de residencia en determinados lugares. Ahora, en cambio, la prohibición de residir es directa y referida tanto al lugar de comisión del delito como al de residencia de la víctima o su familia, si fueren distintos⁹³.

b) La prohibición de aproximación a la víctima, sus familiares u otras personas designadas por el Juez o Tribunal. En el apartado segundo del art. 48 del Código penal⁹⁴ se establece que *«la prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena»*, por lo que se delimitan claramente dos supuestos diferentes: uno que consiste en prohibir al reo acercarse a determinadas personas donde quiera que se encuentren, y otro adicional que refuerza el anterior referido a la prohibición de acercarse al domicilio de esas personas, sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas, aunque eventualmente las mismas no se encuentren en dichos lugares⁹⁵. La suspensión por parte del Juez o Tribunal, respecto de los hijos, del régimen de visitas, comunicación y estancia constituye asimismo una novedad, que se configura más como una medida de carácter civil que pretende el aseguramiento del cumplimiento de las dos prohibiciones mencionadas. Cabe destacar que esta medida es obligatoria, a tenor de lo dispuesto en el art. 57.2, entre otros en los supuestos de comisión de los delitos de los arts. 173.2 y 153 del Código penal. Sin embargo, habría sido más conveniente el carácter facultativo de la adopción de tal medida, como, por otra parte, se señala en la Exposición de Motivos de la L.O. 15/2003 si, por ejemplo, no existe la necesidad de que los hijos sean alejados de su progenitor o si no han tenido relación con el delito cometido; y si concurre tal necesidad esa medida puede derivar directamente de la pena de prohibición de acercarse a determinadas personas⁹⁶.

⁹³ Véase BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 145.

⁹⁴ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁹⁵ Véase BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 146.

⁹⁶ Véase BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 146.

c) La prohibición de comunicación con la víctima, sus familiares u otras personas designadas por el Juez o Tribunal⁹⁷. El apartado tercero del art. 48 del Código penal⁹⁸ indica que «*la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual*». La prohibición de aproximarse a alguna persona determinada lleva generalmente aparejada la imposibilidad de comunicarse con ella, pero cabe comunicarse con una persona sin necesidad de aproximarse a la misma, por lo que es preciso añadir esta nueva referencia de forma independiente de aquélla. Ahora bien, más allá de la comunicación por cualquier medio, se prohíbe incluso el mero contacto visual, que no implica necesariamente un acto de comunicación entre personas, y sí de aproximación⁹⁹.

Finalmente, el apartado cuarto del art. 48 establece que «*el Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan*»¹⁰⁰.

Antes de la última reforma podía plantearse problemas la determinación del momento del cumplimiento de estas penas debido al vacío legal existente, pues siendo accesorias, no de ciertas penas, sino de ciertos delitos, la cuestión difiere en función de la clase de pena de que se trate la principal y de la modalidad de prohibición o privación de la accesoria. Si la principal es una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad no existen problemas para considerar ambas penas de cumplimiento simultáneo con cualquiera de las prohibiciones accesorias a que nos venimos refiriendo, puesto que la ejecución de la principal no impide o desnaturaliza el cumplimiento de la accesoria. Lo mismo puede afirmarse respecto a las demás penas privativas de derechos. En cambio, si se trata de una pena de prisión, el efecto de la accesoria queda consumido por la principal, es decir, la prisión lleva implícita la imposibilidad de residir o de acudir al lugar en que haya cometido el delito o aquél en el que resida la víctima o su familia y asimismo de aproximarse a esas u otras personas determinadas, salvo que el condenado salga de prisión de forma temporal o definitiva. Lógicamente, la pena privativa de libertad absorbe el efecto de una pena que en el fondo es

⁹⁷ Uno de los derechos de los que se priva en este caso es la libertad de residencia y de circulación (proclamado en el art. 19 de la CE), y en el supuesto de la prohibición de comunicación con determinadas personas, se priva, aunque parcialmente, del derecho a relacionarse con los demás y, con ello, de la libertad de expresión. Véase BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 144.

⁹⁸ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

⁹⁹ Véase BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 147.

¹⁰⁰ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

restrictiva de libertad. En cambio, la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas determinadas en principio es susceptible de cumplimiento simultáneo con la pena de prisión¹⁰¹.

La reforma ha introducido una regulación específica sobre la forma de cumplimiento de esta pena que amplía extraordinariamente su dimensión temporal, pues el párrafo segundo del art. 57.1 precisa que «*si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea*». Esto significa que las penas de alejamiento se cumplen simultáneamente con la prisión. Pero para evitar que la ejecución de la prisión convierta a las accesorias en inoperantes o ilusorias, como sucedería cuando su duración fuera igual o inferior a la pena de prisión, se establece una duración de las penas de alejamiento siempre por encima de la pena de prisión. Este criterio se fundamenta en la necesidad de evitar el acercamiento no sólo durante los permisos de salida, la ejecución el tercer grado y la libertad condicional, sino también después de cumplida completamente la ejecución de la pena de prisión¹⁰². Entonces, cuando las penas de alejamiento son accesorias de la prisión, a tenor de esta nueva regla y en relación con el art. 173.2, su duración mínima será de un año y seis meses (seis meses, porque es la duración mínima de la prisión, más un tiempo superior mínimo de un año), una duración máxima relativa de ocho años (tres años de prisión más un tiempo superior máximo de cinco años) y una duración máxima absoluta de nueve años y seis meses (cuatro años y seis meses de prisión en el caso de la aplicación de la pena superior en grado por la concurrencia de la agravante de multirreincidencia, más un tiempo superior máximo de cinco años).

Si se produce un incumplimiento de tales penas accesorias por parte del agresor, cometerá un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del Código penal¹⁰³, que establece que «*1. Los que quebranten su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad. 2. En los demás supuestos, se impondrá multa de doce a veinticuatro meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado segundo del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres*

¹⁰¹ Véase en este sentido BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., pp. 149-150.

¹⁰² Véase en este sentido BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, op. cit., p. 150.

¹⁰³ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días»¹⁰⁴.

Como el Código penal de 1995 no dice nada expresamente acerca de si la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, supone o no la suspensión de la ejecución de las penas accesorias, según la opinión mayoritaria de la doctrina las penas accesorias no son suspendibles dado que no se trata de penas privativas de libertad¹⁰⁵.

En suma, si repasamos todas las consecuencias jurídico penales aplicables por la comisión del delito del art. 173.2 del Código penal, observamos que ya como originarias, están previstas una buena parte de las reacciones jurídico penales contempladas en los arts. 32 y ss. del Código penal, con excepción de la pena de multa que había ocasionado los problemas anteriormente comentados, de la inhabilitación absoluta, de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, de la suspensión de empleo o cargo público y de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

1.3. Medidas de seguridad

Finalmente nos referiremos brevemente a las *medidas de seguridad* aplicables cuando en el autor de una acción típica y antijurídica del art. 173.2 del Código penal concurra la peligrosidad criminal, tal y como se exige en los arts. 6.1 y 95.1 del mismo texto legal. En los arts. 101 a 103 y 104 —medidas privativas de libertad—, y en relación con ellos los arts. 105¹⁰⁶ a 107 del Código penal —medidas no privativas de libertad— se establece la aplicación de medidas de seguridad a dos grupos de criminalmente peligrosos: aquellos que sean declarados exentos de responsabilidad criminal por concurrir en ellos las causas de inimputabilidad de los tres primeros números del art. 20 del Código penal (arts. 101 a 103), o bien a aquellos que se les aplique la correspondiente eximente incompleta (art. 104)¹⁰⁷. Dentro del catálogo de medidas no privativas de libertad, tal y como se recoge en los arts. 96.3 y 105 del Código penal, podemos destacar las siguientes: 1º) Obligación de residir en un lugar determinado. 2º) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan. 3º) Prohibición de acudir a deter-

¹⁰⁴ Véase, a título de ejemplo y en relación a la situación anterior a la reforma operada por la L.O. 15/2003, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 1 de junio de 2002 (A. 456).

¹⁰⁵ Véanse GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, op. cit., p. 301. Estima lo contrario, sin embargo, ACALE SANCHEZ, op. cit., p. 199.

¹⁰⁶ Este precepto también se ha modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

¹⁰⁷ Véase sobre ello, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, op. cit., p. 387.

minados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego. 4º) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares. 5º) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos. 6º) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Como ha señalado *Gracia Martín*, «el contenido material de estas medidas no difiere del de las penas privativas de derechos homólogas; es sólo la utilización de esos contenidos como medidas lo que establecerá diferencias funcionales en el mismo contenido»¹⁰⁸.

2. Las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis de la LECr.

El art. 544 bis de la LECr. (introducido por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, modificado por la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, y recientemente reformado, a pesar de lo que dice su título, por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal) en materia de protección de las víctimas de malos tratos, contempla la posibilidad de adoptar diferentes medidas cautelares personales impuestas por el juez durante la tramitación de un proceso penal para facilitar la inmediata protección de las víctimas de delitos de malos tratos.

Según este precepto, «en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del Código penal..., el Juez o Tribunal podrá imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas»^{109/110}. La última L.O. mencionada añade un nuevo

¹⁰⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, op. cit., p. 409.

¹⁰⁹ Estas medidas cautelares, según el art. 34 del Código penal, no se reputarán penas.

Crítica la regulación ofrecida en el art. 544 bis de la LECr., MEDINA ARIZA, *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 492 y ss.

¹¹⁰ Si se produce un incumplimiento de tales medidas cautelares por parte del agresor, cometerá un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del Código penal que establece que «los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos». Véase a título de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2002 (A. 98761).

párrafo que establece que «en caso de incumplimiento por parte del inculgado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

En torno al art. 544 bis de la LECr. se ha planteado la cuestión relativa a si es posible aplicar estas medidas cautelares cuando la violencia ejercida es constitutiva de falta. Al respecto, en el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, se puso de manifiesto la imposibilidad legal de adoptar determinadas medidas cautelares cuando la violencia ejercida es constitutiva de falta y no de delito, porque «el art. 544 bis de la LECr se remite de manera clara y tajante a los supuestos en que se investigue un *delito* —y no una falta— de los mencionados en el art. 57»¹¹¹. Ahora bien, tal y como sucede en ocasiones, en el Código penal el término delito se puede utilizar en sentido amplio comprensivo de los delitos y de las faltas¹¹², y como la L.O. 14/1999, de 9 de junio, introdujo entre otras novedades, la aplicación de todas las penas accesorias del art. 57 del Código penal —precepto al que se remite el art. 544 bis de la LECr.—, no sólo a los delitos indicados sino también a las faltas del art. 620, se puede concluir que la voluntad objetiva de la ley apunta a que tales medidas cautelares podrían aplicarse tanto durante la tramitación de delitos como también de faltas de malos tratos^{113/114}.

¹¹¹ Véase RUBIALES BÉJAR, «Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados de violencia doméstica», en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Edersa, Madrid, 2002, p. 436. Véase, además, MEDINA ARIZA, op. cit., p. 494.

¹¹² Véanse CEREZO MIR, op. cit. (n. 12), p. 17; GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, op. cit., p. 876.

¹¹³ Esta posible interpretación es contemplada también por ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal*, DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J. A., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 5ª ed., Madrid, 2002, p. 409.

¹¹⁴ En el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, se propone que «la cuestión atinente a las medidas cautelares y de protección de la víctima se aborda actualmente de manera diferente, partiendo de la premisa ..., de la palmaria insuficiencia del sistema vigente para reconducir paulatinamente, hasta su eliminación definitiva, las actitudes violentas de los autores de tales infracciones (que se aprovechan de la falta de reacción institucional adecuada y proporcionada a la acción cometida) y para conseguir vencer la sensación general de impunidad que deriva de la falta de respuesta institucional cautelar adecuada e inmediata en las escasas ocasiones en que las agresiones son denunciadas».

3. La Orden de protección del art. 544 ter de la LECr.

El art. 544 ter de la LECr fue introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y modificado recientemente por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, cuyo texto a los efectos que aquí nos interesa reza: «1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo... 5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico... 6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el Juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima».

En torno a esta Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica señalaremos, en primer lugar, que, como ha manifestado *De Lamo Rubio*, se trata de un mecanismo de articulación o coordinación de medidas cautelares penales y civiles ya existentes, y que además, tiene proyección en el ámbito asistencial¹¹⁵.

Ahora bien, la regulación de la Orden de protección no ha comportado el establecimiento de nuevas medidas cautelares en el proceso penal, ni ha alterado sus presupuestos —que son «los establecidos con carácter general» en la LECr.— y efectos, puesto que de acuerdo con el apartado 6 del art. 544 ter de la LECr., el juez podrá adoptar, *desde el punto de vista de la protección de la víctima*, la prisión provisional y la orden de alejamiento¹¹⁶. En relación con la prisión provisional es preciso subrayar que, según lo dispuesto en el art. 502.2 de la LECr., sólo

¹¹⁵ Véase DE LAMO RUBIO, «La nueva Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio», *Actualidad Penal*, n.º 42, 2003, p. 1052. Valora muy positivamente el establecimiento de esta Orden de protección LAURENZO COPELLO, op. cit. p. 5. La efectividad de las medidas cautelares que se integran en la nueva Orden de protección se facilita a través de la existencia de un Registro Central regulado por el R.D. 355/2004, de 5 de marzo (BOE de 25 de marzo de 2004).

¹¹⁶ Véase ORTELLS RAMOS, «Tratamiento de la violencia doméstica en la LECr. (Un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las

se adoptará cuando sea objetivamente necesaria de conformidad con lo establecido en los arts. 503 y ss. del mismo cuerpo legal, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. En el art. 503.1.3.º, c) se menciona expresamente como fin que persigue la adopción de la mencionada prisión provisional, «evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado»¹¹⁷. Como ha señalado Gutiérrez de Cabiedes esta excepción del umbral de dos años de pena «está relacionada con la finalidad de protección a la víctima, fin claramente presente en ésta y en otras Leyes, fruto de la convicción sobre la necesidad de atender al perjudicado por el hecho criminal y de la consideración de que ha sido el «eterno olvidado» en el Derecho penal y procesal de los últimos tiempos. Tal finalidad se plasma aquí en la necesidad de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima durante la pendencia del proceso (continuando o agravando los efectos del ilícito criminal), especialmente en los supuestos de *violencia doméstica* (es decir, si la víctima es una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP). La L.O. 13/2003 viene a considerar con ello que, en esta materia, el establecimiento de un límite mínimo de pena no es esencial ni adecuado para la pretensión de dar cumplimiento efectivo al fin de protección de la víctima de tales actuaciones delictivas. Es decir, para conjurar el grave riesgo (que es también un peligro en la demora) de una próxima comisión delictiva del imputado, deducible de la actuación que se le achaca, aunque la pena que ésta tenga señalada no supere los dos años»¹¹⁸.

víctimas de la violencia doméstica)», *Encuentros «Violencia doméstica»*, C.G.P.J., Madrid, 2004, pp. 413 y 414. Como señala este autor, ob. cit., pp. 413 y 414, la libertad provisional aunque es una medida cautelar penal, sólo tiene por finalidad garantizar que el imputado se mantenga a disposición del tribunal para la realización del proceso y para la eventual ejecución.

¹¹⁷ El ordinal 1.º establece que la prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando «conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tiene antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del Título III del Libro I del Código penal».

¹¹⁸ Véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, Aranzadi, 2004, pp. 138 y 139 (cursivas en el original). Faraldo Cabana señala en este punto en relación con el proyecto de reforma de la LECr. en materia de prisión provisional que «la referencia al delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar responde ..., ... a la indignación de la sociedad por la desprotección en que se encuentran las víctimas de la violencia domés-

Por otro lado, en el art. 503.2 de la LECr. se dispone que «*también podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos... No obstante, el límite impuesto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad*». En tales supuestos la duración de la prisión provisional, según el art. 504 de la LECr., no podrá exceder de un año, si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, tal y como sucede en el art. 173.2 del Código penal.

Se plantea la cuestión de si cabe acordar la prisión provisional según el art. 502.2 de la LECr., por la comisión de un hecho delictivo subsumible en el art. 153 del Código penal —castigado con una pena de prisión de tres meses a un año—¹¹⁹, con el fin de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código penal. A nuestro juicio, sí es posible acordar esta medida cautelar personal por lo dispuesto en el art. 503.1.3.º, c) de la LECr., por ejemplo, si existe un riesgo de comisión de un delito de lesiones, inferido de previas amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos y de la causación de una

tica, en particular en vista de que no es posible garantizar su seguridad cuando los autores incumplen las órdenes de alejamiento. Esta toma en cuenta de los intereses de la víctima responde a los modernos planteamientos victimológicos que se han extendido en el Derecho comparado y que en buena parte están siendo asumidos en las reformas del Código penal de 1995 y de la legislación procesal»; véase FARALDO CABANA, «El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional», *Actualidad Penal*, n.º 25, 2003, p. 641.

¹¹⁹ Recordemos que el legislador, tras la reforma operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha elevado a la categoría de delito en el art. 153 del Código penal conductas que anteriormente eran valoradas como faltas agravadas: la causación a otro de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código penal, golpear o maltratar de obra a otro sin causar lesión, o amenazar a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, siempre y cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código penal. Por lo tanto, acordar la prisión provisional por la comisión de tales conductas, no infringe lo establecido en el art. 502.4 de la LECr.: «*no se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación*».

lesión a la víctima que sólo haya requerido una primera asistencia facultativa, ambas conductas subsumibles en el art. 153 del Código penal. En este caso «puede ser de tal gravedad el peligro de demora (normalmente, el serio riesgo-amenaza para los derechos fundamentales de la víctima), que el legislador considera necesario establecer normas legales que no impidan la ponderación razonable de las circunstancias por el juez, sin estar vinculado por la existencia de un umbral absoluto de pena señalada al hecho imputado»¹²⁰. Por otro lado, podrá acordarse asimismo la prisión provisional, según el art. 503. 2 de la LECr., para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, sin observar el límite previsto en el art. 503.1.1.º de la LECr., cuando pueda racionalmente inferirse que el imputado por un delito tipificado en el art. 153 del Código penal, realiza sus actividades delictivas con habitualidad, esto es, que ese hecho aislado se subsuma en el mencionado precepto del Código penal y que suponga a su vez un acto de violencia física o psíquica habitual del art. 173.2 del mismo cuerpo legal¹²¹.

¹²⁰ Véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES, op.cit., p. 139.

¹²¹ Véase también ALHAMBRA PÉREZ, «Aspectos procesales de la violencia doméstica», *Encuentros «Violencia doméstica»*, C.G.P.J., Madrid, 2004, p. 686.