LA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: ¿ALGUIEN DA MÁS?

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante

SUMARIO: I. Introducción.- II. Evolución legislativa: *1. La reforma penal de 1989. 2. El Código Penal de 1995. 3. La Reforma de 1999. 4. La Reforma de 2003. 5. La Reforma de 2004*

I. INTRODUCCIÓN

En poco más de cincuenta años de legislación penal hemos pasado de castigar con una pena simbólica (destierro) al marido que mataba o lesionaba gravemente a su mujer y a su amante, sorprendidos en flagrante adulterio[1], a castigar con pena de hasta un año de prisión al varón que amenace o coaccione, *de forma leve*, a quien es o haya sido su esposa o su pareja afectiva[2]. Sin ninguna duda, éste es un ejemplo muy ilustrativo de cómo ha cambiado el sistema de valores de la sociedad española en este lapso de tiempo, muy corto en términos históricos, pero que marca la que probablemente es transformación (política, económica, social, cultural, etc.) más grande de todo nuestra Historia.

De aquel vetusto precepto penal y su desaparición formal en la reforma de 1963 se ocupó en un espléndido trabajo mi querido maestro, el profesor Cobo del Rosal[3], en cuyo homenaje me honro en participar, poniendo de manifiesto cómo tal desaparición formal no significó un cambio de mentalidad del legislador sino, simplemente, la necesidad de valorar estas situaciones de forma técnicamente diferente pero con idéntico o similar resultado. De las últimas propuestas legislativas en el ámbito de la represión penal de la denominada *violencia do-*

[1] El contenido del art. 428 del Código penal, anterior a la reforma de 1963, establecía que "*el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones, será castigado con la pena de destierro*". Sin embargo, "*si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena*". Las mismas reglas penológicas se aplicaban, "*en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna*". Finalmente, terminaba señalando el precepto, "*el beneficio... no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas*".

[2] Conforme la previsiones legales incluidas en nuestro Código penal vigente por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE, núm. 313, del día 29).

[3] Cobo, M.: "La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, I, 1964, págs. 53 y ss.

méstica[4] voy a tratar de ocuparme en las siguientes líneas, si bien no se pueden entender estas últimas reformas sin conocer, previamente, cuál ha sido la evolución de la política criminal en este ámbito desde que, en el año 1989, se introducen las primeras previsiones en el Código penal.

La regulación penal relativa a la violencia doméstica, o, si se prefiere, del ejercicio de malos tratos y violencia física y/o psíquica habitual en el ámbito familiar, conyugal o de las relaciones de pareja es, sin ninguna duda, una de las que más modificaciones ha sufrido en nuestro país en los últimos tres lustros. Es posible que a ello haya contribuido la progresiva toma de conciencia social en torno a la gravedad del fenómeno y la consecuente disminución de la tolerancia hacia los maltratadores, lo que ha permitido tener un mejor conocimiento de las características criminológicas del mismo y de la tipología criminal de sus autores, de forma que el diseño de la figura criminal se ha ido completando y perfeccionando. De todas formas, también en este ámbito, como en pocos, se ha manifestado con especial virulencia ese fenómeno de la *expansión del Derecho penal*[5] y del *bienestarismo autoritario*[6] que está llevando los límites de la relevancia y de la respuesta penal hasta extremos poco razonables. Sobre todos estos aspectos de las características de esta nueva política criminal en el ámbito de la violencia doméstica, volveremos después de hacer un repaso por las sucesivas reformas.

Con todo, no se debe olvidar que la tipificación penal de este tipo de comportamientos no es sencilla, porque el Derecho penal, en un estado democrático, ha de estar fundamentalmente dirigido a reprimir las conductas concretas que un individuo produce en un momento histórico determinado de su vida (Derecho penal del acto), pero no debe de estar orientado a la represión de lo que se podría llamar la *forma de conducción de la propia vida* ni la personalidad del sujeto (Derecho penal de autor). Sin embargo, el maltratador es una persona que hace de la violencia su forma de conducción de vida en la relación con su pareja y en la comunicación con ella, configurándose el ejercicio de los abusos físicos y psicológicos como una manifestación evidente de su personalidad. De forma que los comportamientos realizados en un momento histórico de su vida pueden ser, en su valoración aislada, insignificantes desde el punto de vista de su calificación jurídico-penal y, por el contrario, lo verdaderamente trascendente, a los efectos de valorar la gravedad criminal del comportamiento, es la constante reiteración y, generalmente, progresiva agravación de esos comportamientos concretos producidos en un contexto de convivencia o de dependencia personal, afectiva o económico-familiar.

En este ámbito de la criminalidad, el Derecho penal se enfrenta, por tanto, a un reto nada fácil de superar, cual es el de dotar a la figura penal de las características precisas que

---

[4] La Ley Orgánica 1/2004 ha modificado la terminología utilizada por la precedente Ley Orgánica 11/2003, sustituyendo el término "violencia doméstica" por el de "violencia de género". Aunque éste último pueda ser más correcto para definir un determinado fenómeno de violencia (el de la violencia contra las mujeres ejercida por los hombres), me parece, sin embargo, preferible continuar utilizando el concepto "violencia doméstica", porque describe de forma más precisa el ámbito de relevancia penal definido, por ejemplo, en el actualmente vigente núm. 2 del art. 173, ya que los fenómenos de violencia en él descritos no se circunscriben a los de violencia contra las mujeres.

[5] Silva Sánchez, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2ª ed., revisada y ampliada, Madrid, 2001.

[6] Díez Ripollés, J.L.: "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, 2004, págs. 1 y ss (*http://criminet.ugr.es/recpc*).

permitan abarcar el fenómeno, pero sin incurrir en vulneraciones exageradas de los principios limitadores del *ius puniendi* que deben inspirar el Derecho penal de un estado social y democrático de Derecho. Esta tensión entre necesidad de represión del fenómeno y vigencia de los principios penales es lo que, en ocasiones, ha dado lugar a que las tipificaciones penales de las sucesivas reformas propuestas desde el año 1989 hayan sido, no sin razón, objeto de crítica.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1. La reforma penal de 1989

El origen remoto del vigente art. 173, núm. 2, del Código Penal, redactado conforme a la reforma operada en el mismo por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE, núm. 234, del día 30), se encuentra en la Enmienda núm. 53, que el Grupo Socialista presentó, en la tramitación parlamentaria del Senado, al Proyecto de Ley Orgánica de Actualización del Código Penal, texto que, posteriormente, se convirtió en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, introduciendo en el hoy derogado Código Penal de 1973 una nueva redacción para el art. 425[7]. Si hemos de hacer caso al Preámbulo de la Ley, la creación del precepto obedeció "a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo". Así y todo, pese a las loables intenciones que decidieron al legislador a incluir en el Código penal esta nueva figura legal, la doctrina penal pudo denunciar poco después de aprobarse la Ley, algunas de las deficiencias más notables del precepto, y no sólo de índole político-criminal sino, igualmente, de carácter técnico. En concreto, se criticó que se hubiera dejado fuera del ámbito de protección del tipo penal a determinados sujetos, como era el caso de los ascendientes, a pesar del grave problema que ya comenzaba a existir entonces, en este punto, en relación con los ancianos[8], y el que se hubiera restringido el tipo al ámbito de las violencias físicas[9], sin abarcar, por tanto, los supuestos de coacciones, amenazas u otro tipo de violencias psíquicas, presentes, con frecuencia, en el ámbito de las relaciones a las que iba destinado el precepto. Todo ello, no obstante, sin menospreciar, como ya he señalado más arriba, las dificultades que entraña abordar, desde un punto de vista penal, un problema de las características como el que motivó la reforma.

---

[7] Según dicha nueva redacción, debería ser castigado con la pena de arresto mayor (un mes y un día de privación de libertad a seis meses) quien "*habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho*".

[8] Boix Reig, J., en Boix Reig, J., Orts Berenguer, E. y Vives Antón, T.S.: *La Reforma Penal de 1989*, Valencia, 1989, pág. 123; Tamarit Sumalla, J.M.: *La Reforma de los Delitos de Lesiones*, Barcelona, 1990, pág. 183; Cobos Gómez de Linares, M.A., en Cobos Gómez de Linares, M.A., López Barja de Quiroga, J. y Rodríguez Ramos, L.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, I, Madrid, 1990, pág. 177; Cobo del Rosal, M. y Carbonell Mateu, J.C., en Cobo del Rosal, M., Vives Antón, T.S., Boix Reig, J., Orts Berenguer, J.C. y Carbonell Mateu, J.C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 611.

[9] Cobos Gómez de Linares, M.A.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 177.

2. *El Código Penal de 1995*

La reforma que, en el art. 153, introdujo la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[10] nació con vocación de solventar alguno de los problemas que había puesto de relieve la doctrina y, por ello, el círculo de los posibles sujetos pasivos del delito se amplió a los "*hijos del cónyuge o conviviente*", así como a los "*ascendientes... que con él* [con el sujeto activo] *convivan*" y a los sometidos a "*curatela*". La ampliación fue, sin duda alguna, acertada, pues, en efecto, los supuestos de ejercicio de violencia en el ámbito de la convivencia familiar con los ascendientes no son, por desgracia, inusuales, como tampoco lo son los casos en los que la violencia se dirige a los hijos del cónyuge o del conviviente. No obstante, la reforma de 1995 continuó sin dar respuesta al nada despreciable problema de la violencia psíquica, que volvía a no encontrar acogida típica en el art. 153 del recién estrenado Código penal.

Además, en relación con los sujetos, el ámbito típico del derogado art. 425 planteaba, en lo que a la determinación de algunos de los sujetos pasivos se refería, algunos problemas. Así, por ejemplo, cuando el tipo exigía que la conducta recayera sobre persona a la que el sujeto activo "*estuviese unido por análoga relación de afectividad*" se hacía necesario matizar que la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, en estos casos, debía de tener el carácter de *permanente* para que fuera realmente análoga al matrimonio[11]. Este problema quedó definitivamente resuelto en el tipo del art. 153 del Código penal de 1995 al exigir éste, expresamente, la *estabilidad* en la relación, que es tanto como decir que la relación debe de tener una cierta permanencia. Todo ello, obviamente, con independencia de que la pareja conviviente sea homosexual o heterosexual. Por otra parte, el concepto de "*guardador de hecho*" daba pie a una interpretación lo suficientemente amplia como para poder incluir los casos de maestros en referencia a sus discípulos menores de edad, ya fuera en el ámbito escolar, ya lo fuera en el ámbito de otro tipo de relaciones institucionales (campamentos juveniles, granjas-escuela, instituciones de educación de menores, etc.).

Por otra parte, el viejo texto del art. 425 del Código Penal derogado planteaba, como problema concursal más importante, el que se producía cuando el sujeto activo, en uno de los episodios del ejercicio habitual de la violencia física, causaba unas lesiones de las comprendidas en el art. 420 o, incluso, en el art. 421, núm. 2º, del propio texto penal derogado. Las posiciones doctrinales se decantaban hacia dos soluciones distintas; unos autores[12] proponían acudir al expediente del concurso de delitos, toda vez que eran distintos los bienes jurídicos afectados –la dignidad de la persona, en el caso del art. 425, y la salud personal, en el caso del correspondiente delito de lesiones–, mientras que otros[13] proponían la solución

[10] El precepto castigaba 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*", al "*que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla 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*".

[11] Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, J.C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 611; Tamarit Sumalla, J.M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 180.

[12] Cobo del Rosal/Carbonell Mateu: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 611.

[13] Berdugo Gómez de la Torre, I., en Muñoz Conde, F., Berdugo Gómez de la Torre, I. y García Arán, M.: *La Reforma Penal de 1989*, Madrid, 1989, pág. 105.

del concurso de leyes, aplicando la correspondiente figura del delito de lesiones con la circunstancia mixta de parentesco del art. 11 del Código Penal derogado[14]. Sin embargo, a partir del art. 153 del Código penal de 1995, la solución impuesta por el Código Penal, a través de la regla penológica del último párrafo del art. 153, era la de aplicar la pena de éste "*sin perjuicio de las... que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare*", consolidándose, por tanto, el expediente del concurso de delitos.

Otro importante efecto que tuvo la introducción de esta regla penológica, aparte de resolver un problema concursal cuya solución quedaba, antes, en manos del intérprete, fue el de reorientar la discusión en torno a cuál debía considerarse el bien jurídico protegido por el delito de violencia habitual. En efecto, a partir de la exigencia de que las penas por el delito de violencias en el ámbito familiar o tutelar se tuvieran que imponer sin perjuicio de las correspondientes por el resultado que, en cada caso, se causare, resultaba más difícil seguir manteniendo que el art. 153 era un delito de resultado material en el que el bien jurídico protegido era la salud personal de los sujetos pasivos. Porque si esa referencia penológica se había de entender en su sentido más estricto (es decir, que se causara, en cada acto individual, la lesión que se causara se habría siempre de castigar por tal lesión y, además, por la violencia física familiar o conyugal), de seguir manteniendo esa posición nos veíamos abocados a reconocer un supuesto doble incriminación inaceptable, pues hechos lesivos de un mismo bien jurídico (salud personal) merecían un doble castigo; por un lado, a través del tipo correspondiente de la falta o del delito de lesiones y, por otro, a través del tipo de las violencias familiares. Así las cosas, sólo podía seguir aludiéndose a la salud personal como bien jurídico protegido si se configuraba el delito como un tipo de *peligro abstracto*, posición sustentada, por ejemplo, por Gracia Martín[15], sobre la base de las probabilidades de que la reiteración de las conductas descritas en el tipo provoquen en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional. La mayoría de los autores[16], sin embargo, parecía preferir la solución de descartar que el art. 153 fuera un genuino delito de lesiones, entendiéndolo como un delito destinado a proteger la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante, como manifestación del principio de dignidad de la persona. A la vista del texto del Código Penal de 1995, la objeción que se le podía plantear a esta segunda posición es que ya

---

[14] En mi caso (véase, Del Rosal Blasco, B.: "El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar", en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo XIV, vol. 1º: "La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de Actualización del Código Penal", Madrid, 1992, pág. 375) me decanté por esta segunda solución porque entendía que no existían dos bienes jurídicos diversamente lesionados sino una progresión en el ataque a un mismo bien jurídico o, cuando menos, a bienes jurídicos que, aunque conceptualmente sean distinguibles, tienen una misma naturaleza, no siendo el uno sino una prolongación, o una parte, del otro.

[15] Gracia Martín, L.: "Art. 153", en Díez Ripollés, J.L. y Gracia Martín, L. (coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I: "Títulos I a IV y faltas correspondientes", Valencia, 1997, págs. 426 y ss.

[16] Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L.: "Artículo 153", en Vives Antón, T.S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I., Valencia, 1996, pág. 801; Tamarit Sumalla, J.M.: "Artículo 153", en Quintero Olivares, G. (dir.) y Valle Muñiz, J.M. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, págs. 100-101; Suárez González, C.: "Artículo 153", en Rodríguez Mourullo, G. (dir.) y Jorge Barreiro, A. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pág. 440; Cervelló Donderris, V.: "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección", en *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, págs. 53-54; López Garrido, D. y García Arán, M.: *El Código Penal de 1995 y la Voluntad del Legislador. Comentario al Texto y al Debate Parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 95.

existía un título específico en el nuevo Código Penal destinado a recoger las conductas que directamente afectan a la integridad moral[17] y, además, en el tipo del art. 153 no se contenía ningún elemento que permitiera 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 de otra persona; el tipo lo único que exige es que se *ejerza habitualmente la violencia física* sobre el sujeto pasivo, cosa que en unos casos puede ir acompañado o significar, ese ejercicio de violencia, un trato inhumano o degradante, pero en otros no tiene necesariamente que ser así, o al menos no de forma distinguible a lo propio de un acto de violencia.

Sin embargo, la reforma operada en el Código penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (BOE núm. 234, del día 30), pareció dar la razón a los autores que se decantaron por considerar la violencia en el ámbito familiar o en el de las relaciones conyugales o de pareja como un delito contra la integridad moral. Sobre este punto, no obstante, volveremos un poco más adelante.

3. La Reforma de 1999

El texto del art. 153 fue nuevamente reformado por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio (BOE, núm. 38, del día 10), y su contenido, respecto a su precedente, introdujo algunas importantes novedades[18].

En primer lugar, a diferencia del texto del 1989 o del de 1995, la reforma del 1999 incluyó dentro de las modalidades típicas de violencia castigadas por el tipo, la violencia psíquica, con lo cual no sólo se corrigió una deficiencia histórica en la regulación penal de este delito sino que, al mismo tiempo, se abría, técnicamente, la posibilidad de que, en la interpretación de la conducta típica, "*ejercer violencia*", se pudieran incluir las modalidades omisivas, cosa que antes era, por lo menos, discutible. En efecto, en el texto original del art. 153 del Código Penal de 1995 la conducta se delimitaba por el *ejercicio habitual de violencia física.* Quedaban fuera del ámbito del precepto todos los comportamientos que no consistieran en la utilización de la fuerza física o el acometimiento material contra el sujeto pasivo, y difícilmente eran pensables formas omisivas[19]. Hay que tener presente que al utilizar el tipo un verbo, cual es "ejercer" (violencia física) que tiene una inequívoca connotación activa, ha-

[17] Sánchez-Junco Mans, J.: "Art. 153", en Serrano Butragueño, I. (coord.): *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1998, pág. 986.

[18] El art. 153 reformado castigaba, con 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*", al "*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*". Además, el mismo precepto se concretaba que "*para apreciar la habitualidad..., 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..., y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*".

[19] En el mismo sentido se manifestó, por ejemplo, Cuello Contreras, J.: "El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad", en *Poder Judicial*, núm. 32, 1993, págs. 12 y ss.; partidario, sin embargo, de admitir la posibilidad de comisión por omisión, Gracia Martín, L.: *Comentarios*, págs. 464 y ss.

ciéndolo acompañar de una referencia única y exclusiva a la violencia física, su significado semántico, que equivale a "realizar o hacer actuar algo sobre cierta cosa"[20], casi, necesariamente, obligaba al intérprete a entender el núcleo de tal conducta como referida a la realización de actos de fuerza material o, si se prefiere, como aplicación de fuerza física del cuerpo del sujeto activo sobre el del sujeto pasivo[21]. La nueva redacción introducida en el año 1999 cambió, sin embargo, el sentido de la interpretación de la conducta típica al incluir la referencia a la violencia psíquica, con lo que, en este caso, el significado de *ejercer* nunca se va a poder interpretar como actuar materialmente sobre el cuerpo del sujeto pasivo. El sentido que adquiere, entonces, el concepto de ejercer es más amplio y se podría interpretar, más bien, en el sentido de ejercitar o repetir muchos actos de violencia, con lo que, a partir de entonces, tenía que dar cabida a los supuestos de comportamientos en los que, por acción o por omisión, se practicaba la violencia con el sujeto pasivo[22].

Novedad importantísima del nuevo texto del art. 153 fue la inclusión de un concepto normativo de habitualidad en el párrafo segundo del precepto. Antes de la introducción de dicho párrafo, la necesidad de que la violencia ejercida por el sujeto activo tuviera el carácter de *habitual* complicaba enormemente su interpretación. Parte de la doctrina[23], en este concreto aspecto, parecía haber aceptado *resignadamente* el viejo criterio jurisprudencial[24] de que la habitualidad es un dato de hecho, que no requería constatación formal, y que significaba repetición del mismo comportamiento en, al menos, tres ocasiones. No obstante, una jurisprudencia más reciente y otro sector de la doctrina[25] no se conformó, matizando, con acierto, que tal criterio no podía operar de forma automática, debiéndose de excluir "la aplicación del tipo siempre que los distintos hechos no respondan a una cierta unidad de contexto y proximidad temporal"[26]. El texto legal del 1999 pareció dar la razón a este sector doctrinal y jurisprudencial, al incluir una referencia en el concepto de habitualidad a la proximidad temporal de los actos, prescindiendo, incluso, de si la violencia se había ejercido o no sobre una misma víctima[27] y de que los actos de violencia hubieran sido enjuiciados anteriormente[28].

---

[20] Véase la voz "ejercer", en María Moliner: *Diccionario de Uso del Español*, Madrid, 1983.

[21] En sentido similar, Tamarit Sumalla, J.M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 178.

[22] No es sencillo, no obstante, determinar el concepto de violencia psíquica a los efectos de aplicación del tipo, que, como se ha señalado por la doctrina, sólo se puede delimitar en atención a la potencial puesta en peligro de la salud mental de la víctima, atendiendo a las circunstancias concretas que concurran en los hechos y en la propia víctima (Benítez Ortúzar, I.: "La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código penal en materia de violencia doméstica", en Morillas Cueva, L. (coord..), *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, pág. 194). Hay que tener en cuenta que el bien jurídico protegido no es la libertad personal y, por lo tanto, la referencia a la violencia psíquica no puede confundirse ni con la propia de las coacciones ni con la propia de las amenazas.

[23] Así, por ejemplo, Berdugo Gómez de la Torre, I.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 105 y ss.; Boix Reig, J.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 123; Bajo Fernández, M.: *Manual...*, ob. cit., pág. 173; López Garrido/García Arán: *El Código...*, ob. cit., pág. 95; Cervelló Donderris, V.: *Poder Judicial*, pág. 57; Carbonell/González Cussac: *Comentarios*, pág. 801.

[24] Aplicado a esta misma fórmula en los casos en que así se utilizaba por el Código Penal de 1973, por ejemplo, en los arts. 415, 542, 546 bis a) y c).

[25] Véase, Tamarit Sumalla, J.M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 180; Gracia Martín, L.: *Comentarios*, pág. 461, éste con referencias jurisprudenciales.

[26] Tamarit Sumalla, J.M.: *La Reforma...*, ob. cit., pág. 180.

[27] Tal y como se había propuesto por la doctrina que configuraba la habitualidad como una característica personal del sujeto activo (así, Gracia Martín, L.: *Comentarios*, pág. 449).

La reforma de 1999 amplió el ámbito de los sujetos pasivos, al incluir tanto a los que, en el momento de la comisión del hecho, eran cónyuges o parejas de hecho como a los que lo hubieran sido con anterioridad. La ampliación era oportuna porque, como se señaló por la doctrina, "las cifras de violencia acreditan que los riesgos de sufrir agresiones físicas se multiplican una vez producida la ruptura de la vida en común"[29]. También se incluyó, como novedad, dentro del círculo de los posibles sujetos pasivos a los que se encontraban en una situación de acogimiento, ampliación, en este caso, completamente lógica pues no se puede excluir, tampoco en estos casos, la producción de un fenómeno de violencia similar al que se puede ocasionar con hijos o pupilos.

Por otra parte, la reforma de 1999 no se limitó a modificar el art. 153 del Código penal, sino que introdujo en este texto legal otras novedades significativas. Así, por ejemplo, en la falta de malos tratos de obra (art. 617, núm. 2, último párrafo) se incluyó una circunstancia de agravación, que elevaba la pena de la misma (arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días) hasta la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, "teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar", cuando el ofendido pertenecía al círculo de sujetos descrito en el art. 153. En el mismo sentido, para el caso de la falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas (art. 620, núm. 2, último párrafo) se estableció una agravación que elevaba la pena (multa de diez a veinte días) hasta la de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta las mismas circunstancias, para el caso de la que ofendido fuera de las personas mencionadas en el art. 153. El art. 33, por su parte, creó tres nuevas penas privativas de derechos (art. 39): la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal y la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal[30]. Cuando la duración de dicha pena fuera superior a tres años, tendrían la consideración de penas graves, cuando fuera de seis meses a tres años, de pena menos grave y leve

[28] Problema discutido por la doctrina antes de la reforma de 1999 era el de si se podía o no excluir la habitualidad cuando ya había existido condena previa por alguno de los actos que sirven, precisamente, para construir dicha habitualidad. Quien configuraba el delito del art. 153 como un supuesto agravado, por la reiteración, de la falta de malos tratos tendía a excluir tal posibilidad, lo que abocaba a situaciones paradójicas. Porque la agravación que supondría, desde dicha perspectiva, el delito del art. 153 respecto de la falta de malos tratos podría ser continuamente eludida por el sujeto activo, que no tendría sino que lograr ser condenado por las faltas de malos tratos singulares para impedir la condena por el delito del art. 153. Por otra parte, sería absurdo tenerle que plantear a una víctima que denuncia una situación de malos tratos por tercera o cuarta vez que si ya denunció las agresiones anteriores recabe pruebas suficientes de la agresión actual y espere a ser objeto, nuevamente, en dos o en más ocasiones de violencias físicas para poder, entonces, denunciar a su agresor como autor de un delito del art. 153.

[29] Rodríguez Gómez, C.: "El delito de malos tratos en el ámbito familiar", en Diego Díaz-Santos, M.R. y Sánchez López, V. (coords.): *Hacia un Derecho Penal sin Fronteras*, Madrid, 2000, pág. 81.

[30] No obstante, la redacción original del art. 57 del Código penal de 1995 (dentro de la sección quinta, del capítulo I, del título III, del libro I, dedicada a las penas accesorias) ya establecía, como posibilidad, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, etc., que los jueces o tribunales acordaran en sus sentencias la prohibición de que el reo volviera al lugar donde cometió el delito o al lugar de residencia de la víctima o su familia, por tiempo no superior a cinco años. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, añadió la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o su familia.

cuando fuera inferior a seis meses. Dichas penas se consideraban accesorias e imponibles, una o varias de ellas, por un período no superior a cinco años, en el caso de que el agresor hubiese cometido los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales la intimidad, el derecho a la propio imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio o el orden socioeconómico, y por un período de hasta de seis meses por la comisión de una falta de las de los arts. 617 y 620 del Código penal. El legislador del 1999 también quiso que la 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, formara parte de las denominadas reglas de conducta que puede imponer el órgano jurisdiccional en el caso de suspensión de la ejecución de la pena (art. 88), como también quiso que formara parte de las medidas de seguridad no privativas de libertad [art. 105, núm. 1, apartado g)].

4. La Reforma de 2003

El texto vigente del art. 173, núms. 2 y 3, del Código Penal nace en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (BOE núm. 234, del día 30), que vuelve a modificar, de forma relevante, la regulación penal de las violencias en el ámbito familiar, conyugal o tutelar, en el siguiente que vamos a explicar a continuación.

En primer lugar, se reubica sistemáticamente el antiguo art. 153, que pasa ahora, como consecuencia de esta Ley Orgánica 11/2003, a ser el nuevo art. 173, núms. 2 y 3, figura delictiva ésta que está incluida en el título VII del libro II del Código Penal, dedicado a los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral[31].

En segundo lugar, el círculo de los sujetos pasivos se vuelve a modificar, refiriéndose ahora, también, el tipo del art. 173, núm. 2, a los descendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, y a las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar, así como a las personas que

---

[31] El nuevo texto del precepto rezaba, y reza, así:

"*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 los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, 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".

por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En tercer lugar, la respuesta punitiva del propio art. 173, núm. 2, se amplía con una serie de penas privativas de derechos, cuales son la 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.

Finalmente, y en cuarto lugar, y como complemento de lo anterior, el nuevo art. 153[32] eleva a la categoría de delito la falta de lesiones, la falta de malos tratos de obra y la falta de amenazas leves con armas, para los casos en los que ésta recaiga sobre alguno de los sujetos pasivos mencionados en el nuevo art. 173, núm. 2.

La consideración del delito de violencias en el ámbito familiar, conyugal o tutelar como un delito contra la integridad moral es una de las opciones por la que se había venido decantando la doctrina[33], que, no obstante, también se había referido a la salud y/o el bienestar personal[34], la dignidad personal[35], la dignidad en el ámbito familiar[36] o la incolu-

---

[32] El texto del art. 153, surgido de la Ley Orgánica 11/2003, dispone:

"*El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, 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 seis meses a tres años.*

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga 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 de la misma naturaleza".

[33] Tamarit Sumalla, J.M.: *Comentarios*, págs. 105-106; Carbonell/González Cussac: *Comentarios*, pág. 133; Campos Cristóbal, R.: "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar", en *Revista Penal*, núm. 6, 2000, pág. 20; Olmedo Cardenete, M.: *El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Doméstico: Análisis Teórico y Jurisprudencial*, Barcelona, 2001, págs. 42-42; Castelló Nicas, N.: "Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido", en Morillas Cueva, L. (coord..): *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, págs. 63 y ss.; Morillas Cueva, L.: "Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuesta de Reforma", en Morillas Cueva, L. (coord..): *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, pág. 672.

[34] Gracia Martín, L.: *Comentarios*, págs. 423 y ss.; Del Rosal Blasco, B.: *Comentarios*, pág. 371; Díez Ripollés, J.L.: *El Delito de Lesiones*, Valencia, 1997, pág. 31; García Álvarez, P. y Del Carpio Delgado, J.: *El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar*, Valencia, 2000, págs. 27 y ss.; Maqueda Abreu, M.L.: "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coords.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, págs. 1525-1526. En este sentido, también, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2003, que entiende que el precepto "contempla una agresión continuada, que afecta no sólo a la integridad física sino a la dignidad y la estabilidad psíquica de la persona que, en el seno de una relación de pareja, se ve sometida, por uno de sus componentes, a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio, que vulnera la propia personalidad de la víctima".

[35] Cervelló Donderris, V.: *Poder Judicial*, pág. 53; Serrano Gómez, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Madrid, 2001, págs. 115-116.

[36] Alcale Sánchez, M.: *El Delito de Malos Tratos Físicos y Psíquicos en el Ámbito Familiar*, Valencia, 2000, págs. 133-134. En un sentido, más o menos similar, aunque hablando de *paz familiar*, se ha pronunciado, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000, al considerar que el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10– que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida,

midad o indemnidad personal[37] como posibles objetos de tutela. La naturaleza del presente trabajo no me permite extenderme en algunas consideraciones críticas en relación con esa ubicación sistemática y la contemplación del delito que ahora analizamos como un delito contra la integridad moral[38], pero no sería justo dejar de reconocer que la decisión del legislador resuelve algún problema práctico de no desdeñable importancia. Me estoy refiriendo al problema de las relaciones entre la conducta habitual constitutiva del delito del ejercicio de la violencia y las concretas faltas o delitos de lesiones en los que ésta se va concretando. La nueva posición sistemática del tipo de violencias habituales intenta dejar muy claro que la naturaleza del delito y su objeto de protección es algo diferente a la salud y/o el bienestar personal de la víctima y, por lo tanto, las relaciones entre tales figuras delictivas (violencias habituales, por un lado, y falta o delito de lesiones, por otro) es la propia de un concurso de delitos, sin que ahora debiera caber ninguna sospecha de una posible doble incriminación por estar las violencias habituales ubicadas sistemáticamente junto a los delitos de lesiones dentro del mismo título[39].

---

sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familiar y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios. Puede afirmarse que el bien jurírico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes. Del mismo criterio, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2002, 11 de marzo y 18 de junio de 2003, 29 de marzo y 15 de octubre de 2004 y las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Segunda) de 7 de febrero de 2001 y de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de junio de 2004.

[37] González Rus, J.J., en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 105.

[38] Especialmente criticable me parece que, conforme se incrementa el elenco de figuras delictivas incluidas dentro de los delitos contra la integridad moral en el título VII del libro II del Código Penal de 1995, más difícil es de definir el objeto de protección y el propio concepto de integridad moral. Por lo demás, sigo pensando, a pesar de la ubicación sistemática, que el tipo del propuesto nuevo art. 173, núm. 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; el tipo lo único que exige es que se ejerza habitualmente la violencia física o psíquica sobre el sujeto pasivo, cosa que en unos casos puede ir acompañado o significar, ese ejercicio de violencia, un trato inhumano o degradante, pero en otros no tiene necesariamente que ser así, o al menos no de forma distinguible a lo propio de un acto de violencia; de no aceptarse este razonamiento no habría más remedio que reconocer, entonces, que todo delito de lesiones implica, en sí mismo, un menoscabo de la dignidad personal o una frustración del derecho a no ser tratado de forma inhumana o degradante. Todo ello sin que deje de ser cierto que el efecto psicológico que la violencia doméstica provoca en determinadas víctimas es equiparable al que produce la tortura, pero lo mismo se puede predicar de otro tipo de delitos, como lo puede ser el caso de prolongadas privaciones de libertad o coacciones y amenazas que no se producen en el ámbito familiar, y la valoración de esa degradación de la integridad moral se puede reconducir al tipo del vigente art. 173, núm.1.

[39] De todas formas, en mi opinión, sigue siendo válido pensar que el fundamento del vigente art. 173, núm. 2, radica en el mayor desvalor que merece la realización de una lesión del bien jurídico, cuantitativa o cualitativamente superior a la representada por los tipos correspondientes de lesiones, malos tratos de obra, amenazas o coacciones, frente a los cuales el art. 173, núm. 2, aparece como una especie agravada, tanto por la reiteración de los ataques a los bienes jurídicos "salud

La ampliación del círculo de los sujetos pasivos que pueden ser víctimas del delito resulta, en mi opinión, notablemente objetable, porque se mezclan problemáticas criminológicas que distan mucho de tener una frecuencia comisiva o una gravedad similar. Porque es evidente que la importancia criminológica de la violencia ejercida sobre cónyuges o parejas o sobre hijos es muy superior a la de los casos de violencia entre hermanos naturales o adoptivos y, no digamos, entre afines que convivan, fenómenos estos que, al menos de momento, no se viven como procesos socialmente patológicos.

No resulta, sin embargo, objetable la ampliación de las penas a las inhabilitaciones de derechos que se contempla en el nuevo tipo del art. 173, núm. 2. Es perfectamente razonable que al Juez o Tribunal se le dé la oportunidad de valorar la conveniencia de, en interés del menor o del incapaz, inhabilitar especialmente para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años al agresor y la pena, por ello, resulta especialmente adecuada en su diseño, máxime al tener un carácter potestativo. Por supuesto, ni que decir tiene que la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, que en este caso no tiene carácter potestativo sino imperativo, dada la naturaleza del hecho es, igualmente, perfectamente razonable.

Sí que merece, por otra parte, críticas, al menos desde mi punto de vista, la redacción del nuevo art. 153, que eleva a la categoría de delito la falta de lesiones y la de malos tratos de obra en los casos en los que el sujeto pasivo lo sea uno de los mencionados en el art. 173, núm. 2, del Código penal. En mi opinión, en este caso las objeciones que se le pueden dirigir a esta nueva regulación pueden orientarse en dos direcciones. En primer lugar, la equiparación punitiva de la falta de malos tratos de obra y de la falta de lesiones es, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, discutible y rompe, sin que sea fácil encontrar un argumento justificativo, con la regla general establecida en el art. 617 del Código Penal vigente, de diferenciar la gravedad y, por tanto, la respuesta punitiva de la falta de lesiones (núm. 1 del art. 617) y de la falta de malos tratos de obra (núm. 2 del art. 617). Porque, desde la perspectiva del bien jurídico protegido [*la salud*, en el caso de las lesiones, y *el bienestar personal*, en el caso de los malos tratos[40]], existe una diferencia valorativa entre ambas infracciones, en razón, precisamente, de la diferente importancia del que resulta afectado por una u otra conducta. Por ello, la respuesta penal frente a las lesiones y la que se dé frente a los malos tratos debe de poner en evidencia esa diversa importancia. Además, desde el punto de vista político-criminal, si se equiparan punitivamente conductas de distinta gravedad, estamos invitando al agresor a cometer la más grave (lesio-

personal" (si se causa lesión) y/o "bienestar personal" (si tan sólo se causa un mal trato de obra, sin lesión), como por el mayor riesgo de lesión, especialmente de carácter psíquico, que puede sufrir la salud personal al producirse el ataque en alguno de los peculiares ámbitos de relación descritos en el precepto. A ello se le podía añadir, además, la vulnerabilidad que, en tales singulares ambientes de relación, presentan dichos bienes jurídicos, porque suelen mediar relaciones de superioridad y dependencia afectiva o psicológica y económica entre agredido y agresor, lo cual dificulta o anula la capacidad defensiva (mental o física) de la víctima, o su capacidad de buscar medios con los que evadirse o ponerse a salvo de tales ataques. Con tal configuración, el art. 173, núm. 2, ha de considerarse un precepto destinado a proteger la salud y/o el bienestar personal de los individuos, y por ello su naturaleza es la de ser una especie agravada de los tipos de lesiones y malos tratos de obra.

[40] Véase, Del Rosal Blasco, B.: "El tipo básico de los delitos de lesiones", en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo XIV – vol. 1º, "La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, de Actualización del Código Penal", Madrid, 1992, págs. 237 y ss.

nes) sobre la más leve (malos tratos de obra), porque realizar la más leve no le va a reportar ninguna "ventaja" punitiva. En segundo lugar, elevar a la categoría de delito la falta de lesiones y la de malos tratos de obra, con el único elemento diferencial, respecto del resto de la falta genérica de lesiones y de la falta genérica de malos tratos de obra, de las características del sujeto activo implica no diseñar correctamente el tipo para el fenómeno que, con el mismo, se pretende abarcar. En efecto, el art. 153 surgido de la reforma de 2003 tiene por objeto, según la Exposición de Motivos de la Ley, abarcar todas las manifestaciones de la violencia doméstica y que la regulación penal "cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos". Pero maltratar de obra o causarle una lesión constitutiva de falta a un hermano o a una hermana, a un cuñado o a una cuñada, o a un hijo o a una hija no es siempre una manifestación del fenómeno criminal de la violencia doméstica. Piénsese que, de acuerdo con el sentido literal inequívoco del art. 153, cuando un sujeto mayor de dieciocho años le pega un empujón ocasional a su hermano o hermana, o le propina un puñetazo que le causa una lesión para cuya sanidad no requiere de asistencia facultativa o requiere tan sólo de una primera asistencia facultativa, la amenaza de pena para un hecho que, obviamente, no reviste una especial gravedad criminológica es de prisión de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Enviar ese mensaje a los jueces, obligándoles a imponer esa pena, es forzar la aplicación de una norma jurídica que, a todas luces, contradice la sensibilidad general frente al castigo y, por tanto, los más elementales requerimientos del principio de proporcionalidad, en relación con la valoración de la gravedad de las conductas. De todas formas, no opinó así el Tribunal Constitucional que, por Auto 233/2004, de 7 de junio, no admitió a trámite una cuestión de constitucionalidad contra el art. 153 del Código Penal, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003. Para el Tribunal Constitucional, el juicio de constitucionalidad de un precepto penal, a partir de los requerimientos del principio de proporcionalidad, nos obliga a analizar, por una parte, si es innecesaria una reacción penal del tipo de la prevista en el delito en cuestión y, por otra, si es excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito. Todo ello, teniendo en cuenta, además, que "la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad, que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender, no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera, y que podrían catalogarse como funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la combinación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento jurídico, resocialización, etc.–, y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial". Así las cosas, según el Intérprete de la Constitución, no es posible "dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en

la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico". Por otra parte, sigue diciendo el Auto, "la pena de prisión no es la única que como pena principal se recoge en el precepto legal cuestionado,... de modo que en ningún caso... es de imposición obligatoria". En mi opinión, la pobreza de argumentos del Auto para rechazar las dudas de constitucionalidad son evidentes, porque esos mismos razonamientos terminarían por legitimar, en todo el Código Penal, una elevación desproporcionada de las penas para todos los delitos de mayor frecuencia comisiva. El Tribunal Constitucional se olvida de que la proporcionalidad es, antes que nada, un límite, incluso, para la propia eficacia de las sanciones penales. De modo que, aunque estuviera probado que una mayor pena en abstracto fuera más eficaz para intimidar y, por tanto, prevenir conductas delictivas (cosa que no lo está, pues en ello influyen otros factores tan importantes como la certeza de la sanción), la proporcionalidad impone un límite a la dureza de la posible sanción abstracta, tanto en términos absolutos como en términos relativos; es decir, en términos absolutos, la dureza de una sanción no puede estar valorada solamente en términos de eficacia intimidante, sino que hay que tener en cuenta otros factores (sensibilidad social, humanidad, probada necesidad, fragmentariedad, subsidiariedad, etc.), y, en términos relativos, infracciones de la misma gravedad no pueden castigarse de forma diferente sin que exista un fundamento material para ello (mayor contenido de injusto, por ejemplo). Aparte de ello, son más que discutibles esos "valores pedagógicos" que le atribuye el Auto al Derecho penal, arguyendo que la reforma era necesaria "ante la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica y la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente antes de dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas". Utilizar el Derecho penal como instrumento privilegiado de integración o cambio social, potenciando sus efectos simbólicos, es profundamente desacertado porque lo pervierte y lo desvía de su objetivo primordial que no es sino el de la tutela de los bienes jurídicos, a través de la prevención de los comportamientos que los lesionan o ponen en peligro[41]. Lo contrario, nos aboca a un modelo de intervención penal en los conflictos sociales, de progresión creciente, donde el Código Penal se transforma apresuradamente y se endurece con la misma facilidad y frecuencia que si se tratara de una Ordenanza Municipal[42]. Alguna consideración más al respecto haré en relación con las últimas reformas del 2004.

El legislador debería haber introducido en el tipo del art. 153 aquellos elementos que debieran delimitar y definir, de forma más precisa, el fenómeno de violencia doméstica

[41] Terradillos Basoco, J.: "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en *Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena*, núm. 1, 1991, pág. 15; Díez Ripollés, J.L.: "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, págs. 129.

[42] Se ha escrito mucho, últimamente, sobre esta "locoide" forma de legislar de la vigente política criminal, el diagnóstico de sus causas y la perversidad de sus efectos (véase, por ejemplo, entre otros, Hassemer, W. y Muñoz Conde, F.: *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995; Silva Sánchez, J.M.: *La Expansión...*, ob. cit.; Díez Ripollés, J.L.: "El nuevo modelo...", en *ob. cit.*, págs. 1 y ss.; Cancio Meliá, M.: "¿«Derecho penal » del enemigo?", en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, 2003, págs. 59 y ss., entre otros).

que se quiere reprimir y/o prevenir. De modo que si la violencia doméstica, ahora mismo, es un fenómeno que se produce de forma más frecuente y dramática en las relaciones conyugales o de pareja, actuales o pasadas, quizás la definición de los posibles sujetos pasivos en el tipo debería restringirse al cónyuge o a la pareja. O quizás debería limitarse el tipo al contexto de una agresión producida en una situación de dependencia, personal, afectiva o económica, o en el transcurso de un procedimiento de separación, etc. En una palabra, en mi opinión, la definición del ámbito de relevancia típica hubiera requerido de una mayor y mejor delimitación para no incluir en él supuestos de infracciones que, de forma evidente, no deben ser calificados con tanta gravedad por el Código Penal como sí lo deben, a lo mejor, ser los fenómenos de la violencia de género.

Por otra parte, se vuelve a producir la misma objeción político-criminal a la que antes hacíamos referencia y es que la pena del art. 153 (prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días) puede ser más grave que la del tipo básico atenuado del delito de lesiones del art. 147, núm. 2, del Código Penal vigente (prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses). De tal manera que al agresor le puede ser mucho más "rentable" punitivamente causarle a su víctima una lesión de las que requiera para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico (cuando, en razón del medio empleado o el resultado producido, se pueda descender a la pena del tipo atenuado) que maltratarla de obra o causarle un lesión que sane sola o que sólo requiera para su sanidad de una primera asistencia facultativa.

Además de las reformas a la que nos acabamos de referir, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó la redacción del art. 57, aumentando hasta diez años las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos, o de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal o la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, en el caso de delitos graves, y hasta cinco en el caso de delitos menos graves, estableciéndose, además, la posibilidad de que la prohibición sea por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si lo fuera menos grave. Además, cuando el delito se hubiere cometido contra quien es o ha sido el cónyuge o 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 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, etc., la adopción de tales restricciones de derechos viene impuesta legalmente y lo ha de ser por un tiempo que no exceda de diez años, en el caso de delito grave, y de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto para los casos de penas de prisión. Aparte de ello, en los casos de comisión de los delitos del art. 153 y 173, núm. 2, la suspensión de la ejecución de la pena se condiciona, en la nueva redacción del art. 83, apartado 6º, en todo caso, al cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse a la víctima o a comunicarse con ella (arts. 83, apartados 1º y 2º), determinando su incumplimiento, conforme a lo previsto en el nuevo art. 84, la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. Finalmente, la

sustitución de la pena privativa de libertad sólo lo podrá ser, conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 88, núm. 1, párrafo cuarto, por la de trabajos en beneficio de la comunidad, debiéndose imponer, además, en estos casos, la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las reglas de conducta del art. 83, apartados 1º y 2º.

5. La Reforma de 2004

El 28 de junio de 2005 han entrado en vigor las previsiones de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE, núm. 313, del día 29), con las que, nuevamente, se reforman, conforme a lo previsto en su texto articulado, diversos preceptos del Código Penal relativos al ámbito de la violencia doméstica.

La reforma ha afectado, en primer lugar, a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, modificándose los vigentes arts. 83, 84 y 88, si bien, en este caso, las modificaciones aprobadas no son de naturaleza esencial, pues la Ley se limita a consolidar o matizar alguna de las novedades ya introducidas en reformas previas. Más significativa es, sin embargo, la reforma de los delitos de lesiones, al alterarse la redacción de los arts. 148 y 153, como también lo es la de los delitos contra la libertad (amenazas y coacciones), modificándose el contenido de los arts. 171 y 172. Finalmente, también se ve modificada la regulación del quebramiento de condena, con la reforma del art. 468, y la de las faltas de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas con la del art. 620.

En grandes líneas, podemos decir que lo que ha propuesto el legislador del año 2004 es introducir en el Código Penal las siguientes variaciones:

1º) Mantener el tipo del delito de violencias domésticas habituales del art. 173, núm. 2, en los mismos términos en los que el mismo quedó tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre;

2º) Crear una doble agravación para el tipo básico del delito de lesiones (art. 147, núm. 1) tanto para cuando el autor sea varón y la víctima sea o haya sido esposa o mujer con la que el agresor esté o haya estado unida por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, como para cuando la víctima, indistintamente de quién sea el autor, sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor;

3º) Crear, en función de cuál sea el sujeto pasivo del delito, una doble tipología para la lesiones (leves) y los malos tratos de obra, de modo que: a) si el autor es varón y la víctima es o ha sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, la pena será de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años (art. 153, núm. 1); b) si la autora es mujer y la víctima es o ha sido el marido, o varón que esté o haya estado ligada al agresor

o agresora por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con ella autora, o siendo el autor varón o mujer, los hechos recaigan sobre sus descendientes, ascendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él o ella 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 (siempre que, en estos últimos casos, no estemos ante casos de especial vulnerabilidad de los mencionados en el apartado anterior), así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, la pena será de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis mes a tres años (nuevo art. 153, núm. 2); y, c) en ambos casos, las penas se deberán imponer en su mitad superior si el delito se comete en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza (art. 153, núm. 3); d) en ambos casos, se podrán imponer las penas inferiores en un grado, atendidas las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (art. 153, núm. 4).

4º) Crear, en función de cuáles sean los sujetos activo y pasivo del delito, dos nuevos delitos de amenazas: a) el primero, consistente en amenazar a otro de modo leve, siempre que el autor sea un varón y la víctima es o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, castigando este hecho con la pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, pudiéndose imponer la pena inferior en un grado, atendidas las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (art. 171, núm. 4); b) el segundo, consistente en amenazar a otro de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos, si la autora es mujer y la víctima es o ha sido el marido, o varón que esté o haya estado ligada al agresor o agresora por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con ella autora, o siendo el autor varón o mujer, cuando la amenaza recaiga sobre sus descendientes, ascendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él o ella 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 (siempre que, en estos últimos casos, no estemos ante casos de especial vulnerabilidad de los mencionados en el

apartado anterior), así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, siendo, en este caso, la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis mes a tres años (nuevo art. 171, núm. 5, párrafo primero); c) en ambos casos, las penas se deberán imponer en su mitad superior si el delito se comete en presencia de menores, o en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza (art. 171, núm. 5, párrafo segundo); d) en ambos casos, se podrán imponer las penas inferiores en un grado, atendidas las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (art. 153, núm. 6).

5º) Crear un nuevo delito de coacciones consistente en coaccionar a otro de modo leve, siempre que el autor sea un varón y la víctima es o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, castigando este hecho con la pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, pudiéndose imponer la pena inferior en un grado, atendidas las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (art. 172, núm. 2). La pena se deberá imponer en su mitad superior si el delito se comete en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza (art. 172, núm. 2, tercer párrafo), pudiéndose imponer la pena inferior en un grado, atendidas las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (art. 172, último párrafo).

6º) Crear una figura específica del delito de quebrantamiento de condena, castigando éste con la pena de seis meses a un año, para los que quebranten una pena de las contempladas en el art. 48 del Código penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173, núm. 2.

7º) Finalmente, mantener, en el art. 620 del Código penal, la falta de amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos y la falta de amenaza, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve, que se agravarán y castigarán con la pena de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días, sin que sea necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para perseguir al agresor, en los supuestos en los que el ofendido sea de las personas a las que se refiere el art. 173, núm. 2, del Código penal (art. 620, último párrafo).

He de confesar que, en este ámbito de la violencia doméstica, cuando se aprobó la reforma de 1999, pensé que, en lo que al Derecho penal se refería, ya se había tocado techo porque éste ya había dado todo lo que se podía esperar de él y, a partir de ahí, el problema residía, más bien, en adoptar medidas de naturaleza procesal (tipo, por ejemplo, la orden de protección regulada por Ley 27/2003, de 31 de julio) o de protección a las víctimas (telealarmas, etc.), o medidas de ámbito y naturaleza social y educativa. Tras las reformas de 2003 y 2004, sinceramente, ya no me atrevo a asegurar que ésta, la del año 2004, sea la última reforma que vamos a poder contemplar en este ámbito, porque las muertes se siguen sucediendo y el problema no parece remitir significativamente. En vista de ello, los legisladores parecen haberse entregado a un "¿alguien da más?", intentando con cada nueva reforma superar la precedente para, si no pueden mejorar la situación ni resolver el problema, por lo menos que quede patente su militante activismo en su contra[43].

De modo que, como ya lo fue la reforma del año 2003, desde el punto de vista político-criminal, ésta del año 2004, que se ha vuelto a llevar adelante con una indudable precipitación, es un paradigma de las más discutibles tendencias expansivas del Derecho penal[44], que no están sino desfigurándolo y desviándolo de sus genuinas funciones y objetivos[45]. La reforma es, pues, discutible y desafortunada, incurriendo en unos excesos punitivos, tanto en términos absolutos como relativos, innecesarios y ensayando una fórmula, enormemente peligrosa como precedente, cual es la de la discriminación positiva en el ámbito de las normas penales. Por lo demás, desde el punto de vista técnico, la reforma es, también, muy discutible. En primer lugar, porque es muy casuística y farragosa en las descripciones típicas; en segundo, por la ambigüedad de algunas de las referencias típicas que contiene; y, en tercero, porque no siempre quedan claras cuáles son las situaciones fácticas que se pretenden abarcar por los tipos, ya que, en mi opinión, se solapan circunstancias, de modo que un mismo hecho puede acabar estando abarcado por más

---

[43] Se recurre, pues, al abuso de las funciones simbólicas del Derecho penal, en el sentido más peyorativo del término (Díaz Pita, M.M. y Faraldo Cabana, P.: "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 7, 2002, págs. 119 y ss.; Díez Ripollés, J.L.: "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, págs. 122 y ss.).

[44] Estoy más de acuerdo con Díez Ripollés ("El nuevo modelo..., en *ob. cit.*, nota 7, pág. 7) que con Silva Sánchez (*La Expansión...*, ob. cit.), al concretar aquél el fenómeno de la expansión del Derecho penal a algunos sectores de la delincuencia y no definirlo, como hace éste, en términos más generales, sin distinguir entre lo que son manifestaciones de la necesaria modernización del Derecho penal de lo que es una criticable expansión, en algunos ámbitos delincuenciales.

[45] Nuestros legisladores (populares o socialistas) parecen adolecer de un preocupante autismo, porque es imposible hacerles comprender, primero, que función primordial del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, de modo que las decisiones en el ámbito del Derecho penal (como en casi todos los ámbitos jurídicos) se deben de tomar teniendo en cuenta la debida complejidad de los problemas que se pretenden abordar, filtrando las demandas sociales o las demandas de la víctimas (reales y razonables, en unos casos, pero insensatas e irracionales, en otros), que no se pueden convertir, sin más, en Ley. Además, también parece imposible hacerles comprender que no se puede frivolizar con el Derecho penal, elaborando normas de imposible cumplimiento, por la mera necesidad de tener que enviar determinados mensajes (de contenido, por cierto, sumamente primario) a la opinión pública. Abusar de los efectos simbólicos del Derecho penal, pretendiendo que éste cumpla determinados cometidos de pedagogía social, sin previamente lograr esos efectos con otras técnicas o mecanismos de intervención social, pone sobre el Derecho penal una responsabilidad que no le corresponde y que no le es posible cumplir y, por tanto, siembra la semilla de su descrédito.

de una de las tipologías propuestas que, sin embargo, tienen una respuesta punitiva diferente

Es cierto que el legislador de la Ley Orgánica 1/2004, aparentemente, mejora algunos aspectos de la reforma de 2003, precedente, pero vuelve a incurrir en algunos de sus errores. Así, por ejemplo, en la nueva redacción del art. 153[46], el ámbito de relevancia penal se ha reducido, por una parte, estableciéndose que el sujeto pasivo sólo lo será la ofendida cuando ésta sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, y, por otra, restringiendo la categoría delictiva únicamente a la falta de lesiones y a la falta de malos tratos de obra. Se corrige, pues, con una mejor definición de los elementos típicos, el defecto del texto de 2003, que trataba de igual forma dos problemáticas criminológicas no equiparables en gravedad y frecuencia, cuales son la de la violencia de género y la de la violencia entre hermanos o entre parientes. Sin embargo, el texto de 2004 vuelve a equipar la reacción punitiva de la falta de malos tratos de obra y de la falta de lesiones, con lo que se pueden reiterar aquí las críticas que merecía la reforma precedente. Por otra parte, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, es discutible que la pena del art. 153[47], prevista para una lesión más leve, pueda ser más grave que la pena del tipo básico atenuado del delito de lesiones del art. 147, núm. 2[48], prevista para una lesión más grave. Porque si la lesión, atendida la menor gravedad del medio empleado o del resultado, merece ser tipificada por el núm. 2 del art. 147, ya no es posible aplicar la nueva agravante 4ª del art. 148, que sólo está prevista para las lesiones del núm. 1 del art. 147.

Por otro lado, la restricción del tipo del art. 153, núm. 1, a la que hemos aludido como un acierto, se desvanece, una vez más, con el tipo del núm. 2 del mismo nuevo art. 153, en el que se vuelve a mantener la naturaleza delictiva para la vieja falta de lesiones y malos tratos de obra, siempre que la víctima sea descendiente, ascendiente, hermano por naturaleza, adopción o afín, etc. La pervivencia de un mayor reproche penal en estos casos es difícil de justificar y, además, el texto de este núm. 2 se solapa, inevitablemente, con el del núm. 1 en determinadas situaciones. Por ejemplo, si un padre maltrata de obra al hijo que con él convive, ¿estaremos en un supuesto del art. 153, núm. 1, si consideramos que el hijo, por ser menor de una determinada edad, es una persona especialmente vulnerable?, o, por el contrario, ¿estaremos en un supuesto del art. 153, núm. 2? ¿Y si la víctima es un menor sometido a una guarda de hecho en un internado en el que, al mismo tiempo, vive el agresor, hay que entender que el Código Penal también se está refiriendo a estos supuestos de convivencia? ¿Y qué ocurre con los casos de convivencia temporal pero de una duración lo suficientemente larga como para que el menor se pueda encontrar en una situa-

[46] Precepto con el que se elevaba, en la reforma de 2003, a la categoría de delito la falta de lesiones, la de malos tratos de obra y la de amenazas leves con arma, cuando el sujeto pasivo lo fuera uno de los mencionados en el art. 173, núm. 2, del Código penal.

[47] Prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días más accesorias.

[48] Prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses que, aplicando, por ejemplo, la circunstancia agravante prevista en el art. 23, habrá de imponerse en su mitad superior: prisión de cuatro meses y quince días a seis meses o multa de nueve a doce meses.

ción de terror significativa por el mal trato recibido y la percepción de que ello se puede repetir (por ejemplo, un campamento estival)? ¿Se está refiriendo la Ley Orgánica 1/2004 también a estos supuestos? A todo esto se le añade que tampoco es fácil, siempre, la definición de cuándo una persona es *especialmente vulnerable* y que tampoco es fácil de entender por qué, para los casos de víctimas especialmente vulnerables en el ámbito de la violencia doméstica (ocasional o habitual), se exige necesariamente la convivencia con el agresor para aplicar los tipos específicos (arts. 173, núm. 2, y 153, núm. 1). Piénsese, por ejemplo, en el hombre que maltrata a los hijos comunes o a los hijos de quien es o ha sido su cónyuge o su pareja, pero que lo hace fuera del domicilio de la víctima sin que tampoco conviva ya con ellos: ¿no son estas situaciones equiparables en gravedad a aquellas en las que hay convivencia cuando, por ejemplo, el padre tiene concedido un régimen de visitas y el menor sabe que esa situación de mal trato se puede repetir durante los períodos de visita y convivencia con el padre? ¿O es que también se está refiriendo el Código a estas situaciones de convivencia esporádica del sujeto activo con la persona especialmente vulnerable aunque el maltrato no tenga lugar en el momento mismo de la convivencia? Todas estas dudas complican enormemente la aplicación de los preceptos penales. Y es que cuando el legislador penal recurre a un exceso de casuismo al final acaban quedando fuera situaciones que son equiparables en gravedad a otras que, sin embargo, sí están previstas.

Por otra parte, mientras que el Código Penal se muestra enormemente preocupado por algunos fenómenos de violencia que, a mi entender, no constituyen, de momento, un fenómeno socialmente preocupante, como es el caso, por ejemplo, de la violencia ocasional y no grave entre hermanos o entre cuñados (casos incluidos en el núm. 2 del art. 153), manifiesta una total despreocupación por otros casos, como pueden ser los de violencia escolar, en los que un menor puede estar absolutamente aterrorizado por compañeros (que pueden ser mayores de 18 años), con los que no convive en el sentido que parece mencionar el Código Penal, ni son sus parientes, tutores o guardadores de hecho. Estos supuestos no se pueden incluir en el art. 153 ni quedan abarcados, aunque la violencia sea habitual, en el art. 173, núm. 2, y, sin embargo, puede que merezcan una atención especial del Código Penal, casi equiparable a la de los malos tratos domésticos con una tipificación agravada expresa.

En otro de los ámbitos propuestos por la Ley Orgánica 1/2004, el de las amenazas y las coacciones, la modificación incluida tiene, también, aspectos muy discutibles. Así, la propia conversión de la amenaza y la coacción leve en delito es muy discutible por la escasa gravedad que este tipo de conductas tiene. No quiero con eso decir que no sea cierto que una manifestación muy importante de la violencia de género se canaliza a través de las amenazas o de las coacciones, pero también lo es que, en la gran mayoría de los casos, o son amenazas de mal que constituye delito o son amenazas de mal que no constituye delito, pero sometidas a condición[49]. Y esas conductas ya son delito en el Código Penal.

[49] Como ha señalado Díez Ripollés ("El nuevo modelo...", en *ob. cit.*, pág. 21), parece que se ha hecho Ley la pretensión del activismo feminista de "asegurar una punición suficientemente grave de un número significativo de comportamientos patriarcales, ya no necesariamente violentos, mediante una entusiasta reivindicación de la pena de prisión y un paralelo desprecio de las pretensiones resocializadoras hacia los delincuentes, consideradas inútiles e indebidamente detractoras de recursos hacia las víctimas".

El problema no es, pues, de Derecho penal material sino de prueba. La mujer suele tener muy difícil probar esas amenazas o esas coacciones de forma convincente y cuando lo hace, no es que el Código Penal minusvalore su gravedad sino que, en todo caso, son los propios órganos jurisdiccionales quienes minusvaloran la importancia de la amenaza. Por lo demás, la respuesta punitiva que se ha previsto para la amenaza leve es, si se compara con la prevista para otro tipo de amenazas, excesiva. Por ejemplo, la amenaza de mal constitutito de delito, no sometida a condición, tiene una pena en el Código penal de prisión de seis meses a dos años y la de la amenaza leve, dirigida a la propia esposa o la pareja, que tiene que ser de un mal no constitutito de delito, se castiga con una pena de seis meses a un año; es decir, aplicando la pena en la mitad inferior, pueden acabar castigándose prácticamente igual una que otra (seis a nueve meses, en un caso, seis a quince meses en el otro).

Los excesos punitivos de la reforma de 2004 quedan evidenciados también en otros ámbitos. Por ejemplo, si se maltrata de obra, se amenaza de forma leve o se coacciona, también levemente, a la propia esposa vulnerando alguna de las medidas contempladas en el art. 48 del Código penal, el sujeto ya se ve condenado a una pena de quebrantamiento de condena como consecuencia de la aplicación del propuesto nuevo art. 468, núm. 2, y, además, se le tiene que agravar la pena por el maltrato infligido. No sé si tiene sentido que, en los supuestos de delitos contra la salud o contra la libertad, la pena se agrave por una circunstancia que nada tiene que ver con la salud o con la libertad sino con la desobediencia a un mandato judicial, desvalor que sí está suficientemente cubierto por el delito de quebrantamiento de condena.

Finalmente, discutible y peligrosa como precedente es, también, el ensayo que hace la reforma de 2004 de introducir criterios de *discriminación positiva* en el ámbito de la tipificación penal de conductas. Es cierto que existen algunos precedentes en tal sentido; por ejemplo, el viejo delito de violación del art. 429 del Código Penal derogado, anterior a la reforma de 1989; la vieja agravante de desprecio del sexo del art. 10, núm. 6, de ese mismo texto legal derogado, etc. Pero su fundamento era completamente diferente, ya que en aquellos casos se trataba de proteger a la mujer como portadora de valores sociales de extrema importancia para la moral colectiva y los patrones al uso de la "conducta correcta". Ahora, la razón de la *discriminación* (positiva) y, por tanto, de la sobreprotección de las mujeres radica, única y exclusivamente, en la constatación de su naturaleza de víctima habitual de los delitos en los que se le otorga ese exceso de tutela, sin otro fundamento material que su cualidad de mujer[50]. Lo llamativo, de todas formas, es que el legislador no ha sido enteramente congruente con esa discriminación positiva porque la prevé para unos supuestos, pero la olvida en otros, como, por ejemplo, en los delitos contra la vida, en las lesiones graves, en las amenazas y coacciones graves, en las torturas y otros tratos degradantes y en las detenciones ilegales y secuestros[51]. En mi opinión, hay un mal entendi-

[50] Boldova Pasamar, M.A. y Rueda Martín, M.A.: "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)", en *La Ley*, año XXV, núm. 6146, 14 de diciembre de 2004, pág. 2.

[51] En el mismo sentido, Boldova Pasamar, M.A. y Rueda Martín, M.A.: "La discriminación...", en *ob. cit.*, pág. 3.

miento de lo que debe ser la función que le corresponde al Derecho penal en el contexto de las medidas o soluciones de afirmación o acción positiva[52]. En primer lugar, porque hay que volver a recordar que la misión esencial del Derecho penal no es la promoción de valores sociales sino la tutela de bienes jurídicos que, como en estos casos (salud, dignidad, libertad, etc.), son lesionados o puestos en peligro por el o los agresores. Pero la titularidad de esos bienes jurídicos es patrimonio individual de cualquier persona, independientemente de su sexo, y sólo si se pudiera acreditar, en términos generales, una situación de mayor vulnerabilidad (y, por tanto, mayor daño o perjuicio) frente a los posibles ataques, se podría compensar la misma con una mayor respuesta penal. Pero ése no es el caso, al menos en los términos tan generales como pretende la Ley Orgánica 1/2004, porque la salud, la libertad, la dignidad de las personas no es más vulnerable a los ataques por el mero hecho de ser mujer su titular. Por lo tanto, dicha discriminación, por no estar debidamente justificada, contradice el principio de igualdad y el principio de protección. En segundo lugar, la discriminación positiva tiene, en el ámbito del Derecho penal, un efecto secundario perverso e indeseable, cual es el de convertir a su beneficiario o beneficiaria en autor injustificadamente privilegiado cuando su posición pasa de víctima a sujeto activo de la conducta típica[53]. De la misma forma que hemos razonado antes, ahora hay que volver a insistir en que al no estar el privilegio justificado, éste contradice el principio de igualdad. Y, en mi opinión, estas objeciones no son fácilmente salvables, arrojando una sombra de inconstitucionalidad sobre dichos preceptos[54].

En resumen: la reforma de 2004, como, en cierta medida ya lo fue la de 2003, se ha elaborado de forma apresurada e irreflexiva, lo que la ha convertido en político-criminal y técnicamente discutible, porque el legislador parecía estar más preocupado de su imagen que de la solución real de los problemas; y mientras tanto... las mujeres siguen muriendo.

---

[52] El Comité para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Consejo de Europa define este concepto como las "estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales".

[53] Observan eso mismo, Boldova Pasamar, M.A. y Rueda Martín, M.A.: "La discriminación...", en *ob. cit.*, pág. 3

[54] La manera en la que tratan de salvar el fundamento y, por tanto, la vigencia de los preceptos discriminadores Boldova Pasamar y Rueda Martín ("La discriminación...", en *ob. cit.*, pág. 4) me parece extremadamente forzada, aludiendo a la presencia de abuso de poder por parte del varón, en la relación de pareja, y ánimo de discriminar que, a pesar de ser referencias fácticas, comprobables en particular, sin embargo, su presencia no las exige ninguno de los tipos.