



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

VIOLENCIA HABITUAL CONTRA PERSONAS VINCULADAS AL AGRESOR

Autora:

Beatriz Fernández Angosto

Directora:

María Estrella Escuchuri Aisa

Facultad de Derecho
Año 2019

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.
- III. LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DEL ART 173.2 CP.
 - 1. Delimitación de los sujetos activo y pasivo.
 - 2. Conducta típica.
 - a. Ejercicio de violencia física o psíquica.
 - b. El concepto de habitualidad.
 - 3. Tipos agravados.
- IV. RELACIONES CONCURSALES CON OTROS DELITOS.
- V. PENALIDAD.
- VI. CONCLUSIONES.
- VII. BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

- Art., arts. Artículo, artículos.
- Apdo. Apartado.
- CE Constitución Española.
- Coord. Coordinador.
- Coords. Coordinadores.
- CP Código Penal.
- Dir. Director.
- Ed. Edición.
- LECr. Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LO Ley Orgánica.
- LOVG Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- n.º Número
- p. Página
- pp. Páginas.
- RD Real Decreto.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- TS Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo fin de grado tiene como objeto el estudio del delito recogido en el artículo 173.2 CP, incluido dentro del Título VII del Libro II del CP bajo la rúbrica «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». Dicho precepto establece: *«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 personas con discapacidad necesitadas de especial protección 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 tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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 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 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada».

Anteriormente el castigo de estas conductas se recogía en el artículo 425, incluido a través de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Dentro del capítulo dedicado a los delitos de lesiones, el mencionado precepto castigaba con pena de arresto mayor al que habitualmente y con cualquier fin ejerciese 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.

En 1995 con la aprobación del Código Penal el delito de violencia habitual se recogió en el artículo 153, también dentro de los delitos contra la salud e integridad física¹. La LO 14/1999, de 9 de junio volvió a modificar el precepto incluyendo la violencia psíquica dentro de la conducta típica, ampliando el círculo de sujetos pasivos y estableciendo un concepto legal de habitualidad. Posteriormente, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social, introdujo novedades muy importantes. Entre ellas cabe destacar²:

- La anterior falta de lesiones, malos tratos o de amenazas leves pasa a tipificarse en el artículo 153 CP como un delito de maltrato, en el que no se exige la habitualidad.
- Se amplía el número de sujetos pasivos, de tal manera que entrarían los descendientes, ascendientes o hermanos y cualquier otra persona integrada en el núcleo de convivencia familiar.
- Las conductas de violencia doméstica pasan a tipificarse en el artículo 173.2 CP, como un delito contra la integridad moral³.

Aunque no afectó al artículo 173.2 cabe mencionar también la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

¹ Se incluyó con la siguiente redacción: «*El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con el convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso, se causare*».

² NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 110.

³ Sobre las distintas reformas véase BOLEA BARDÓN, C., «En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02 (2007), pp. 5 y ss.

Violencia de Género cuyo artículo 1 declara que el objeto de esa ley es «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Esta ley, como indica BOLEA BARDÓN, viene a culminar una etapa legislativa que había incorporado fuertes medidas de lucha en relación con la violencia doméstica y de género⁴.

La última reforma del Código penal mediante la LO 1/2015 también ha incorporado modificaciones en el tratamiento jurídico-penal de la violencia doméstica y de la violencia de género⁵. En particular en el delito de maltrato habitual se ha incorporado la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada. Además, en concordancia con lo dispuesto en el art. 25 CP se sustituye la referencia a los incapaces por el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Investigaciones doctrinales han destacado la escasa aplicación de la figura del artículo 173.2 CP. En este sentido se afirma que “*el delito de maltrato habitual es, de los tipos específicos de violencia de género, el de mayor gravedad destacando, sin embargo, su escasa aplicabilidad.*”⁶. Esto se debe a las dificultades que plantea la prueba de la habitualidad, que se analizará posteriormente. Con carácter general, muchos supuestos son investigados y enjuiciados como violencia ocasional del artículo 153, cuando en realidad, se trata de violencia habitual del 173.2. Además, otro de los problemas que presenta la aplicación de este artículo es, que cuando una víctima denuncia una situación de maltrato, casi siempre se tramita a través de un juicio rápido

⁴ BOLEA BARDÓN, C., «En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género...», cit., p. 18. Las principales novedades que incorpora son: a) la agravación de los delitos de lesiones cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable (art. 148); la reforma del art. 153 CP estableciendo una respuesta diferente en función de la víctima; la conversión de las faltas de amenazas y coacciones en delitos; la reforma del delito de quebrantamiento de condena.

Por otra parte, mencionar que la violencia de género además de ser objeto de leyes estatales, también ha sido recogida en leyes autonómicas. Concretamente, Aragón ha desarrollado la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón.

⁵ Sobre estas reformas ALASTUEY DOBÓN, C./ESCUCHURI AISA, E., «La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: De la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género a la reforma del Código penal de 2015», *Revista de Derecho penal*, n.º 23, 2015, pp. 37-78.

⁶ PÉREZ RIVAS, N./ DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M./ RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «El delito de maltrato habitual: características sociodemográficas, penales y criminológicas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 16 (2016), p. 467.

apreciando un delito de lesiones del artículo 153 CP. En relación con esto señala OLAIZOLA NOGALES: «Detrás de un acto de violencia constatado la pregunta no debería ser únicamente si existe peligro de que dicho acto se repita, sino también y si cabe más importante, será averiguar si este acto de violencia es consecuencia de una situación de violencia anterior»⁷.

Hay que tener en cuenta también que el ámbito de aplicación del art. 173.2 va más allá de los supuestos de violencia de género. Indica MAQUEDA ABREU que *“no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia. Nada empece a esta afirmación el que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género.”*⁸.

Sin duda este precepto constituye una herramienta esencial para hacer frente a la violencia de género y a la violencia doméstica o intrafamiliar⁹. En este trabajo se analizará el bien jurídico protegido; en segundo lugar, el círculo de sujetos activo y pasivo; la conducta típica (prestando especial atención al elemento de la habitualidad); las relaciones concursales con otros delitos, así como las penas previstas para castigar estas conductas.

⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 30, 2010, p. 292.

⁸ MAQUEDA ABREU, M.ª L., «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08-02, 2006, p. 4.

⁹ Existe discusión sobre los conceptos de “violencia de género” y “violencia doméstica”. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011⁹, que ya ha sido ratificado por España, incluye las siguientes definiciones:

a) por “violencia contra la mujer” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) por “violencia contra la mujer por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

En este trabajo nos referiremos a la violencia doméstica para aludir a comportamientos violentos que se producen en el ámbito de determinadas relaciones familiares o convivenciales.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En nuestros Códigos penales siempre se han castigado los actos de violencia contra las personas: la protección de la vida, la integridad física y/o psíquica, la libertad en todas sus manifestaciones, el honor, se articulaba a través de los delitos de homicidio, lesiones, agresiones sexuales, amenazas, coacciones, injurias.

Sin embargo, estos comportamientos cuando son realizados dentro de un determinado entorno, como el familiar, han sido objeto de un tratamiento autónomo diferenciado y la doctrina se ha preguntado el porqué de este tratamiento distinto.¹⁰

El hecho de identificar un interés específico, es decir, definir el bien jurídico protegido por el delito de violencia doméstica habitual, ha sido objeto de diferentes discusiones doctrinales. Inicialmente parte de la doctrina y la jurisprudencia se decantaba por defender la paz familiar como bien jurídico protegido. Según estos autores, el delito castigaba al agresor por las conductas violentas que ejercía en el ámbito familiar sobre las víctimas que estaban relacionadas con el por un vínculo familiar.¹¹ Esta primera postura que defendía la paz familiar como bien jurídico, la compartía el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia n.º 805/2003, de 18 de junio, señalaba: *«el bien jurídico protegido consiste en la paz familiar, sancionándose aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la relación asimétrica de dominio de una persona sobre su pareja y los familiares convivientes.»*

También cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2005, de 22 de febrero, que considera que *«el bien jurídico 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*

¹⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 112.

¹¹ Véase sobre ello OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 281.

define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.»

Otra postura defendía como bien jurídico protegido la salud y la integridad personal tanto física como mental. Estos autores se basaban en primer lugar, en la situación del delito, que se encontraba en el capítulo previsto para las lesiones y, en segundo lugar, en que la conducta violenta del agresor se ejerce sobre el cuerpo de la víctima.¹²

Actualmente se puede concluir que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran que el bien jurídico protegido se encuentra constituido por la integridad moral¹³. La integridad moral se podría definir como el derecho que tiene una persona a no verse sometida a tratos humillantes, degradantes o vejatorios que vulneren su dignidad¹⁴. La integridad moral no lleva implícita esa idea anterior de causar un perjuicio para la salud de las víctimas.¹⁵

En cuanto al contenido de «integridad moral», el Tribunal Supremo señala en la sentencia n.º 213/2005, de 2 de febrero, que *«la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.»*

Igualmente, esta sentencia señala los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral, los cuales serían:

- a) Un acto claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.
- c) Que el comportamiento sea degradante y humillante para la víctima.

¹² Sobre ello véase OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 283.

¹³ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 112.

¹⁴ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 283.

¹⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 14 (2004), p. 16.

Se trata de una situación de dominio y poder de una persona (agresor) sobre otra (víctima), que constituye un grado de agresión permanente mediante actos que menoscaban su dignidad. Además, tal y como señala una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁶, *«al lado de la integridad o salud física o psíquica que, como bien jurídico individual se protege mediante los delitos de lesiones, en el delito de malos tratos habituales el bien jurídico protegido es el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagrado artículo 10 de la Constitución Española, y su derecho a no ser sometido a tratos humillantes o degradantes en el ámbito de la familia o relaciones de pareja sentimental o de análoga afectividad»*¹⁷.

El Tribunal Supremo en la sentencia n.º 1452/2018, de 15 de noviembre, ha señalado que *«el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.»*

Recientemente, en la STS n.º 149/2019, de 19 de marzo, se indica: *«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, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y 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 familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.»*

Como conclusión, se puede afirmar que el verdadero significado de la integridad moral es el sentimiento de humillación y vejación que los distintos comportamientos

¹⁶ SAP Barcelona (Sección 20ª), n.º 867/2015, de 30 de noviembre.

¹⁷ Véase también STS n.º 27/2019, de 24 de enero de 2019: *«el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.»*

violentos realizados, ocasionan en el sujeto pasivo. Y, dichos comportamientos degradantes van a provocar en la víctima un sentimiento de inferioridad y de angustia.¹⁸

Por último, es importante destacar que es irrelevante que el agresor ejerza esta violencia sobre una víctima o varias, en el sentido de que va a sufrir igualmente el estado de agresión permanente.¹⁹

III. LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DEL ART 173.2 CP

1. Delimitación de los sujetos activo y pasivo

Atendiendo a los sujetos que actúan, el delito de maltrato habitual se puede calificar como un delito especial, ya que se exigen unos requisitos en los sujetos²⁰. Ahora bien, se discute si se trata de un delito especial propio o impropio. Para BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN se trata de un delito especial propio. La autoría está limitada a aquellas personas que ejercen una posición dominante en el grupo familiar, afectivo o similar²¹. En cambio, otros autores sostienen que se trata de un delito especial impropio puesto que la conducta lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico y debe existir un vínculo específico entre el sujeto activo y el pasivo. Si no concurre, la conducta se va a castigar como un delito leve de vejaciones o como un delito de atentado contra la integridad moral, según las circunstancias del caso.²²

El sujeto activo actúa de manera violencia para conseguir un fin, que es el de obtener el control y la dominación sobre el sujeto pasivo. Y este objetivo trata de conseguirlo a través de actuaciones que causan un menoscabo físico o psíquico a uno de

¹⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 118.

¹⁹ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 284.

²⁰ FLORES MENDOZA F., «La tipicidad», en *Derecho Penal Parte General "Introducción teoría jurídica del delito"*, Romeo, Sola y Boldova (Coords.), 2ª ed., Comares S.L., Albolote (Granada), 2016, p. 107.

²¹ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n.º 14 (2004), p. 19.

²² ARMAZA ARMAZA, E. J., «Las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Derecho Penal Parte Especial Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Romeo, Sola y Boldova (Coords.), Comares, Albolote (Granada), 2016, p. 171.

los sujetos protegidos del artículo 173.2 CP.²³ Los sujetos activos ejercen su posición dominante tanto en relaciones familiares, afectivas o similares de forma habitualmente violenta, sobre los sujetos pasivos²⁴.

Como hemos indicado, para que concurra esta figura delictiva, es necesario que los sujetos activo y pasivo estén vinculados por alguna de las relaciones expresamente contempladas en el artículo. La extensión de los sujetos pasivos va mucho más allá del ámbito familiar y de las relaciones de convivencia o afectividad anteriores o pasadas, dado que también se incluyen en el ámbito de protección a las personas que se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.²⁵ En concreto las relaciones que están incluidas son²⁶:

- a) Cónyuge o excónyuge. Es importante destacar que en el caso del excónyuge, es un requisito que los malos tratos o violencias se deban a esa relación matrimonial anterior. Se encuentran incluidos también los matrimonios del mismo sexo²⁷.
- b) Personas ligadas con análoga relación de afectividad a la del matrimonio o que lo hayan estado. Incluye toda clase de parejas de hecho que mantengan entre sí una relación de convivencia fáctica y análoga relación de afectividad. En la reforma de 2003 se incluyó el inciso «*aun sin convivencia*», de forma que quedan comprendidas relaciones de noviazgo presentes y pasadas. No obstante, en relación con las relaciones de noviazgo, el Juez o Tribunal tendrá que comprobar si existe ese sentimiento de posesión y dominio. Una de las formas para comprobar si existe esa relación es a través de la prueba testifical.²⁸ Quedarían fuera del tipo las relaciones de amistad, incluso aunque sean estables y con convivencia²⁹.

²³ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 160.

²⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 19.

²⁵ BOLEA BARDÓN, C., «Integridad moral (173.2)», en *Derecho Penal. Parte Especial*, Corcoy (dir.) y Vera (coord.), t. I, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2015, p. 233.

²⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos penales...», cit., pp. 488- 490.

²⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 166.

²⁸ GORJÓN BARRANCO, M.^a C., *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 82-84.

²⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 20.

- c) Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, ya sean propios o del cónyuge o conviviente. En relación con este grupo de personas la doctrina discute si debe exigirse para apreciar el delito la existencia de convivencia³⁰.
- d) Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. Hay que tener en cuenta que la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha sustituido el término «incapaz» por la referencia a «persona con discapacidad necesitada de especial protección», cuya delimitación se realiza en el art. 25 CP.
- e) Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar. En este apartado se pretenden incluir todos los supuestos que pueden darse en el núcleo de la convivencia familiar, cualquiera que sea su relación. Por ejemplo, se pueden incluir a sobrinos, ancianos acogidos en una familia o también a la interna contratada para servicios de tipo doméstico en la casa. Ahora bien, la doctrina suele exigir que exista una cierta dependencia afectiva o material respecto al agresor³¹.
- f) Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. La vulnerabilidad puede deberse a factores biológicos, edad, sexo o dependencia económica³². Aquí se incluyen los casos de menores, incapaces o ancianos que se encuentran en centros.

Podemos destacar la violencia filio-parental, en la cual la víctima no es el sujeto pasivo dependiente del agresor, sino que el agresor es un niño o adolescente menor de edad que depende de sus víctimas. Lo normal es que la víctima se encuentre en una situación de dependencia del agresor, como los niños y ancianos. Sin embargo, en este tipo de violencia, la víctima es la persona obligada jurídicamente a las labores de

³⁰ Sobre esta cuestión SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 80-81. Esta autora se inclina por considerar que no es necesaria la convivencia.

³¹ Véase sobre esta cuestión SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 86. Esta autora considera que la convivencia por sí sola no sería suficiente, sino que es preciso que la integración en el núcleo familiar sea materialmente equivalente a la del resto de sujetos pasivos.

³² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 167.

cuidado y educación del agresor. Esto quiere decir que, hasta que el agresor no cumpla la mayoría de edad, la víctima está obligada a convivir con su maltratador.

Se puede definir la violencia filio-parental como *«aquella donde el hijo/a actúa intencional y conscientemente con el deseo de causar daño, perjuicio y/o sufrimiento en sus progenitores, de forma reiterada a lo largo del tiempo, y con el fin inmediato de obtener poder, control y dominio sobre sus víctimas para conseguir lo que desea, por medio de la violencia psicológica, económica y/o física»*.³³ En este tipo de violencia, las víctimas son madres y padres que sufren los malos tratos de su hijo, quien causa miedo en sus progenitores con el objetivo de obtener poder y control sobre ellos, utilizando la violencia psicológica, física y económica.³⁴

Además, es en este tipo de violencia dónde tiene lugar el conocido «síndrome del emperador». Los hijos causan a los padres temor hacia ellos mismos, insultándoles, amenazándoles y agrediendoles.³⁵ Se puede definir el síndrome del emperador como la conducta del hijo que abusa de sus padres sin causa alguna y sin que los padres hayan sido negligentes en lo relativo a la educación del hijo.³⁶

Otro tipo de violencia que es objeto de preocupación es el maltrato infantil. La Convención sobre los Derechos del Niño alude a *«toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras que el niño se encuentra bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona o institución, que le tenga a su cargo»*.³⁷

Junto con la violencia filio-parental y el maltrato infantil, también es muy frecuente en la actualidad la violencia en las relaciones conyugales o análogas.

³³ AROCA MONTOLÍO, A., «Violencia filio-parental...», cit., p. 148.

³⁴ AROCA MONTOLÍO, A., «La violencia filio-parental: un análisis de sus claves», en *Revista Anales de Psicología*, vol. 30, n.º 1, 2014, p. 158.

³⁵ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 148.

³⁶ GARRIDO GENOVÉS, V., «Hijos maltratadores. ¿Qué es el síndrome del emperador?», en *Revista Crítica*, n.º 964, 2009, p. 68.

³⁷ Artículo 19.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

2. Conducta típica

a. Ejercicio de violencia física o psíquica

Tal como establece el artículo 173.2 CP, la conducta típica del delito de maltrato habitual consiste en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas protegidas, esto es *«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 personas con discapacidad necesitadas de especial protección 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»*.

Según el Tribunal Supremo se *«castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual.»* (STS n.º 27/2019, de 24 de enero).

En este punto, hay que hacer una distinción para ver qué se entiende por violencia física y qué se entiende por violencia psíquica.³⁸

La doctrina considera que la violencia física consiste en la aplicación de fuerza física sobre el cuerpo del agredido o actos de acometimiento físico sobre el cuerpo del sujeto pasivo que inciden directamente sobre su integridad física³⁹. Por lo tanto, se puede considerar cualquier manifestación agresiva de maltrato, como pueden ser

³⁸ Normalmente, si el agresor comete violencia psíquica contra la víctima, se considera que al final incurrirá en violencia física, por lo que es un factor predictivo del maltrato físico.

³⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «El delito de violencia doméstica habitual (Artículo 173.2 del Código Penal)», en *La reforma penal en torno a la violencia de género doméstica y de género*, Boldova Pasamar/Rueda Martín (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, p. 88.

empujones, golpes, zarandeos⁴⁰. Es importante destacar que no es necesario que dicha violencia física deje señales físicas⁴¹.

Más difícil es delimitar el concepto de violencia psíquica. Dentro de la misma se engloba cualquier ataque verbal o de obra siempre sin contacto corporal directo al sujeto pasivo. Este ataque debe ser lo suficientemente relevante para determinar la creación de un estado de agresión permanente que pueda suponer un ataque a la integridad moral de la persona⁴².

Los actos de intimidación se consideran violencia psíquica. Además, también se podrían integrar en la violencia psíquica, los insultos, las burlas reiteradas, actitud déspota y otros más. Lo importante para que tenga lugar la violencia psíquica es que se detecte una relación de superioridad o de dominio, una posición de dominio del agresor sobre la víctima⁴³. El hecho de que por ejemplo, los insultos y las amenazas sean elementos determinantes de la violencia psíquica, tiene sentido debido a que, los insultos debilitan la autoestima de la víctima y las amenazas pueden ocasionarle miedo⁴⁴.

Siguiendo con lo anterior, la violencia psíquica se puede considerar como una destrucción de la autoestima de la víctima a través, de medios como anteriormente se ha dicho, la crítica, insultos, burla, abandono, obligarle a hacer cosas que no quiere, dejarla en ridículo delante de gente⁴⁵. Hay que tener en cuenta que, en muchas ocasiones, o en la mayoría, la violencia psíquica tiene peores consecuencias para la víctima que la violencia física, dado que puede dejar heridas más duraderas que las corporales⁴⁶.

Otra gran diferencia entre la violencia física y psíquica es, que la víctima se siente avergonzada y, en pocas ocasiones, reconoce esa violencia psíquica, ya que, al contrario de la violencia física, la violencia psíquica no se ve. Como consecuencia de los actos violentos psíquicos, las víctimas finalmente acaban con problemas de baja autoestima.

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 22.

⁴¹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., pp. 123-124.

⁴² NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 125.

⁴³ DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos penales...», cit., pp. 479-481.

⁴⁴ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 157.

⁴⁵ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 285.

⁴⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «El delito de violencia doméstica habitual...», cit., p. 88.

Como he señalado anteriormente, el sujeto activo puede llevar a cabo la violencia psíquica de muy diversas formas. No obstante, las que más se dan en la práctica podrían ser:

- Abuso verbal: se manifiesta por medio de palabras que atacan o injurian, consiguen que la víctima crea lo que no es o se habla falsamente de la misma. Se podrían incluir conductas como insultar, ridiculizar, humillar, ironías para confundir.
- Intimidación: las conductas podrían ser asustar con miradas, gestos o gritos, arrojar objetos, destrozar la propiedad.
- Amenazas: el agresor podría amenazar con herir, matar a la propia víctima, a sus familiares, suicidarse, llevarse a los niños.
- Abuso económico: el agresor prohíbe a la víctima que trabaje (para ir cerrando su círculo social), control de las finanzas, castigos monetarios.
- Aislamiento: el agresor controla la vida de la víctima, escuchando sus conversaciones, siguiéndola, trata de romper la relación con amistades, familiares.
- Desprecio: el agresor trata a la víctima como si fuera algo inferior, toma las decisiones por la víctima, cuando la víctima va a hablar el agresor le corta, obligar a la víctima a dormir en el suelo.⁴⁷

Es importante señalar que en este delito no se castiga el número de actos violentos, sino el clima general de violencia, de angustia y de temor que se genera dentro del ámbito de la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo⁴⁸. Se trata de determinar la realización de hechos violentos habituales por el agresor que han deteriorado la confianza, personalidad y autoestima de la víctima, provocándole un sentimiento de humillación e inferioridad.

En suma, la conducta típica del artículo 173.2 CP se concreta en la realización de actos de violencia física o psíquica, mediante los cuales, el agresor va a crear un clima de violencia para la víctima, que va a desembocar en un sentimiento de humillación e inferioridad de dicha víctima.

⁴⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 104.

⁴⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 130.

Se acepta también la posibilidad de que el delito de violencia habitual sea cometido por omisión. La jurisprudencia lo ha admitido en distintas resoluciones en supuestos en que uno de los miembros de la pareja ejerce actos de violencia sobre un menor y el otro, pese a que el maltrato se realiza en su presencia, no hace nada por evitarlo o ponerlo en conocimiento de terceros⁴⁹.

Por otra parte, hay que decir que si los actos de violencia considerados de forma separada, ejercidos sobre una pluralidad de víctimas pueden conformar el tipo delictivo, se apreciarán en concurso real. Por lo tanto, en este caso, existirán tantos delitos de maltrato habitual como número de víctimas existan.⁵⁰ Ello se debe a que se considera que el bien jurídico protegido es de naturaleza individual, por lo tanto, por cada víctima que sufra la conducta violenta del agresor, habrá un delito.⁵¹

b. El concepto de habitualidad

Entre los elementos de la conducta típica, el aspecto más importante que hay que destacar es la «habitualidad», dado que es el elemento que da sentido a la criminalización de este delito.⁵² Es importante diferenciar la violencia física o psíquica que prevé el artículo 173.2 CP, de los actos violentos o vejatorios que se cometen aisladamente. De tal manera que en dicho artículo se sanciona la consolidación de un clima de violencia y dominación por parte del maltratador.

El artículo 173.2 CP exige que dicha violencia física o psíquica se ejerza habitualmente y dicha habitualidad se observa en el número de actos y de violencia que

⁴⁹ Véase, por ejemplo, SSTS n.º 408/2018, de 18 de septiembre; 870/2014, de 18 de diciembre; 64/2012, de 27 de enero. BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 23, lo cuestionan porque consideran que no sería aplicable la cláusula del art. 11, ya no se trata de un delito que consiste en la producción del resultado. Aun admitiendo esto y que exista una posición de garante había que justificar que la omisión es equivalente a la acción. En el supuesto de admitir que fuese posible la comisión por omisión consideran que debería exigirse que el omitente tuviera capacidad de dominar a quien ejerce los actos de violencia.

⁵⁰ DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en *Encuentros violencia doméstica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 486.

⁵¹ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 291.

⁵² NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 126. BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 14 (2004), p. 14.

resulten acreditados y de la proximidad temporal de los mismos.⁵³ Además, cabe añadir que no es relevante que dichos actos se hayan cometido sobre la misma persona que prevé dicho artículo o sobre diferentes⁵⁴ y, tampoco es relevante que dichos actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Lo relevante es que los actos estén acreditados, pero no que hayan sido enjuiciados anteriormente⁵⁵.

No obstante, la certificación de los actos no resulta fácil y ello por varios motivos. El primer motivo es que la denuncia en sí, independientemente que sea por la víctima o terceros, no constituye una acreditación de los actos. Otro motivo podría ser que, a pesar de que se presenten partes de lesiones, ello únicamente demuestra que la víctima ha sufrido actos violentos, pero no demuestra quién los ha ejercido. Y, un tercer motivo podría ser que no haya resultados físicos y, ello ocurre en la violencia psíquica, que deja consecuencias para la víctima pero dichas consecuencias no se pueden observar⁵⁶.

Hay que tener en cuenta que los actos de violencia que ya hayan sido tomados en consideración para fundamentar una condena por delito de maltrato habitual, no pueden ser tomados en consideración de nuevo. Esto quiere decir que, para que tenga lugar una nueva condena por violencia habitual es necesario que se acrediten nuevos hechos, que serán posteriores a los anteriores, que demostrarán la reiteración de dicho comportamiento⁵⁷.

Además, en este aspecto de la habitualidad, también se observa la excepción de cosa juzgada. Concretamente, se observa respecto a los actos violentos por los que se ha dictado una sentencia absolutoria y, por dicha razón, no pueden volver a ser valorados

⁵³ STS n.º 27/2019, de 24 de enero de 2019: «*La consumación del delito habitual ocurre cuando la situación puede considerarse establecida atendiendo al número de actos, sean específicamente típicos o no, y a la proximidad entre ellos, tal como establece el artículo 173.2 del CP.*»

⁵⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 25.

⁵⁵ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 289.

⁵⁶ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...» cit., p. 289.

⁵⁷ LORENZO SALGADO, J. M., «El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico y asimilado», en *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal y procesal: adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*, Vázquez – Portomeñe Seijas, F. (dir.), Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, p. 203.

para acreditar la habitualidad. No obstante, esta excepción no se da en los casos en los que ha recaído un auto de archivo o, un auto de sobreseimiento provisional⁵⁸.

También es importante tener en cuenta el principio non bis in idem, es decir la prohibición de que un mismo hecho sea sancionado más de una vez. Y es que la penalidad de los delitos por separado y en conjunto a través del delito de violencia habitual no vulnera dicho principio, ya que no se trata de una agravación de los delitos anteriores sino de un delito autónomo. En este caso, no tendría lugar la vulneración del principio non bis in idem, si se castigan, por separado, un delito de maltrato habitual y unas agresiones; ello, debido a que las agresiones vulneran el bien jurídico integridad física o psíquica y, el maltrato habitual, la integridad moral⁵⁹.

Por último, respecto a la prescripción de los actos violentos, hay que diferenciar la prescripción de determinados hechos constitutivos de delito, de la posible consideración de pruebas demostrativas de la habitualidad en actos de maltrato.⁶⁰ En cuanto a la prescripción, hay que atender al artículo 132.1 CP, el cual establece: *«En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta»*.

El Tribunal Supremo indica que *« [...] la habitualidad a la que se refiere el art. 153 —actual 173-2º— no califica al autor del delito, sino a la propia conducta típica y por ello, como elemento normativo debe ser acreditada»*⁶¹. Para acreditar la habitualidad se permite utilizar cualquier medio de prueba admisible en Derecho procesal penal. El Tribunal Supremo señaló en esta misma sentencia citada, que la habitualidad se podía acreditar mediante tres métodos:

- a) Acreditación judicial: cuando con ocasión de la investigación del delito del artículo 153, se aportan testimonios de denuncias puestas por la víctima, o en su

⁵⁸ PÉREZ RIVAS, N./ DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M./ RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «El maltrato habitual: características sociodemográficas, penales y criminológicas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 16, 2016, p. 459.

⁵⁹ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 290.

⁶⁰ PÉREZ RIVAS, N. / DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M. / RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «Maltrato habitual...», cit., p. 459.

⁶¹ STS n.º 1309/2005, de 11 de noviembre.

caso, de las sentencias condenatorias detectadas. No solo se tienen en cuenta las condenas previas por delitos de violencia de género, sino que también se tienen en cuenta las denuncias interpuestas por la víctima cualquiera que haya sido el destino de esas diligencias.⁶²

b) Acreditación médica: a través de los diversos partes o informes médicos, que en base a ellos pueda fundarse razonada y razonadamente la existencia de maltrato habitual. Los partes de lesiones pueden servir para acreditar tanto las diversas agresiones sufridas por la víctima como la proximidad temporal en que éstas se han sufrido.⁶³

c) Acreditación testifical: la declaración de la víctima, de familiares, de vecinos, entre otros, pueden ofrecer al órgano judicial datos suficientes para que llegue a la conclusión de que independientemente de la agresión que motiva las diligencias, ha habido otras semejantes en tiempos cercanos. Este tercer método es el que tiene más importancia actualmente.

Además, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo en su jurisprudencia ha aclarado el contenido de la habitualidad a partir de los criterios que se contienen en el art. 173.3 CP⁶⁴:

a) Número de actos de violencia que resulten acreditados:

Para que el órgano judicial concluya que existe tal habitualidad, debe tener en cuenta, en primer lugar, el número de actos de violencia, tanto física como psíquica, que resulten acreditados. El problema que se puede encontrar aquí es que no se concretan

⁶² PÉREZ RIVAS, N./ DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «Maltrato habitual...», cit., pp. 459-460.

⁶³ PÉREZ RIVAS, N./DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «Maltrato habitual...» cit., p. 460.

⁶⁴ PÉREZ RIVAS, N./DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «Maltrato habitual...» cit., pp. 454-458.

los actos violentos necesarios para configurar el tipo penal, lo que ha dado lugar a dos maneras de interpretar, tal como destaca el Tribunal Supremo.⁶⁵

La primera de ellas es la interpretación formal o criterio aritmético, la cual atiende al número de actos. Se basa en concretar y cuantificar tanto el número de agresiones como el espacio temporal en el que éstas deben producirse para poder apreciar la habitualidad. Según esta interpretación, existe habitualidad cuando tiene lugar la comisión de un mínimo de tres actos violentos.⁶⁶ Anteriormente, los tribunales atendían a este criterio exigiendo tres actos violentos y esta exigencia provenía del artículo 94 CP, el cual exige que se cometan tres o más delitos para considerar que un reo es habitual⁶⁷.

La segunda interpretación es la interpretación material, la cual atiende a la entidad del daño, ya no al número de actos como la anterior. Esta interpretación señala que lo relevante no es el número de actos, sino que la repetición o frecuencia de dichos actos de violencia física o psíquica sea de una entidad que permita al órgano judicial llegar a la conclusión de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.⁶⁸ Y, es esta segunda interpretación, la que finalmente se ha impuesto. Aquí, el criterio consiste en que el juez debe observar que la víctima vive en un estado de agresión permanente y, para ello, deberá comprobar que el agresor ha cometido varios actos violentos, siendo irrelevante el número exacto de actos⁶⁹.

Siguiendo con esta segunda interpretación, el bien jurídico «integridad moral» no se lesionaría únicamente con la suma de actos violentos concretos (tres como mínimo), sino por la creación de un clima de violencia provocado por esa reiteración, que desemboca en un sentimiento de humillación e inferioridad de la o las víctimas del

⁶⁵ STS n.º 27/2019, de 24 de enero: «*La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas.*»

⁶⁶ STS 27/2019, de 24 de enero: «[...] la jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a efectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta.»

⁶⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., p. 288.

⁶⁸ STS 27/2019, de 24 de enero: «[...] Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.»

⁶⁹ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...», cit., pp. 288-289.

mismo. Por lo tanto, según esta interpretación, el número de actos violentos no se puede considerar un indicador de la habitualidad, sino que lo importante es la entidad de dichos actos.⁷⁰

b) Proximidad temporal entre los actos violentos:

El segundo de los elementos para determinar si existe o no habitualidad es la proximidad temporal entre los distintos actos violentos. Este elemento tiene una finalidad y es probar ese carácter permanente y continuo de la situación de violencia en que se desarrolla la relación. Igual que en el elemento anterior, donde la jurisprudencia no exige un determinado número de actos, aquí tampoco exige una determinada proximidad temporal.⁷¹ Esta indeterminación ha sido criticada por algunos autores, como OLMEDO CARDENETE, que critica que la ley no establezca un plazo de tiempo determinado.⁷² No obstante, sí que se exige que los actos tengan un carácter continuado.⁷³ El cómputo viene marcado por el último acto violento por parte del agresor, es decir, en el momento en el que el agresor termina esa conducta violenta.⁷⁴

Es importante determinar el lapso temporal que puede existir entre las diversas agresiones a través de las que se pretende acreditar la habitualidad, es decir, concretar cuándo existe tal proximidad temporal. Sin embargo, ni la ley ni los tribunales han establecido los criterios para determinarla y los pronunciamientos son variados. Así por ejemplo, se ha apreciado en relación con hechos que se han producido en un intervalo de 8 días, mientras que en otros, el marco temporal puede abarcar un mes, dos meses, tres meses, un año, dos años o, tres años.⁷⁵

En definitiva, el hecho de determinar si el lapso temporal entre unas agresiones y otras permiten concluir tal situación, corresponde al órgano judicial. Por último, cabe

⁷⁰ STS n.º 33/2010, de 3 de febrero: «*Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento.*»

⁷¹ STS n.º 1309/2005, de 11 de noviembre: «*Hay que recordar que el tipo no exige un número mínimo de situaciones de maltrato o una determinada proximidad temporal.*»

⁷² OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 105.

⁷³ OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género...» cit., p. 290.

⁷⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 26.

⁷⁵ Así PÉREZ RIVAS, N./DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «Maltrato habitual...», cit., pp. 456-457 con referencias jurisprudenciales.

señalar que el órgano judicial nunca apreciará este elemento, cuando la pluralidad de agresiones se produzca en un único acto de violencia ocurrido en un mismo contexto temporal. De igual manera que, el órgano judicial tampoco apreciará este elemento si los actos son lejanos en el tiempo. Además, tampoco tendrá lugar el delito de violencia habitual cuando se produzcan largas temporadas de convivencia en el respeto mutuo, dado que finaliza el elemento de la habitualidad.⁷⁶

Como conclusión, se puede establecer que para afirmar que existe tal habitualidad, se debe acreditar la existencia de un clima de violencia y dominación. De esta manera, el número de actos violentos concretos que se hayan producido no será un criterio constitutivo de la habitualidad, sino que será un mero indicador de la misma.⁷⁷

3. Tipos agravados

En primer lugar, es importante señalar que la reforma de 2003, no contemplaba la previsión de tipos agravados en el delito de violencia doméstica habitual. Estos tipos agravados se introdujeron a través de dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados⁷⁸.

El delito de maltrato habitual recoge en el mismo artículo 173.2 en su segundo párrafo CP, cuatro tipos agravados. Es importante destacar que no es necesario que concurran habitualmente, sino que basta con que tenga lugar una vez dentro de la situación de maltrato habitual⁷⁹. El delito de violencia habitual puede tener lugar en su modalidad agravada si concurre una de estas situaciones:

- a. Que el delito se perpetre en presencia de menores.

El menor debe formar parte de la unidad familiar en la que el agresor lleve a cabo esa conducta violenta. Esto supone que si el menor es ajeno a la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, no se aplicaría esta agravante⁸⁰. Esta agravante encuentra su justificación en la teoría de la violencia aprendida, la cual sostiene que, si

⁷⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos penales...», cit., p. 484.

⁷⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española...», cit., p. 129.

⁷⁸ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», en *Revista Cuadernos de Política Criminal*, 2^a época, n.º 82, 2004, p. 136.

⁷⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 28.

⁸⁰ GORJÓN BARRANCO, M.^a C., «La tipificación del género en el ámbito penal...», cit., pp. 94-95.

los menores presencian estos actos violentos, en un futuro serán los próximos agresores. Los menores que presencian los actos violentos son víctimas de la “violencia indirecta”, que se conoce así debido a que esos actos afectan a su salud e integridad psíquica. Ello se debe a que el menor aún no ha madurado física y psíquicamente, por lo que dichos actos pueden afectar a su desarrollo psicosocial, concretamente, a su salud psíquica⁸¹.

Esta agravante engloba los casos en los que el menor es espectador del acto constitutivo del delito de violencia habitual, pero también cuando él es la víctima de dicho delito⁸². Basta únicamente un acto en el que el menor haya estado presente o sufrido dicho acto, para que se incurra en este subtipo agravado.⁸³ El menor puede presenciar el acto a través de cualquier sentido, de tal manera que puede ver un acto de violencia física u oír un acto de violencia psíquica⁸⁴.

Es importante destacar, que en este tipo agravado no se menciona a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Además, un dato a tener en cuenta es, que no basta con que la presencia de menores, sino que hace falta que esos menores tengan capacidad para entender el acto que están presenciando⁸⁵.

b. Que el delito se perpetre utilizando armas.

El concepto de armas incluye tanto las armas de fuego como las armas blancas, como pueden ser cuchillos, navajas y puñales. No obstante, no se permiten otros instrumentos que el agresor utilice a modo de arma. Para aplicar esta agravación, basta con que el agresor muestre el arma, de tal manera que se relaciona con la violencia psíquica.⁸⁶

El fundamento de la agravación reside en que el uso de las armas conlleva un riesgo para la salud o vida de la víctima que sufre esa violencia.⁸⁷

En el caso de que se castigue a un sujeto por el delito de violencia habitual con la agravante de utilización de armas, se discute si se podría aplicar también el delito de tenencia ilícita de armas, por el riesgo de que se vulnere el principio non bis in idem. No

⁸¹ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., pp. 138-140.

⁸² CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., p. 142.

⁸³ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., p. 145.

⁸⁴ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., p. 147.

⁸⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 28.

⁸⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 2.

⁸⁷ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., p. 148.

obstante, no se descarta apreciar un concurso de delitos⁸⁸, tal y como se desprende de la Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado: “*Dicha interpretación no conculca el principio non bis in idem. En el caso de la tenencia ilícita dado su carácter de delito de tracto continuado que no requiere de la utilización del arma para su consumación.*”

c. Que el hecho se realice en el domicilio común o en el domicilio de la víctima.

Cuando tiene lugar esta agravante, se pueden dar dos tipos de situaciones: la que se produce en el domicilio que comparten la víctima y el agresor y, la que se produce en el domicilio de la víctima, lo que quiere decir que no vivían juntos. No obstante, la mayoría de los casos se producen en el domicilio común de los sujetos. El fundamento de esta agravación es que los sujetos se encuentran en un espacio cerrado, lo que supone para la víctima una indefensión y para el agresor una facilidad para cometer los actos violentos.⁸⁹

En el segundo caso, el hecho de que no vivan juntos puede ser indicativo de que el agresor no tiene la autorización por parte de la víctima a entrar en su domicilio. Esto quiere decir que el agresor, además del delito de violencia doméstica, también estaría incurriendo en el delito de allanamiento de morada. No obstante, este caso se soluciona a través de las reglas del concurso de delitos. En este caso, la agravante no se fundamenta en el hecho de que se lesiona la intimidad domiciliaria de la víctima, sino que se pone en un peligro mayor su integridad moral⁹⁰.

En resumen, hay que distinguir si el agresor se encuentra en el domicilio por voluntad de la víctima o no. Esta distinción es importante porque en el primer caso, no se considerará allanamiento de morada y, en el segundo caso, se apreciará un concurso entre el maltrato habitual y el allanamiento de morada.⁹¹

Desde otra perspectiva la explicación de esta agravante es que el agresor se asegura la ejecución de los actos de violencia, de tal manera que genera en la víctima menores posibilidades de defensa, huida o auxilio.⁹² No obstante, esta agravante no se

⁸⁸ Sobre esta cuestión véase ESCUCHURI AISA, M.^a E., «Manifestaciones delictivas de la violencia de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova y Rueda (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, p. 278.

⁸⁹ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., pp. 152-153.

⁹⁰ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., p. 155.

⁹¹ ESCUCHURI AISA, M.^a E., «Manifestaciones delictivas de la violencia de género...», cit., p. 279.

⁹² BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 29.

aplica en el caso en que el agresor, desde el exterior, amenaza o insulta a la víctima que se encuentra en el interior del domicilio.⁹³

d. Que los hechos se lleven a cabo quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 (penas de alejamiento).

En este caso el agresor vulnera una de las penas o medidas que tratan de evitar la producción de nuevas agresiones a la víctima durante el proceso o, una vez acabado el mismo⁹⁴. Se considera que la razón de la agravación reside en que el agresor, al quebrantar una de estas medidas, realiza la conducta violenta de tal manera que la víctima no se lo espera. El agresor se aprovecha de la confianza de la víctima en esa orden de alejamiento para cogerla desprevenida.⁹⁵

En este caso, como en el anterior, también se plantean problemas concursales. Ello debido a que el agresor al violar la medida o pena de alejamiento incurre en el delito de quebrantamiento de condena, previsto en el artículo 468.2 CP⁹⁶. La mayor parte de la doctrina considera que en estos casos hay que entender que existe un concurso de leyes que se resuelve aplicando el delito de maltrato del art. 173.2 CP con la agravación⁹⁷.

IV. RELACIONES CONCURSALES CON OTROS DELITOS

Es posible que el delito de maltrato habitual pueda entrar en concurso con otros delitos, que lesionen diferentes bienes jurídicos.⁹⁸ Normalmente, el delito de maltrato habitual entrará en concurso con delitos de lesiones, malos tratos, amenazas o coacciones. No obstante, también se pueden dar casos en los que existe un concurso de delitos con delitos como homicidio, tentativa de homicidio, aborto, injurias, vejaciones,

⁹³ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., pp. 153-154.

⁹⁴ CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados...», cit., p. 157.

⁹⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 29.

⁹⁶ Artículo 468.2 CP: «*Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código 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 artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.*»

⁹⁷ Sobre esta cuestión véase ESCUCHURI AISA, M.^a E., «Manifestaciones delictivas de la violencia de género...», cit., pp. 280-281.

⁹⁸ ARMAZA ARMAZA, E. J., «Torturas...», cit., p. 171.

abusos sexuales, prostitución, corrupción de menores, sustracción de menores, abandono de menores o el incumplimiento de los deberes legales de asistencia entre los familiares⁹⁹.

El propio artículo 173.2 CP señala que se van a aplicar las penas dispuestas para este delito «*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*¹⁰⁰». Esto quiere decir que el maltrato habitual se castiga de forma separada de los resultados de cada acto violento. Además, cabe resaltar que el hecho de que los delitos se castiguen de forma separada se debe a que el bien jurídico protegido en cada uno de ellos es distinto. El delito recogido en el art. 173.2 CP lesiona la integridad moral al realizar una conducta de maltrato de forma habitual mientras que los delitos que se cometen con ocasión de los actos de violencia concretos protegen otros bienes jurídicos (integridad física y la salud, libertad, libertad sexual...), de manera que no se vulnera el principio non bis in idem al aplicar las reglas del concurso de delitos.

El Tribunal Supremo en la STS 364/2016, de 27 abril, también considera que no se vulnera el principio non bis in ídem, de tal manera que establece “El “*non bis in idem*” solo podrá ser invocado en relación con aquellos actos concretos de violencia que hayan integrado la habitualidad de un maltrato anterior ya enjuiciado”.

Los delitos de lesiones o cualquier otro delito que se ha realizado con cada acto de violencia son independientes entre sí. No obstante, todos ellos se relacionan en concurso ideal con el delito del artículo 173.2 CP. Esto significa que todos estos actos independientes se relacionan entre sí por un concurso real y, este concurso real se relaciona con el delito del artículo 173.2 en concurso ideal.¹⁰¹

Como supuesto particular se ha planteado cómo solucionar los casos en que concurre un delito de maltrato habitual en su modalidad agravada (por cometerse en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida

⁹⁹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 191.

¹⁰⁰ Artículo 173.2 in fine Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁰¹ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 33.

cautelar o de seguridad de la misma naturaleza) y el delito de lesiones del art. 153 también en su modalidad agravada. Según la Fiscalía General del Estado: “*No será posible, por vulneración del principio citado (art. 25 CE), que una sola de tales circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173)...*”¹⁰². El problema se plantea a la hora de determinar qué delito castigar en su modalidad agravada y cuál no; a este respecto, la doctrina se ha inclinado por la opción de castigar el delito del 173.2 en su modalidad agravada en concurso con el delito del 153.¹⁰³

Asimismo, cabe preguntarse la relación del delito del 173.2 con el delito de trato degradante recogido en el art. 173.1. En este ámbito se plantea que ambos delitos protegen el mismo bien jurídico y, que el segundo apartado supone una modalidad agravada. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que a pesar de proteger el mismo bien jurídico, hay que tener en cuenta la habitualidad y, es que, en el primer apartado, únicamente se exige un menoscabo grave. Por lo tanto, se puede apreciar un concurso de delitos entre el primer y segundo apartado del artículo 173.¹⁰⁴

Por último, puede concurrir con el delito de obstrucción a la Justicia, en la medida en que el agresor, amenaza o coacciona a la víctima para que retire la denuncia o denuncias que ha impuesto o, para que no las imponga. Aquí también se castigaría por un concurso de delitos entre el maltrato habitual y la obstrucción a la Justicia.¹⁰⁵

Podría llegar a darse el caso de un concurso de delitos de maltrato habitual, de tal manera que, el sujeto activo realiza actos violentos, pero concurriendo una ruptura temporal entre ellos. Esta ruptura temporal haría que no se configuraran todos los actos violentos en un solo delito y hubiera varios delitos de maltrato habitual.¹⁰⁶

¹⁰² Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

¹⁰³ ESCUCHURI AISA, M.^a E., «Manifestaciones delictivas de la violencia de género... », cit., pp. 270-271.

¹⁰⁴ ESCUCHURI AISA, M.^a E., «Manifestaciones delictivas de la violencia de género... », cit., p. 274.

¹⁰⁵ ESCUCHURI AISA, M.^a E., «Manifestaciones delictivas de la violencia de género... », cit., p. 278.

¹⁰⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.^a Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 33.

V. PENALIDAD

Antes de comenzar a estudiar cómo se castiga este delito, es importante tener en cuenta que a pesar de que la víctima dé su consentimiento, no constituye una causa de exclusión de la tipicidad. Además, tampoco excluye la tipicidad el hecho de que la víctima perdone al agresor. Por último, hay que tener en cuenta que este delito va a ser perseguido de oficio, sin necesidad de que la víctima denuncie previamente.¹⁰⁷

El mismo artículo 173.2 CP castiga el delito con una pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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 en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

En relación con la pena de prisión, es destacable que la LO 1/2004, prevé unos programas específicos para los internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género¹⁰⁸. Además, también cabe destacar la libertad condicional¹⁰⁹, que menciona el apartado segundo de dicho artículo.¹¹⁰

La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años no tiene carácter potestativo, sino imperativo, dada la naturaleza del hecho¹¹¹. Es importante tener en cuenta que, el Juez o Tribunal sólo aplicará esta pena cuando el arma constituya el medio comisivo.¹¹²

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 179.

¹⁰⁸ Art. 42.1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: «*La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.*»

¹⁰⁹ Art. 42.2 LOVG: «*Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.*»

¹¹⁰ RUEDA MARTÍN, M.ª Á., «Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova y Rueda (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 287-289.

¹¹¹ DEL ROSAL BLASCO, B., «Ámbito conyugal...», cit., pp. 341-342.

¹¹² RUEDA MARTÍN, M.ª Á., «Modernas tendencias punitivas y preventivas... », cit., p. 289.

El Juez o Tribunal tiene la competencia de valorar la conveniencia, siempre en interés del menor o de la persona necesitada de especial protección, de inhabilitar especialmente para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años al agresor y, por ello, la pena resulta especialmente adecuada, pese a tener un carácter potestativo. La pena consistente en la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento tiene una función y, es que el hecho de ser víctima directa o indirecta de violencia doméstica puede tener unas consecuencias psicológicas graves y, muchas veces, el juez se cuestiona la capacidad del agresor para cuidar a menores o incapaces, de ahí, la inhabilitación. No obstante, el Juez o Tribunal también pueden acordar esta pena no sobre todos los menores que estén a cargo del agresor, sino sobre alguno, tal como prevé el artículo 46 CP¹¹³.

Respecto a esta pena de inhabilitación especial, el hecho de que tenga este carácter facultativo, hace que el Juez o Tribunal la impongan teniendo en cuenta únicamente el interés del menor. De esta forma, pueden darse casos en los que consideren que no es necesaria esta inhabilitación y, en otros casos, sí.¹¹⁴

Además de estas penas, el artículo 173.2 CP establece una aplicación facultativa de la medida de libertad vigilada: «*En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.*» Esta medida puede ser aplicada a los delincuentes semiimputables peligrosos, pero también, puede ser aplicada como medida postpenitenciaria, a los delincuentes imputables cuya peligrosidad haya quedado debidamente acreditada.¹¹⁵ La medida de libertad vigilada se encuentra prevista en el artículo 106 CP.

Además de las penas previstas con carácter principal, también se pueden aplicar penas accesorias, como pueden ser: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial, privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima o a familiares u otras personas que

¹¹³ BOLDOVA PASAMAR, M. Á./RUEDA MARTÍN M.ª Á., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar...», cit., p. 38.

¹¹⁴ RUEDA MARTÍN, M.ª Á., «Modernas tendencias punitivas y preventivas... », cit., p. 290.

¹¹⁵ ARMAZA ARMAZA, E. J., «Torturas...», cit., p. 172.

determine el juez o tribunal y, prohibición de comunicarse con la víctima o con los familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.¹¹⁶

En todo caso, es de obligada imposición la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Esta prohibición, según indica el art. 48, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena. Según el artículo 57.2 CP *«se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior»*.

En caso de que el agresor incumpla esta orden de alejamiento, se detendrá al infractor y, se le castigará por el delito del artículo 468 CP, que recoge el quebrantamiento de condena.¹¹⁷

VI. CONCLUSIONES

El delito de maltrato habitual se inserta dentro de los delitos contra la integridad moral. Si bien inicialmente se discutió sobre el bien jurídico protegido, actualmente la mayoría de la doctrina considera que el bien jurídico protegido lo constituye la integridad moral. También en la jurisprudencia se vincula a la dignidad de la persona y al derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia y en algunas resoluciones se sigue aludiendo a la protección de la paz familiar.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar...», cit., p. 208.

¹¹⁷ AGUERRI ALADRÉN, S., «Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova y Rueda (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, p. 403.

El delito aparece configurado como un delito especial ya que entre el sujeto activo y el sujeto pasivo debe mediar una determinada relación. A grandes rasgos quedan incluidas relaciones conyugales o de afectividad análogas a la conyugal (presentes o pasadas, aunque no haya convivencia); relaciones de parentesco del sujeto activo con el sujeto pasivo o del cónyuge o conviviente con el sujeto pasivo; relaciones tutelares o similares y, más allá del ámbito familiar se menciona a personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La conducta típica consiste en el ejercicio de violencia física y psíquica. La violencia física se podría definir como aquella que produce un daño en el cuerpo o salud física de la víctima. Sin embargo, la dificultad viene a la hora de definir la violencia psíquica. Hay que recordar que en la primera redacción de este delito, no se aludía a este tipo de violencia. La violencia psíquica podría definirse como cualquier agresión realizada sin contacto físico, a la víctima. Sin embargo, los actos que engloba este tipo de delitos son muy diversos, ya que pueden cometerse a través de acciones u omisiones, como podrían ser insultos o simplemente ignorándola. En cualquier caso lo que caracteriza al delito es que mediante la realización de actos de violencia física o psíquica el agresor va a crear un clima de violencia y angustia para la víctima, que va a desembocar en un sentimiento de humillación de la misma.

Lo anterior tiene que ver precisamente con la exigencia de habitualidad, que constituye otro de los elementos definitorios del delito. En este punto, también ha habido muchas discrepancias en la jurisprudencia, en cuanto a cómo determinar la habitualidad. Si bien el Código facilita dos criterios para determinar la habitualidad (el número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos) estos parámetros se han concretado de forma distinta a lo largo del tiempo. Inicialmente se consideró que eran necesarios un mínimo de tres, pero ahora se incide en que lo relevante no es el número de actos, sino que la repetición o frecuencia de dichos actos de violencia física o psíquica sea de una entidad que permita al órgano judicial llegar a la conclusión de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Asimismo, plantea problemas la determinación de la proximidad temporal de los actos y en la jurisprudencia se encuentran pronunciamientos diversos.

En la actualidad, tanto la violencia doméstica como la de género se perciben como un problema social y, ante este problema, contamos con tres niveles de prevención, que son prevención general, prevención especial y, prevención comunitaria. Estos niveles de prevención se podrían resumir en evitar, detectar y corregir.

- Prevención general: aquí el delito todavía no se ha cometido. El objetivo de este tipo de prevención es reducir la probabilidad de que se cometan estos actos de violencia. En este nivel se pretende un cambio de los valores sociales tradicionales y el fomento de principios igualitarios que permitan la creación de unas relaciones no violentas¹¹⁸. Para ello, se trata de intimidar al agresor a través de la pena, respetando siempre los principios que rigen el derecho.

- Prevención especial: en este nivel de protección, el delito ya se ha cometido. Se trata de ayudar y asesorar a la víctima y, estudiar el origen y las causas para tratar de conseguir una detección temprana¹¹⁹. El agresor es castigado y, se espera que, al tener ya una pena, evitará cometer un nuevo delito para no ser otra vez castigado.

- Prevención comunitaria: se trata de poner servicios y recursos de atención y asistencia a las víctimas de violencia doméstica¹²⁰. En este nivel, se establecen redes de apoyo con el objetivo de conseguir una mayor sensibilización en la población, solidaridad y apoyo.

¹¹⁸ FUNDACIÓN MUJERES GUIOMAR MONTES ROMÁN, *Guía de intervención integral contra la violencia de género*, Instituto de la Mujer, Castilla-La Mancha, 2008, pp. 13-14.

¹¹⁹ FUNDACIÓN MUJERES GUIOMAR MONTES ROMÁN, *Guía intervención integral...*, cit., p. 15.

¹²⁰ FUNDACIÓN MUJERES GUIOMAR MONTES ROMÁN, *Guía intervención integral...*, cit., p. 16.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUERRI ALADRÉN, S., «Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova y Rueda (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 391-403.

ALASTUEY DOBÓN, C./ ESCUCHURI AISA, E., «La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: De la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género a la reforma del Código penal de 2015», *Revista de Derecho penal*, n.º 23, 2015.

ARMAZA ARMAZA, E. J., «Las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Derecho Penal Parte Especial Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Romeo, Sola y Boldova (Coords.), Ed. Comares S.L., Albolote (Granada), 2016.

AROCA MONTOLÍO, A., «La violencia filio-parental: un análisis de sus claves», en *Revista Anales de Psicología*, vol. 30, n.º 1, 2014, pp. 157-170.

BOLEA BARDÓN, C., «Integridad moral (173.2)», en *Derecho Penal. Parte Especial*, Corcoy (dir.) y Vera (coord.), t. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2015.

BOLEA BARDÓN, C., «En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02 (2007).

BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN M^a. A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 14, 2004, pp. 11-58.

CRUZ BLANCA, M.^a J., «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», en *Revista Cuadernos de Política Criminal*, 2^a época, n.º 82, 2004, pp. 131-162.

DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en *Encuentros violencia doméstica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 457-526.

DEL ROSAL BLASCO, B., «La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: legislación vigente y propuesta de reforma», en *Congreso Violencia Doméstica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

ESCUCHURI AISA, M.^a E., «Manifestaciones delictivas de la violencia de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova y Rueda (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 259-281.

FLORES MENDOZA F., «La tipicidad», en *Derecho Penal Parte General «Introducción teoría jurídica del delito»* Romeo, Sola y Boldova (Coords.), 2.^a ed., Ed. Comares, Albolote (Granada), 2016.

GORJÓN BARRANCO, M.^a C., *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, 2013.

FUNDACIÓN MUJERES GUIOMAR MONTES ROMÁN, *Guía de intervención integral contra la violencia de género*, Instituto de la Mujer, Castilla – La Mancha, 2008.

GARRIDO GENOVÉS, V., «Hijos maltratadores. ¿Qué es el síndrome del emperador?», en *Revista Crítica*, n.º 964, 2009, pp. 66 a 71.

LORENZO SALGADO, J. M., «El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico y asimilado», en *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal y procesal: adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*, Vázquez – Portomeñe Seijas, F. (dir.), Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, pp. 179 -214.

MAQUEDA ABREU, M^a. L., «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08-02, 2006.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «El delito de violencia doméstica habitual (Artículo 173.2 del Código Penal)», en *La reforma penal en torno a la violencia de género doméstica y de género*, Boldova y Rueda (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 69-101.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 Código Penal)», en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, 2010, pp. 95-146.

OLAIZOLA NOGALES, I. «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 30, 2010, pp. 269-316.

OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.

PÉREZ RIVAS, N./ DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «El maltrato habitual: características sociodemográficas, penales y criminológicas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 16, 2016, pp. 441-474.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Violencia en el ámbito familiar», en *Teoría y práctica de la investigación criminal*, Collado (coord.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010.

RUEDA MARTÍN, M^a. Á., «Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova y Rueda (coords.), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 283-305.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.