

LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA POR LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS

Rosa María GONZALO RODRÍGUEZ
Profesora de Derecho Penal
Instituto de Estudios Bursátiles

La violencia doméstica está adquiriendo en los últimos años una creciente importancia en la sociedad, que está derivando hacia el surgimiento de una especial sensibilidad social hacia este fenómeno, que ha dejado de considerarse exclusivamente propio del ámbito «privado»¹. Ello ha desembocado en un incremento de la alarma social ante delitos de esta naturaleza, respecto a los cuales los medios de comunicación constituyen un arma de doble filo: por la concienciación social a la que contribuyen, como por el sensacionalismo y falta de rigor que en ocasiones es tratado este fenómeno.

Desde una perspectiva criminológica², aunque la violencia doméstica se dirige contra distintos miembros del grupo familiar, se observa una mayor incidencia de la misma sobre la población femenina. Los datos empíricos revelan que más de un 14 por 100 de las mujeres españolas sufren actualmente la violencia doméstica, resultando en tres de cada cuatro casos ser el agresor el marido, compañero sentimental o novio. En 2002, perdieron la vida como consecuencia de la violencia de género 52 mujeres, mientras que en 2003, la cifra se elevó a 68, un 30,7 por 100 más que en el año anterior³, existiendo una tendencia al alza en el resultado de muerte en

¹ Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 17-20; J. CUELLO CONTRERAS, «El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad», en *CGPJ*, núm. 32, 1993; E. CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 9-13.

² Vid., por todos, A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4.^a ed. corregida y aumentada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 114-116.

³ Datos elaborados por el Instituto de la Mujer a partir de las estadísticas del Ministerio del Interior, años 2002-2003.

estos delitos. Además, resulta relevante que la mayor parte de fallecimientos siga teniendo lugar cuando la víctima se encuentra en trámites de separación matrimonial o ruptura de la convivencia con su agresor⁴.

Cabe destacar que, si bien en los últimos años se aprecia una reducción en la cifra negra de la violencia doméstica, debido al ascenso de la tasa de denuncia, aún sigue siendo elevada en proporción a la cifra negra que exhiben otros tipos⁵.

Para hacer frente a esta lacra social de modo eficiente y efectivo es necesario un enfoque pluridisciplinar que trate de abordar este problema desde sus diversas perspectivas, con medidas preventivas, asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Desde 1998 hasta el año 2000⁶ se han incrementado notablemente los recursos disponibles y se han creado numerosos servicios destinados a atender y proteger a las mujeres víctimas de la violencia doméstica, como los centros de acogida dependientes de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de las Organizaciones No Gubernamentales; los Centros de Información y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en los Juzgados y Fiscalías; y los servicios de atención especializada de la Policía (SAM) y de la Guardia Civil (EMUME). Además se han realizado importantes modificaciones legislativas, que han permitido tipificar como delito la violencia psíquica, establecer nuevas medidas cautelares, ejercer la acción penal por terceros no implicados directamente en las situaciones de violencia, y se han dictado instrucciones del Fiscal General para la creación de un registro específico de causas de violencia familiar, entre otros.

En esta línea se sitúa el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004), aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de mayo de 2001, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Ministerio de Interior, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el Ministerio de Sanidad y Consumo. Con un presupuesto superior a los 78,5 millones de euros, un 63,3 por 100 más que en el Plan

⁴ Vid. Informe del Defensor del Pueblo sobre «La violencia doméstica contra las mujeres», Madrid, 1998.

⁵ Vid. A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.ª ed., Madrid, Dykinson, 2003, p. 124. Como datos, en 2002 se presentaron 43.313 denuncias por malos tratos en España, mientras que en 2003 el número fue de 50.090, lo que supone un incremento del 15 por 100.

⁶ I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica (1998-2000), impulsado por el Instituto de la Mujer, organismo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en colaboración con los Ministerios de Justicia, Educación, Cultura y Deporte, Sanidad y Consumo e Interior, y de las distintas Comunidades Autónomas, de la Federación de Municipios y Provincias y de las Organizaciones No Gubernamentales.

anterior, este II Plan Integral contra la Violencia Doméstica se elaboró en colaboración con las Comunidades Autónomas y Organizaciones No Gubernamentales con cuatro objetivos principales:

1. Fomentar una educación basada en los valores de diálogo, respeto y tolerancia para evitar que las futuras generaciones reproduzcan los esquemas de comportamiento violento que tienen su origen en la desigualdad entre hombres y mujeres y en la persistencia de los estereotipos de género.

2. Mejorar la legislación y el procedimiento legal para conseguir una mayor eficacia en los procesos, con una mejor protección de la víctima y una penalización más contundente del comportamiento de los agresores.

3. Completar el mapa de recursos sociales en todo el ámbito territorial. Para la consecución de este objetivo se impulsará la creación de nuevos servicios para dar respuesta a las necesidades de las víctimas, facilitar la vía o procedimiento de denuncia y proporcionar asistencia de tipo sanitario, económico, laboral y psicológico.

4. Por último, se pretende potenciar la coordinación entre las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas y las organizaciones sociales que trabajan en la prevención y eliminación de la violencia, así como en la asistencia a las víctimas.

Este II Plan está dividido en cuatro áreas de actuación, con un total de 58 medidas:

— 20 medidas preventivas destinadas a sensibilizar a la sociedad sobre la gravedad del problema y transmitir el valor de la «no violencia» en los centros escolares y a través de los medios de comunicación. Destacan: en el ámbito educativo la elaboración de materiales didácticos destinados a los profesores y dirigidos a la prevención de la violencia en el ámbito familiar, así como programas que permitan la detención de casos de violencia en el ámbito escolar, con el diseño de protocolos específicos de actuación; en el ámbito de la sensibilización social y los medios de comunicación, la realización de una guía de recomendaciones para el tratamiento informativo de este problema, así como de jornadas de sensibilización para futuros profesionales. La coordinación con otras instituciones y Administraciones se impulsará a través de las dos comisiones: la Comisión Interministerial, formada por los Ministerios participantes en el Plan y la Comisión de Seguimiento, en la que participan todas las Comunidades Autónomas.

— 13 medidas legislativas y procedimentales destinadas a establecer un marco legal que permita proteger a las víctimas y sancionar a los agresores, impulsando la reforma del Código Penal, para incorporar como penas la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la inhabilitación especial para ejercer la patria potestad, y la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para permitir que los Juzgados de Guardia adopten

medidas provisionalísimas en casos de separación o divorcio con el fin de hacer efectiva la separación de hecho del agresor. El Plan contempla además una guía práctica de legislación y jurisprudencia sobre violencia familiar, dirigida a los profesionales de la justicia, para potenciar la eficacia de los órganos jurisdiccionales en esta materia.

— 17 medidas asistenciales y de intervención social destinadas a crear una infraestructura suficiente para dar respuesta a las necesidades de las víctimas. Se fijarán «puntos de encuentro» para las visitas de los padres a los menores en caso de separación o divorcio con antecedentes de violencia doméstica, atendidos por personal cualificado que emita informes a los Tribunales competentes; se potenciarán las comunicaciones electrónicas de la Policía y la Guardia Civil para la recepción inmediata de información y la interposición de denuncias sobre violencia doméstica; y se extenderán las unidades especiales de los Servicios de Atención a la Mujer (SAM) a todas las comisarías provinciales y de los Equipos de Atención a Mujeres y Menores de la Guardia Civil (EMUME) a nivel comarcal.

— 8 medidas de investigación destinadas a profundizar en el conocimiento sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias, y obtener una estimación de los costes directos e indirectos que ésta genera, así como una evaluación de los servicios y programas existentes para prevenir y atender a las mujeres, como los centros de acogida y los servicios de información.

Sin embargo, las presiones sociales, más intensas ante hechos puntuales, abogan por continuas reformas legislativas como principal vía para abordar el fenómeno de la violencia doméstica, tal vez porque las medidas preventivas o de investigación ofrecen sus frutos a medio y largo plazo, deseándose por parte de la sociedad una respuesta inmediata y contundente al problema. Ceder a dichas presiones, sin el necesario proceso de reflexión y análisis riguroso contextual y sistemático de las iniciativas legislativas buscando su eficacia *erga omnes*, puede ocasionar (y de hecho ocasiona) graves dificultades en la aplicación del Derecho, que desembocan, sin solución de continuidad, en la ruptura del principio de seguridad jurídica.

Las medidas legislativas, por tanto, deben ser un elemento más en la lucha contra la violencia doméstica, no el único ni el más importante, pues no puede hacerse depender la solución de este fenómeno unilateralmente de la legislación. Particularmente, las medidas netamente penales, en aras del principio de intervención mínima⁷, han de reservarse para los supuestos

⁷ Vid. A. GARCÍA-PABLOS, «El principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *ius puniendi*», en *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al profesor E. Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 249 y ss.; del mismo autor, *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1995, pp. 377 y ss.; S. MIR PUIG, *Derecho*

de mayor gravedad ante el fracaso del resto de los instrumentos políticos, sociales y jurídicos, pues la injerencia del Derecho penal dentro del ámbito de la intimidad familiar no está exenta de conflictos en torno a la concreción de sus límites.

La última de esas medidas legislativas ha sido 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, publicada en el *BOE*, número 234, de 30 de septiembre de 2003, y con entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

Señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que «los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido».

Analizando el contenido del nuevo art. 153 CP⁸ las conductas típicas que regula son:

— «Causar un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito». Frecuentemente este comportamiento típico se concretará en agresiones que, tras requerir objetiva o subjetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa, no precisan posteriormente tratamiento médico o quirúrgico, o no necesitan siquiera esa primera asistencia⁹. La lesión

Penal. Parte General, 6.^a ed., Barcelona, Reppertor, 2002, pp. 122 y ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed. revisada y puesta al día, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 97 y 98; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 72-85; M. COBO DEL ROSAL y T. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed. corregida, aumentada y actualizada, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 81-90 (principio de prohibición del exceso o proporcionalidad en sentido amplio).

⁸ En su nueva redacción dispone el art. 153 CP: «El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará 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 art. 173.2, será castigado con 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 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 realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

⁹ *Vid.* J. L. DIEZ RIPOLLÉS y L. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 847.

ha de entenderse aquí como concepto contrapuesto al menoscabo psíquico, por lo que se hace referencia a una lesión física o corporal.

— «Golpear o maltratar de obra sin causar lesión». Aquí no existe menoscabo alguno para la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo, pues no hay lesión. La conducta típica constituye un tipo de los denominados «de modo libre», por cuanto no establece la manera en que el resultado haya de producirse. En este tipo penal se plantea la aplicación como causa de justificación del derecho de corrección sobre los menores sometidos a patria potestad o tutela, lo que excluiría la anti-juricidad. El carácter esporádico de esta clase de correcciones permite excluir del tipo tales supuestos socialmente aceptados y legitimados para los padres por el art. 154 CC y para los tutores por el art. 268 CC, siempre que la corrección sea razonable y moderada y se obre en beneficio del hijo¹⁰.

— «Amenazar de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos». Se plantea un conflicto concursal con el art. 26.g) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que considera como infracción administrativa leve de la seguridad ciudadana «la exhibición de objetos peligrosos para la integridad física de las personas con la finalidad de causar intimidación»¹¹.

Por tanto, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones (dolosas) del art. 617 CP y falta de amenazas leves en el apartado primero del art. 620 CP, cuando se cometen en el ámbito doméstico, pasan a considerarse delitos. Ello permite adoptar medidas cautelares¹² y decretar prisión provisional¹³. Además supone un incremento

¹⁰ Vid. J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal: Parte Especial*, op. cit., vol. 1, pp. 467-473.

¹¹ Cfr. J. BARQUÍN SANZ, «Infracciones leves de la seguridad ciudadana», en *Comentarios a la legislación penal*, D. L., Madrid, 1994.

¹² Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. A. GISBERT GISBERT, «Las medidas cautelares en los procedimientos por violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerios de Justicia y Trabajo, 2002.

¹³ Dispone el art. 503 LECr. tras la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional: «1. La prisión provisional sólo podrá decretarse cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten 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 tuviere 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. 2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

de la penalidad de esas conductas tanto cualitativo como cuantitativo, pues pasan de castigarse con pena de localización permanente o multa (tras la reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004), a sancionarse alternativamente con pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, abriendo la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Se amplía el ámbito subjetivo del art. 153 CP con el fin de mejorar la protección penal a las víctimas de las conductas delictivas en él contempladas¹⁴. Este precepto se remite a las personas mencionadas en el art. 173.2 CP¹⁵, debiendo tener el sujeto pasivo con el agresor alguno de los siguientes vínculos:

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga (...). b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto (...). c) 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. 153 del Código Penal (por remisión al 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. 2. 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. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto 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».

¹⁴ Vid. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, «La violencia doméstica», en *La Ley*, núm. 5.380, septiembre de 2001.

¹⁵ Tras su reforma por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el tenor literal del art. 173 CP pasa a ser el siguiente: «1. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 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

— «Ser o haber sido su cónyuge». Se tiene en cuenta tanto el vínculo matrimonial existente como las situaciones derivadas de separación legal o de hecho, divorcio o nulidad matrimonial. Estadísticamente está comprobado que la violencia en el ámbito familiar se incrementa en los momentos coetáneos o posteriores a situaciones de separación de hecho o de derecho de la pareja.

— «Estar o haber estado ligado al agresor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Como novedad ya no se exige convivencia previa ni estabilidad en la análoga relación de afectividad. De ello cabe deducir que tras la reforma no sólo se alude a las parejas de hecho o *more uxorio*, sino también a las relaciones de noviazgo¹⁶, relaciones que antes se excluían del tipo penal. Su inclusión obedece a que en muchas ocasiones es en estas relaciones de noviazgo donde se inician las conductas delictivas. Además el tipo se extiende a aquellas situaciones en que, existiendo ruptura de la relación, la agresión se produce en contemplación a aquélla.

— «Ser descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, del agresor o del cónyuge o conviviente». Se amplía el círculo de sujetos protegidos a todos los descendientes sin límite de edad (y no sólo a los hijos, como indicaba el anterior art. 153 CP). Como novedad, puede ser sujeto pasivo el hermano del agresor o de su cónyuge o conviviente, y se incorporan las relaciones de afinidad. Se plantea la cuestión de si al incluirse ahora las relaciones de noviazgo, también se extiende la protección a los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad de los novios, e incluso a los de los cónyuges o convivientes tras la ruptura de la relación. En principio y atendiendo a la literalidad del precepto («propios o del cónyuge o conviviente»), parece aludirse únicamente a supuestos de existencia o subsistencia de integración en el núcleo de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial. Ello

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 tenga 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. 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».

¹⁶ Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre «Nuevos instrumentos jurídicos para la persecución de la violencia doméstica».

no obstante, también hay que señalar que en la redacción del anterior art. 153 CP expresamente se hacía referencia a la exigencia de convivencia de los hijos, pupilos, ascendientes o incapaces dentro del seno familiar, algo que el legislador omite hacer ahora expresamente.

— «Ser menor o incapaz¹⁷ que conviva con el agresor o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente». Aquí expresamente se exige convivencia con el agresor, entendida como vida en el mismo domicilio. Se omite la referencia a la sujeción a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del agresor, a diferencia de lo que sucedía en la redacción del anterior art. 153 CP («sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho *de uno u otro*»). Ello puede deberse a que basta el hecho de convivir con el agresor, lo cual presenta una gran amplitud, pues no se limita únicamente a esas relaciones de patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda, sino que, siempre que el menor o el incapaz estén integrados en el núcleo familiar, puede tratarse de cualquier otro tipo de relación. Por otra parte, parece excluirse la posibilidad de tener en cuenta esas relaciones de patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda cuando el menor o el incapaz no convivan con el agresor, lo cual parece contrario a la finalidad perseguida por el legislador en orden a ampliar el ámbito subjetivo de este precepto.

— «Ser persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar». Este inciso deriva de la pretensión ya aludida anteriormente de extender la protección a situaciones *de facto* próximas a la familia.

— «Ser persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados». Aquí el legislador se ha situado más allá del ámbito familiar. Hay que entender incluidos en esa especial vulnerabilidad no sólo a los menores e incapaces, sino también a los ancianos valetudinarios, respecto de los responsables o empleados de centros residenciales, de acogimiento o guarda.

Por aplicación del art. 67 CP, no es posible apreciar la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, reformado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, pues esas relaciones entre el sujeto activo y el pasivo ya se encuentran contempladas en el art. 153 CP (y en el art. 173.2 CP), siendo inherentes al mismo¹⁸.

¹⁷ El concepto de incapaz a efectos penales se regula en el art. 25 CP: «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma». Por tanto, no se requiere previa incapacitación judicial.

¹⁸ STS 164/2001, de 5 de marzo, en relación con el anterior art. 153 CP.

En cuanto a las penas del art. 153 CP, se contempla la imposición alternativa de las penas de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, pena esta última con una importante función reeducadora y de reinserción social.

La pena de prisión para estas conductas era un reclamo social que en los últimos tiempos estaba alcanzando gran intensidad. Resulta cuanto menos perturbadora la imposición por el legislador de una duración mínima de tres meses para la pena de prisión en estos delitos del art. 153 CP, toda vez que no existe reforma del precepto que en la parte general del Código Penal se ocupa de la duración mínima de la pena de prisión, que continúa siendo de seis meses (art. 36 CP)¹⁹. Esta falta de coherencia trata de salvarse haciendo uso del inciso final del párrafo primero del apartado primero del art. 36 CP: «salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código»; pero resulta en cierto modo forzado, pues su utilización hasta ahora se había limitado a lo prevenido en los arts. 70.2²⁰ y 76.1 CP²¹ con relación a la duración máxima de la pena de prisión y siempre dentro de la parte general del Código Penal. Además, cabe señalar que de lo dispuesto en el art. 71.2 CP²² se desprende que la intención

¹⁹ Dispone el art. 36.1 CP, con anterioridad a su reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: «La pena de prisión tendrá una duración mínima de 6 meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código...».

²⁰ Según el art. 70.2 CP, antes de su reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: «Cuando, en la aplicación de la regla establecida en el subapartado 1.º del apartado 1 de este artículo (regla para la determinación de la pena superior en grado), la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores: 1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años...».

²¹ Dispone el art. 76.1 CP, reformado por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años. b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años. c) De cuarenta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años. d) De cuarenta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección II del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años».

²² Establece también de modo general el art. 71.2 CP, con anterioridad a su reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: «... cuando por aplicación de las reglas anteriores [reglas de determinación de la pena inferior en grado] proceda imponer una pena

del legislador es no permitir el cumplimiento de penas de prisión inferiores a seis meses, dirigiéndose, por tanto, la reforma por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en contra de este propósito que informa el Código Penal.

Parece que, consciente de ello, el legislador ha procedido, en reforma posterior, por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, a rebajar con carácter general la duración mínima de la pena de prisión de seis a tres meses, modificando lo establecido en los arts. 36.1²³ y 71.2²⁴ CP anteriormente citados. El legislador justifica este cambio «con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia. Al mismo tiempo esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos»²⁵. Sin embargo, a día de hoy, no es posible la aplicación retroactiva, como ley penal más favorable al reo²⁶, de la nueva regulación de los arts. 36.1 y 71.2 CP, pues la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, no se produce hasta el día 1 de octubre de 2004²⁷. Todo lo expuesto no hace sino poner de manifiesto uno de los principales problemas que plantea la actual «vorágine legislativa»: la imposibilidad de una adecuada coherencia y sistemática, tanto en la regulación como en la posterior aplicación de las normas.

Como novedad del nuevo art. 153 CP, se impondrá en todo caso la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. No es preciso que el agresor haya esgrimido o empleado con anterioridad dichas armas, bastando su simple tenencia o porte. Con esta pena el legislador pretende

de prisión inferior a seis meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2.^a del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda».

²³ Dispone el art. 36.1 CP, tras la reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: «La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses...».

²⁴ Preceptúa el art. 71.2 CP, tras la reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: «... cuando por aplicación de las reglas anteriores [reglas de determinación de la pena inferior en grado] proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2.^a del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda».

²⁵ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁶ Dispone el art. 2.2 CP: «... tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

²⁷ Disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

lograr una finalidad preventiva, dado el elevado componente de riesgo existente en estos comportamientos delictivos.

Cuando el ofendido por las conductas delictivas del art. 153 CP sea un menor o un incapaz, también se contempla como novedad la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga facultativamente, cuando lo considere adecuado al interés de dicho menor o incapaz, como pena principal, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años.

Por el contrario, la imposición de las penas privativas de derechos contempladas en el art. 48 CP sigue siendo sólo posible como penas accesorias, conforme a lo dispuesto en el art. 57 CP, reformado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Cabe destacar que el art. 57.2 CP en los casos de violencia doméstica establece como novedad la obligación de imponer en todo caso la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Para cuando el ofendido por las conductas delictivas del art. 153 CP sea una persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centro público o privado parece adecuado que el legislador hubiera previsto la imposición como pena principal de la inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio, pues así se lograría la misma finalidad perseguida al establecer la posibilidad de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Se contempla una agravación de las penas en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias en la perpetración del delito:

— «Comisión del delito en presencia de menores». Esta circunstancia puede ser constitutiva de menoscabo psíquico para el menor cuando ser testigo de tal conducta le afecte psicológicamente, sin que parezca existir impedimento para aplicar la agravación en el caso de que el sujeto pasivo del delito sea el propio menor.

— «Utilización de armas». Se requiere para aplicar la agravación un uso que exceda de la simple detentación con carácter intimidatorio, al estar tal conducta ya contemplada en el tipo penal básico del art. 153.1 CP («amenazar de modo leve con armas»).

— «Comisión del delito en el domicilio común o en el domicilio de la víctima». El fundamento de la agravación cuando concurre esta circunstancia se encuentra en la indefensión sufrida por el sujeto pasivo ante la violación de su intimidad familiar, así como de su seguridad personal.

— «Quebranto de una de las penas del art. 48 CP o una medida cautelar²⁸ o de seguridad²⁹ de la misma naturaleza». Este art. 48 CP ha sido reformado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004. Se contemplan como penas privativas de libertad:

- La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, que impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, que impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, tras la reforma por Ley Orgánica 15/2003, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. Con ello se pretende poner fin a las contradicciones que en la práctica se están produciendo entre las medidas civiles y las penales, derivadas, en buena medida, de la dilación existente en los procedimientos judiciales.

- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, que impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

El delito de malos tratos cometidos con habitualidad en el ámbito familiar se sitúa ahora sistemáticamente en el art. 173 CP. Ello es debido a que la determinación del bien jurídico protegido en este delito ha sido objeto de amplias controversias doctrinales:

— Para algunos autores³⁰, el bien jurídico protegido era la salud, de la que forman parte tanto la integridad física como la psíquica, es decir, el mismo bien jurídico que en el delito de lesiones. Sin embargo, se objeta que este delito del art. 173.2 CP perfectamente se puede producir sin resultado lesivo alguno³¹.

²⁸ Vid. arts. 13 y 544 bis LECr.

²⁹ Vid. arts. 96 y 105 CP, reformados por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004.

³⁰ Vid. A. ARROYO DE LAS HERAS y J. MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 142 y 143; B. DEL ROSAL BLASCO, «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», en *Mujer y Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 371.

³¹ De esta opinión, J. GIMÉNEZ GARCÍA, «La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 CP», en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Madrid, CGPJ, 2001.

— Para otros³², era la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, proclamados constitucionalmente en el art. 10.1 de la Carta Magna. Sin embargo, en contra se argumenta que la dignidad humana es un atributo de toda persona por el hecho de serlo y, por tanto, común a todos los delitos que lesionan bienes jurídicos personalísimos³³.

— En opinión de Arias Eibe³⁴, se protege la pacífica convivencia familiar. A esta postura doctrinal se le objeta que tutelar penalmente la paz familiar vulneraría el principio de mínima intervención del Derecho penal. Para Lanzos Robles, la paz familiar es un *desideratum*, pero no un bien jurídico protegido, ni constitucionalmente, ni penalmente³⁵. Además, al extenderse el ámbito de aplicación del precepto a los supuestos de ruptura del vínculo matrimonial o de la convivencia, ya no es posible la tutela de la relación familiar o de la análoga relación de afectividad, pues ha desaparecido como tal.

— Por su parte, Tamarit Sumalla o Borja Jiménez³⁶ señalaban como bien jurídico protegido la integridad moral o el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante, proclamado en el art. 15 de la Constitución Española, como manifestación del principio de dignidad humana.

Esta última orientación es la acogida en la reforma por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, situando el delito de maltratos habituales en el título VII del libro II del Código Penal dentro de los delitos contra la integridad moral. El cambio sistemático obedece a la consideración por parte del legislador de que el bien jurídico protegido en este delito trasciende y se extiende más allá de la salud *stricto sensu*, pues se trata de tutelar frente a ataques dirigidos no sólo exclusivamente a menoscabar la integridad del sujeto pasivo, sino también sus valores y derechos fundamentales más esenciales, como la propia dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad o la seguridad, al producirse con el maltrato habitual una total cosificación de la persona, que deja de ser considerada como tal. También quedan afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección

³² Vid. J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentario al art. 153», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 801.

³³ De esta opinión L. GRACIA MARTÍN, «El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1996, pp. 580-585.

³⁴ Vid. J. M. ARIAS EIBE, «La respuesta específica a la violencia doméstica en el art. 153 del Código Penal: estudio jurídico-penal», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 32, 2001.

³⁵ Vid. A. LANZOS ROBLES, «La violencia doméstica. Visión general», en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Madrid, CGPJ, 2001.

³⁶ Vid. J. M. TAMARIT SUMALLA, «Art. 153», en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 745; E. BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 184-191.

integral de los hijos³⁷. Por tanto, el bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP es distinto al tutelado en los arts. 147 y siguientes CP (incluido el art. 153 CP), que se refieren a actos de violencia concretos.

La conducta típica del nuevo art. 173.2 CP consiste en ejercer habitualmente violencia física o psíquica sobre las personas ligadas con el autor por las relaciones familiares, afectivas y legales anteriormente ya examinadas.

La violencia psíquica se introdujo con la reforma por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, sin incluir una definición de la misma en el texto legal, lo que ha generado una gran inseguridad jurídica en torno a su delimitación conceptual³⁸. La habitualidad en la violencia psíquica engloba ciertas conductas consideradas en su conjunto (pues separadamente no constituyen ilícito penal), que se reproducen sistemáticamente y atienden al contexto y a las circunstancias individuales, culturales y ambientales de los sujetos activo y pasivo. Es preciso advertir que el principal problema que se presenta para apreciar la violencia psíquica es de tipo probatorio.

Por habitualidad hay que entender, a tenor de lo establecido en el art. 173.3 CP, la repetición dentro de cierta proximidad temporal de los actos de violencia, con independencia de que recaigan siempre sobre la misma persona o que esos actos hayan sido o no enjuiciados en procesos anteriores³⁹. Por lo tanto, el concepto de habitualidad en la violencia doméstica, como elemento valorativo, es independiente del concepto de reincidencia del art. 22.8.º CP y del de habitualidad en el reo del art. 94 CP, que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas⁴⁰.

La repetición se tendrá en cuenta con independencia de la respectiva gravedad y naturaleza de los actos, computándose a estos efectos tanto los actos de violencia física como los de violencia psíquica.

Entiende la mayoría de la doctrina que para apreciar la repetición, el número de actos de violencia que resulten acreditados ha de ser superior a dos, si bien además éstos deben tener lugar en un clima permanente de violencia física o psíquica⁴¹. Desde un punto de vista criminológico, la habitualidad tiene un fundamento subjetivo; mientras que, desde la pers-

³⁷ Vid. SSTS 972/2000, de 24 de junio; 1366/2000, de 7 de septiembre, entre otras.

³⁸ Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, op. cit., pp. 93-101; E. CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares: Nueva regulación*, op. cit., pp. 48-62.

³⁹ Cfr. J. IRIBARREN OSCÁRIZ, «La habitualidad en el delito de malos tratos», en *Diario Jurídico Aranzadi*, junio de 2002; L. F. MARTÍN CASTAÑOS, «La habitualidad del art. 153 del Código Penal», en *Noticias Jurídicas*, diciembre de 2000.

⁴⁰ Vid. STS de 24 de junio de 2000.

⁴¹ Vid. SSTS de 7 de julio de 2000 y 7 de septiembre de 2000, entre otras. A. DEL MORAL GARCÍA, «El delito de violencia habitual en el ámbito familiar», en *Delitos contra*

pectiva del Derecho penal, su base es objetiva, existiendo dentro de la doctrina posturas en defensa de una y otra orientación⁴². La tendencia jurisprudencial actual es valorar la habitualidad conforme a la libre apreciación del juzgador, obviando la objetivación del concepto⁴³.

La proximidad temporal de los actos de violencia impide tener en cuenta aquellos que tengan carácter ocasional, esporádico o puntual en el tiempo, exigiéndose cierta conexión cronológica entre ellos⁴⁴. No es posible establecer con carácter general límites temporales prefijados, pues dicha cercanía en el tiempo ha de determinarse en atención a todas las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

Para apreciar la habitualidad, los actos de violencia no tienen por qué dirigirse contra una misma persona, sino que pueden producirse frente a diferentes sujetos pasivos. En este punto, tras la reforma por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se plantea la cuestión de la subsistencia del requisito doctrinal de la unidad del marco de convivencia o unidad de contexto⁴⁵, pues del catálogo de sujetos del art. 173.2 CP no puede inferirse que para tener en cuenta los actos de violencia sobre distintas personas deba existir en todo caso una determinada convivencia entre el agresor y esos sujetos, pues el legislador ha omitido respecto del anterior catálogo del art. 153 CP hacer referencia a la convivencia en algunas de las relaciones que enumera («sobre persona que esté o haya estado ligada a él [= agresor] por una análoga relación de afectividad *aun sin convivencia*»). Por tanto, para apreciar la habitualidad podría llegarse a computar globalmente todos los actos violentos, con independencia de sobre quién recayeran⁴⁶.

Tampoco se requiere que los actos de violencia hayan sido enjuiciados en procesos anteriores. Se puede acreditar la habitualidad a través de distintos medios, siendo los más usuales las declaraciones testificales, los dictámenes periciales y la declaración del sujeto pasivo. Y, aun existiendo condenas penales previas, será necesario reproducir la prueba que acreditó cada agresión, pues las sentencias no están dotadas de eficacia prejudicial o material de cosa juzgada y los hechos en ellas afirmados deberán ser probados nuevamente a efectos de apreciar la habitualidad.

las personas, Madrid, CGPJ, 1999; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14.^a ed. completada, revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 124-127.

⁴² Vid. A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pp. 120-126.

⁴³ Vid. STS de 20 de mayo de 1997.

⁴⁴ Vid. SSTS de 20 de diciembre de 1996, 29 de abril de 1999 y 26 de junio de 2000, entre otras.

⁴⁵ Vid. A. ARROYO DE LAS HERAS y J. MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁶ Cfr. B. DEL ROSAL BLASCO, «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», en *Mujer y Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 375.

La pena para el delito de malos tratos habituales en el ámbito doméstico del art. 173.2 CP será de prisión de seis meses a tres años, manteniéndose la naturaleza y cuantía de la pena establecida en el art. 153 CP antes de la reforma.

Se incorpora la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, si bien el legislador omite en el art. 173.2 CP hacer referencia a la expresión «en todo caso» que sí utiliza explícitamente en el nuevo art. 153.1 CP. De la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se deduce que esta pena debe interpretarse en el mismo sentido en ambos preceptos, con lo que se procederá a imponer la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, con independencia de que se haya hecho uso o no de tales armas habitualmente o esporádicamente en alguno de los actos violentos. La cuantía de esta pena en el art. 173.2 CP es superior a la contemplada en el art. 153.1 CP.

Si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz, se impondrá pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años. Se trata de la misma pena potestativa introducida por el legislador en el art. 153.1 CP, si bien en el art. 173.2 CP su cuantía es mayor.

Todo ello sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hayan concretado los actos de violencia física o psíquica. Partiendo, por las razones anteriormente señaladas, de que el bien jurídico protegido en el art. 173 CP es distinto del tutelado en los arts. 147 y siguientes CP, existirá un concurso de infracciones de carácter real⁴⁷, de manera que se compatibiliza y permite la punición por separado del delito o falta cometido por cada concreta agresión y el delito permanente de malos tratos habituales en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, que se convierte en delito de peligro abstracto y no de resultado, anticipando la barrera de protección antes de que los resultados lesivos tengan lugar⁴⁸.

Respecto a las faltas en que se hayan concretado los actos violentos, tras la desaparición por Ley Orgánica 11/2003 del inciso final del art. 617 CP y la reconducción del contenido de sus dos apartados y del primer inciso del apartado primero del art. 620 CP al art. 153 CP como delito en el ámbito familiar, la única falta que queda en los supuestos de violencia

⁴⁷ Vid. arts. 73, 75, 76 y 78 CP, reformados los dos últimos por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas; Circular 1/1998, de 21 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre «Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar».

⁴⁸ Vid. P. GARCÍA ÁLVAREZ y J. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 31 y ss.

doméstica es la contemplada en el art. 620.2 CP («causar a alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve»).

En cuanto a los delitos en que se hayan concretado los actos violentos, puede tratarse de cualquiera de las conductas contempladas en los arts. 147 y siguientes CP, incluidas las formas agravadas de lesiones, que suelen ser el motivo de la denuncia y posterior enjuiciamiento de los malos tratos habituales. Tras la reforma es también posible el concurso entre el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP y el delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153 CP.

Por aplicación del principio *ne bis in idem*, en el supuesto en que alguno de esos concretos actos de violencia hubiera sido ya enjuiciado con anterioridad, no será posible apreciar el concurso real contemplado en el inciso final del art. 173.2 CP.

Además, existe la misma agravación de las penas en su mitad superior si concurre alguna de las circunstancias cualificativas ya vistas al analizar el art. 153/2 CP. No se requiere que tales circunstancias concurren en todos y cada uno de los actos violentos, sino que del tenor literal del precepto («cuando alguno o algunos de los actos de violencia») se deduce que es suficiente su concurrencia en uno o varios de esos actos.

Cabe concluir que, en puridad, para conocer la eficacia real de estas innovaciones legislativas introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en los arts. 153 y 173 CP, en orden a la consecución de una prevención y represión más eficaz de la violencia doméstica, y a una mayor protección de las víctimas, es preciso esperar a los resultados prácticos de su aplicación en los procedimientos penales, así como en el ámbito de la ejecución de las sentencias. Y todo ello requerirá la existencia de una jurisprudencia uniforme en torno a las novedades introducidas en estos preceptos que garantice los principios de seguridad jurídica y legalidad.