

LA HABITUALIDAD EN EL DELITO DE MALTRATO

PATRICIA VILÁN LORENZO

Letrada

ÍNDICE: I.- DEFINICIÓN DE HABITUALIDAD. II.- INTRODUCCIÓN: La tortura contemporánea, factores que confluyen en su práctica. III.- EN LA DOCTRINA CRIMINOLÓGICA: 1) TIPOLOGÍA DE MALTRATADORES. 2) FACTORES DE RIESGO. a) Desarrollo evolutivo del maltratador. b) Transmisión intergeneracional de la violencia. c) Psicopatologías. 3) EL EPISODIO VIOLENTO COMO UNIDAD DE ANÁLISIS: MOTIVACIONES. IV.- LA HABITUALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL: 1) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 2) REGULACIÓN DEL MALTRATO. 3) SISTEMÁTICA. 4) SUJETOS. 5) CONDUCTA TÍPICA. 6) LA HABITUALIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO SEGÚN LA DOCTRINA PENAL. V.- ESTUDIO JURISPRUDENCIAL. VI.- CONCLUSIONES

I.- DEFINICIÓN DE HABITUALIDAD

BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN ¹ definen la habitualidad, en el ámbito de los delitos de malos tratos, como la inclinación del hombre a la reiteración del ejercicio de actos violentos. Sobre si es cierta o no esa definición versa el presente trabajo.

¹ BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, "El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar", Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 2004, pág. 24.

II.- INTRODUCCIÓN: La tortura contemporánea, factores que confluyen en su práctica.

Debemos hablar de la tortura en primer lugar porque no se puede negar que existe una íntima vinculación entre el delito de malos tratos y la tortura, pese a que se trata de figuras diferentes -lo veremos más adelante- y así entiende esa vinculación nuestro Código Penal, cuando regula esa figura delictiva dentro del Título VII, denominándolo "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral". Por esa razón es necesario analizar la tortura en primer lugar. Ha existido desde los albores de la humanidad, pero hoy, y fundamentalmente desde el comienzo del siglo XX, busca técnicas que provoquen graves sufrimientos en el sujeto pasivo, pero que le dejen las menores huellas posibles. El torturador busca la reducción a la nada de la víctima, rompiendo su equilibrio emocional y utilizando más la tortura psicológica que la física, pues por aquella se consigue el sufrimiento de la víctima y su ocultación. Es en ese sentido porque RODRÍGUEZ MESA ² cita a FERNANDO SAVATER³, cuando dice que "torturar no es destruir, sino construir de nuevo y de otra forma".

En cuanto a los factores que pueden confluír en la práctica de la tortura, la autora citada destaca los siguientes:

Factores individuales, es decir, si la tortura se explica exclusivamente desde factores intrínsecos a la personalidad del sujeto que la utiliza. La Criminología actual mayoritaria entiende que no son exclusivos, puesto que las motivaciones del torturador están influenciadas por el "medio ambiente" en el que vive, así como el elemento esencial que es el aprendizaje de la conducta agresiva.

Factores políticos, socio-económicos y culturales. Reconoce RODRÍGUEZ MESA que es cierto que influyen los factores políticos -se tortura más en regímenes no democráticos que en los que tienen instaurada la democracia, siendo la proporción de un 84% frente a un 25%- , y los socio-económicos, entre los que se pueden incluir los culturales -y así, la tortura se practica en el 84% de los países poco desarrollados, frente al 31% de los desarrollados-.

Por último, y según ya ha sido adelantado, es necesario indicar que esta autora considera conceptos distintos la tortura y los tratos degradantes -ambos mencionados en el artículo 15 de nuestra Constitución-, puesto que el sufrimiento provocado por la tortura es mayor que el de los tratos inhumanos o degradantes y aquella tiene una finalidad especial

² RODRÍGUEZ MESA, "Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos", Editorial Comares, Granada, 2000, índice y págs. 27 y ss., 80 y 81, 102 y 104 y ss.

³ FERNANDO SAVATER, en la obra de RODRÍGUEZ MESA, ob. cit., pág. 31.

de la que carecen los otros dos. Así, de la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 18 de enero de 1979, del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 1998 y del Tribunal Constitucional, de 22 de mayo de 1986, entre otras) se desprende que trato degradante es aquél que crea en la víctima sentimientos de terror, angustia e inferioridad susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar su resistencia física o moral.

Y tres son los requisitos esenciales para poder hablar de la existencia de un delito contra la integridad moral, un delito de maltrato, cuales son:

- Los padecimientos físicos o psíquicos vejatorios que sufre la víctima.
- Que la conducta del maltratador tenga como finalidad doblegar y vejar la voluntad de la víctima.
- Y que aquélla origine un especial sufrimiento o humillación.

En la actualidad, los malos tratos ya no son una modalidad atenuada de la tortura -postura que era defendida tradicionalmente por la doctrina-, sino conceptos diferentes, puesto que la primera de ellas, tal y como indicó la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1975, no tiene que comportar necesariamente las notas de vejación y humillación propias del maltrato.

A mayor abundamiento, y según también el criterio de RODRÍGUEZ MESA, los conceptos de tratos inhumanos o degradantes también son diferentes: Hay trato inhumano cuando se inflige un sufrimiento de elevada intensidad y trato degradante cuando se trata al sujeto por debajo de su condición de persona. Nuestra Constitución, en el ya citado artículo 15, establece que "nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes", y pese a que el Tribunal Supremo ha entendido que se protege el derecho a no ser torturado, la autora citada dice que parece que la conducta se prohíbe por afectar a la integridad física y moral, con lo que lo que se está protegiendo, en realidad, es el derecho a la integridad personal, consustancial al hecho de vivir física y moralmente con integridad. Según esta autora, la expresión "en ningún caso" que el propio precepto recoge ha planteado dos posiciones en la doctrina: La de aquéllos que consideran que la prohibición se podría derogar en casos excepcionales o de guerra y la de aquellos otros -mayoritarios, y entre los que se incluye- que no admiten para la tortura ningún tipo de excusa jurídica, incluidas las causas de justificación del Código Penal.

III.- EN LA DOCTRINA CRIMINOLÓGICA:

1) TIPOLOGÍA DE MALTRATADORES.

Para averiguar si la habitualidad es o no la inclinación del hombre a la reiteración del ejercicio de actos violentos, debemos analizar los tipos de maltratadores que existen, siguiendo para ello a MEDINA ARIZA ⁴, quien cita la clasificación que HOLTZWORTH y STUART ⁵ presentaron en el año 1994 sobre aquéllos, distinguiendo entre:

1º.- Los que lo son tan sólo dentro del hogar, que podrían representar el 50% de ellos, y que serían los menos violentos y sin ningún tipo de desorden de la personalidad. La violencia de estos hombres sería el resultado de su poca habilidad de comunicación, su dependencia y/o preocupación por sus mujeres y problemas leves de impulsividad.

2º.- Los maltratadores límite, que podrían representar del 25% de ellos, que ejercen su violencia también en el ámbito familiar y que serían los más psicológicamente alterados, con frecuentes problemas de abusos de alcohol y drogas. Los autores citados creen que estos hombres desarrollan tales actitudes y tiene un excesivo grado de dependencia de sus mujeres por haber sufrido abuso o abandono cuando eran niños en sus familias de origen, teniendo además actitudes negativas hacia las mujeres en general, por lo que no suelen tener muchos remordimientos.

3º.- Los violentos en general, que serían el 25% de todos los maltratadores, que ejercen la violencia de forma severa, incluidos los abusos psicológico y sexual. Suelen tener historial delictivo y presentar problemas con el alcohol y las drogas, serían los más inclinados a presentar desórdenes de personalidad y los que tendrían una carga genética más fuerte hacia la agresividad, dando muy poca importancia a sus relaciones de pareja, probablemente por abuso o abandono durante su infancia. Además, para ellos la violencia sería una respuesta normal a la provocación recibida. Según estos autores, parece que sólo en el caso de estos maltratadores se podría hablar de un origen genético del ejercicio de la violencia.

De opinión claramente contraria es LORENTE ACOSTA ⁵, quien opina que, para los intereses de la sociedad, es mejor creer que la violencia contra las mujeres se debe a la marginalidad y a determinadas circunstancias asentadas sobre ella, como el alcohol, drogas o el nivel socio-cultural bajo, ya que esa misma sociedad no puede aceptar que la violencia se esté ejercitando para mantener controlada y sometida a la mitad de la población, es decir,

⁴ MEDINA ARIZA cita a HOLTZWORTH y STUART, "Violencia contra la mujer en la pareja, Investigación comparada y situación en España", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 259 y 260.

⁵ LORENTE ACOSTA, "El rompecabezas, Anatomía del maltratador", Editorial Ares y Mares, Barcelona, 2004, pág. 39-52.

a las mujeres. Ésa es la razón de que parezca siempre que las agresiones se producen en ambientes marginales y por parte de personas marginadas, de forma que la conclusión no sería otra que afirmar que esa violencia no es un problema de la sociedad, sino de determinados hombres, y de los ambientes marginales, ambos fuera de las normas sociales. Pero lo cierto es que, según este autor, la violencia contra la mujer se da por igual en todas las clases sociales, sin que exista ninguna relación directa entre la agresión y el consumo de sustancias tóxicas, de forma que la agresión a la mujer es una forma de perpetuar la desigualdad y el reparto de roles entre hombres y mujeres -si no, ¿por qué no se ha puesto en marcha ningún programa específico dirigido a esos grupos marginales y así prevenir o solucionar el problema?-.

Por otro lado, entiende LORENTE ACOSTA que no existe un perfil del agresor, no hay trastornos de la personalidad o patologías que den lugar a un determinado tipo de agresor, sino que lo que existen son formas de agresión en las que se ven relacionadas la personalidad del mismo y sus valores (lo que él llama su historia psico-biográfica), el contexto socio-cultural de aquél y su víctima y las propias circunstancias del hecho. Según este autor, sin negar la base biológica de la agresividad y que existen determinadas alteraciones que generan más agresividad, los argumentos de base biológica que se han utilizado para justificar la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja han malinterpretado el componente genético del macho de una especie que, creemos, se debe diferenciar de las demás por la inteligencia, la conciencia y la razón. Todos los maltratadores necesitan el control de la mujer, pero cada uno de ellos lo hace por distintos motivos y con formas de agresión distintas, aunque todos son conscientes de lo que están haciendo, destinan su conducta a un objetivo concreto, mantienen el control de la situación y son capaces de responsabilizar a la mujer de lo ocurrido -MEDINA ARIZA ⁶ es de la misma opinión-. Además, incluso esas formas de agresión van variando a lo largo del tiempo y según las circunstancias, puesto que el control sólo se consigue si los motivos de la agresión y sus circunstancias cambian, y así se anula completamente a la mujer, quien no puede actuar para evitar un nuevo conflicto, pues no sabe ni cuándo, ni cómo, ni por qué se va a producir, de forma que así vivirá en un estado de ansiedad y alerta permanentes, aumentando entonces su deterioro psicológico.

2) FACTORES DE RIESGO.

a) Desarrollo evolutivo del maltratador.

Uno de los factores estudiados ha sido, según MEDINA ARIZA ⁷, si puede existir o no relación entre la agresión en el hogar y fuera del mismo durante la infancia y la adolescen-

⁶ MEDINA ARIZA, ob. cit., págs. 232-237.

⁷ MEDINA ARIZA, ob. cit., págs 165-168.

cia, llegando LOEBER y STOUTHAMER-LOEBER ⁸ a la conclusión de que los niños que se comportan de forma agresiva dentro y fuera del hogar son los que presentan una trayectoria más problemática. Estos mismos autores, en un estudio con 250 chicos de Oregón, establecieron las tres condiciones para que un niño sea agresor de niñas, y que son:

- Que los padres presenten déficits en habilidades parentales.
- Que el niño tenga modelos femeninos en su familia para practicar la agresión.
- Que los valores de la familia pongan a los hombres en una posición de superioridad respecto de las mujeres.

En 1994, FARRINGTON ⁹ sugirió la existencia de un desarrollo evolutivo particular de los maltratadores, ya que, aunque no toda forma de comportamiento agresivo durante la adolescencia estaría asociado al maltrato, eran antisociales y con pobres antecedentes evolutivos -es decir, con una pobre relación con su padre y con su madre-, además de tener especiales problemas de relaciones con todo tipo de personas.

Por último, MOFFIT ¹⁰ y sus colaboradores se centraron en cuatro grandes áreas, dentro de un período de edades entre los siete y los quince años:

- Los recursos socio-económicos de la familia.
- La estructura de aquella.
- La inteligencia y el desarrollo educativo e intelectual de los niños.
- Y las conductas problemáticas, es decir, problemas de conducta, hiperactividad, desorden conductual y detenciones.

El análisis que estos autores hicieron de estas cuatro variables y los actos de abuso en la pareja cometidos por hombres dio como resultado que los niños expuestos a relaciones paternas violentas, con escaso desarrollo educativo y con bajo estatus socio-económico estaban sometidos a un mayor riesgo de ser violentos con sus parejas en el futuro.

⁸ LOEBER y STOUTHAMER-LOEBER, en la obra de MEDINA ARIZA, ob. cit., págs. 165 y 166.

⁹ FARRINGTON, *ibidem*, pág. 168.

¹⁰ MOFFIT, *ibidem*, pág. 168.

b) Transmisión intergeneracional de la violencia.

Otro de los factores más estudiados ha sido el de si existe o no influencia de las relaciones paternas violentas durante la infancia, es decir, si resultaría de influencia que los maltratadores hubiesen sido víctimas de maltrato infantil, abandono por parte de sus padres o que hubiesen observado comportamientos violentos en aquéllos durante su infancia. La mayoría de los estudios realizados, según MEDINA ARIZA ¹¹, siguen a ALBERT BANDURA y su teoría de que la transmisión intergeneracional de la violencia se lleva a cabo mediante un proceso de aprendizaje basado en la observación e imitación del comportamiento agresivo de otras personas, fundamentalmente durante la infancia. Pero el primero de estos dos autores opina que en la violencia contra la mujer debe considerarse la influencia combinada de varios factores, tales como la mala situación socio-económica, la débil vinculación entre padres e hijos, el escaso éxito en la escuela y el haber crecido en un barrio violento.

c) Psicopatologías.

Por último, y en cuanto al último de los posibles factores de influencia, en la actualidad, fundamentalmente desde trabajos criminológicos de la era de los 90, y aun aceptando que existen rasgos de la personalidad relevantes a la hora de comprender el maltrato -como los desórdenes de personalidad de los maltratadores-, según entiende MEDINA ARIZA ¹², hay también factores sociales y culturales importantes, y es desde este punto de vista global desde donde deben ser analizadas las psicopatologías, que, según este autor, son las siguientes:

- Trastornos de personalidad límite, celos y dependencia. Cita este autor a DONALD DUTTON ¹³ cuando dice que, en muchos casos, la violencia es el resultado de una personalidad límite, una vinculación insegura y unos celos patológicos, puesto que el hombre violento tiene miedo a ser abandonado.

- Alcoholismo. Aunque existe una relación entre alcoholismo y maltrato, siguiendo a JACOBSON y GOTTMAN ¹⁴, es una relación compleja, puesto que la mayoría de los maltratadores no son alcohólicos, los maltratadores alcohólicos no sólo maltratan a sus mujeres bajo la influencia del alcohol y la mayoría de los alcohólicos no maltrata a sus mujeres. Por eso concluye en que el alcoholismo no es la causa del maltrato, aunque sí uno de los factores causales del mismo.

¹¹ MEDINA ARIZA cita a ALBERT BANDURA, ob. cit., págs 172-182.

¹² MEDINA ARIZA, ob. cit., págs. 248-258.

¹³ DONALD DUTTON, *ibidem*, págs. 252-254.

¹⁴ JACOBSON y GOTTMAN, *ibidem*, pág. 255.

- Deficiencias en las facultades intelectivas, incluyendo en ellas el razonamiento moral, la resolución de problemas, la empatía, la impulsividad, el pensamiento crítico, el razonamiento abstracto y la capacidad de elección. Y ello porque algunos autores han sugerido que los maridos violentos pueden ser personas con deficiencias en habilidades de comunicación y empatía, de forma que usarían la violencia por su inhabilidad para la resolución de problemas. Según MEDINA ARIZA ¹⁵, aunque muchos autores definen al maltratador como una persona con problemas de impulsividad y bajo autocontrol, hay pocos estudios que hayan examinado esta cuestión empíricamente, además de que desconocen el contexto cultural en que se produce la violencia contra la mujer.

3) EL EPISODIO VIOLENTO COMO UNIDAD DE ANÁLISIS: MOTIVACIONES.

Es decir, ¿es posible encontrar motivaciones al maltrato contra las mujeres?

Dentro de la Criminología contemporánea, las tradicionales teorías de la criminalidad buscaban el porqué de la tendencia de determinadas personas a cometer delitos, mientras que las modernas teorías del delito se han centrado en analizar el evento delictivo como una unidad, explicando, no ya las tendencias criminales, sino dónde, cuándo y en qué circunstancias las personas antes mencionadas cometen sus delitos. Así, se ha llegado a la conclusión de que el delito ocurre en lugares y momentos particulares y que determinadas personas son especialmente vulnerables para convertirse en sujetos activo y pasivo del mismo. Según MEDINA ARIZA, todas las modernas teorías del delito coinciden en que éste se concentra en determinados lugares y tiempos por las oportunidades de comisión de los mismos. En tal sentido, cita a COHEN y FELSON ¹⁶, quienes exigen, para que haya un delito en general, que concurran un delincuente motivado, es decir, cualquier persona; un objetivo vulnerable y tentador y la falta de un guardián que evite el delito.

Ya respecto de la conducta violenta contra la mujer, cita a ECHEBURÚA ¹⁷, quien entiende que es el resultado de un estado emocional de ira, hostilidad, deficiencia en habilidades de comunicación y unos factores precipitantes que concurren en el maltratador. En cambio, otros autores, como el ya mencionado ALBERT BANDURA ¹⁸, han criticado esta teoría, no aceptan la hipótesis de frustración-agresión y defienden una postura racional de la violencia contra las mujeres, entendiendo que tiene carácter instrumental, busca una finalidad, es una acción racional, hipótesis que entronca con la teoría penal del finalismo.

¹⁵ MEDINA ARIZA, ob. cit., págs. 124-158.

¹⁶ COHEN y FELSON, en la obra de MEDINA ARIZA, ob. cit., pág. 124.

¹⁷ ECHEBURÚA, *ibidem*, pág. 127.

¹⁸ ALBERT BANDURA, *ibidem*, pág. 127.

De esta opinión son:

- RICHARD GELLES¹⁹ afirma que los hombres son violentos en el hogar cuando calculan que los costes de la violencia no exceden de la recompensa que van a obtener con ella y que la usan cuando no existen patrones sociales efectivos que la condenen o la eviten.

Según este autor, en esa relación entre costes y violencia influirían tres elementos relevantes:

a) Las diferencias sociales y biológicas entre hombres y mujeres.

b) El ámbito privado que supone el hogar y que reduce la intervención de terceras personas.

c) La masculinidad y el machismo imperantes en la sociedad.

- RUSSELL y DOBASH²⁰, quienes entienden que la violencia no puede ser una forma de desviación en los hombres, sino un acto intencional con unos fines determinados y enraizados en la vida cotidiana, puesto que, en caso contrario, simplemente habría que preocuparse por las desviaciones.

WALKER²¹ resulta interesante por haber estudiado las etapas del ciclo de la violencia -aunque ella misma reconoció que estas etapas no se dan siempre-, y que son:

1ª) La del aumento de la tensión, en la que el maltratador expresa algo de hostilidad e insatisfacción y la mujer intenta evitar la ira de aquél haciendo lo que cree que le agradará.

2ª) La de explosión de la violencia, que siempre es inevitable, y en la que el maltratador hiere severamente a la mujer hasta que ya no puede golpear más -parece que esta autora acepta las teorías de la frustración-agresión-.

3ª) La de descompresión y perdón, con arrepentimiento incluido e intención del maltratador de convencer a su pareja y a terceras personas que conocen la situación de que la violencia no se va a repetir en el futuro. Esta tercera fase confunde a la víctima, pero no evita que el ciclo vuelva a empezar.

¹⁹ RICHARD GELLES, en la obra de MEDINA ARIZA, ob. cit., pág. 131.

²⁰ RUSSELL y DOBASH, *ibidem*, pág. 132.

²¹ WALKER, *ibidem*, págs. 134 y ss.

Ya en el terreno de la práctica con maltratadores, deben destacarse los trabajos, en primer lugar, de DOBASH y DOBASH ²², quienes, respecto de las causas que podrían generar esa violencia, indicaron que, de sus entrevistas con maltratadores, las fuentes de conflicto más habituales eran los celos y una dependencia excesiva por parte del marido, las discusiones sobre la tareas domésticas, la cantidad de sexo en la relación, los hijos, el dinero y la importancia que esos hombres dan al mantenimiento del poder y la autoridad sobre sus mujeres.

MEDINA ARIZA ²³-, entre las justificaciones que los maltratadores dieron a sus entrevistadores, considera que deben ser analizadas, por ser el mayor número- las siguientes:

a) La presencia del alcohol. Aunque entre la doctrina existe un consenso bastante extendido sobre la relación entre alcohol y delincuencia en general, según entiende MEDINA ARIZA, todavía se discute cómo se puede explicar esta relación. Así, cita a PERNANEN²⁴, quien señala que muy pocos autores creen hoy en las teorías que defienden que el alcohol reduce las inhibiciones y que los seres humanos tienen una tendencia reprimida a comportarse de forma agresiva; por el contrario, la mayoría de los investigadores rechazan que exista un instinto agresivo en el ser humano, entendiendo que los sujetos intoxicados por el alcohol usan los mismos medios cognitivos que tienen cuando no beben y admiten que el alcohol altera los procesos causales que también están presentes cuando tales sujetos están sobrios, sin olvidar que hay que tener presente el contexto social en que ocurre el acto violento y las motivaciones del sujeto que lo produce. En esa misma línea, STEELE ²⁵ mantiene que el alcohol produce dos efectos:

- Limita la información que la persona que ha bebido percibe en una situación determinada, de forma que no hace caso a otra información también importante.

- Reduce su habilidad para procesar dicha información.

En esa misma línea, y ya en el ámbito de la violencia contra las mujeres, y según LEONARD ²⁶, entre los hombres con más de un episodio violento, sólo unos pocos se comportan violentamente sólo cuando beben.

²² DOBASH y DOBASH , *ibidem*, págs. 136 y ss.

²³ MEDINA ARIZA, ob. cit., pág. 144.

²⁴ PERNANEN, en la obra de MEDINA ARIZA, ob. cit., pág. 146.

²⁵ STEELE, *ibidem*, pág. 149.

²⁶ LEONARD, *ibidem*, pág. 150.

b) El papel de las armas. Según BERKOWITZ ²⁷, la mera presencia de armas en una determinada situación puede estimular al maltratador a actuar de forma más agresiva que si no hubiese armas. Pero MEDINA ARIZA considera que el papel de las armas no es tan simple como indica BERKOWITZ, aunque es cierto que facilitan la realización del delito que provocan una violencia más letal.

c) Las terceras partes. En el caso de la violencia sobre las mujeres, que suele producirse en ámbitos privados, se reduce la intervención de terceros y también la posibilidad de un control social sobre ella, lo que quizá sea la causa de la severidad que se produce en las lesiones, aunque en la mayoría de las agresiones -58%, según DOBASH y DOBASH ²⁸- los hijos de la pareja están presentes, lo que no significa que se reduzcan los episodios violentos.

IV.- LA HABITUALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL:

1) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Para CONDE-PUMPIDO ²⁹, no es el bien jurídico protegido por este precepto cuestión pacífica en la doctrina. Descartando que se trate de un delito contra las relaciones familiares o que proteja la dignidad de la persona en el seno de la familia, lo considera una figura agravada de la falta de malos tratos, elevada a la categoría de delito en base a la habitualidad de la conducta, con lo que el bien jurídico protegido no sólo será la dignidad de la persona, sino también la integridad y la salud personal.

NÚÑEZ CASTAÑO ³⁰ considera que se está protegiendo el bien jurídico de la integridad moral -de la misma opinión son TAMARIT SUMALLA, BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, según veremos-, infligiendo al sujeto pasivo un sentimiento de humillación o vejación a través de la violencia psíquica, y entendida la integridad moral como el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno y ver respetadas su voluntad y libertad. Pero esta profesora cree que esos ataques contra la integridad moral se protegían ya con el antiguo artículo 173 -hoy 173.1-; así, si ese clima de violencia desembocase en la ejecución de un resultado lesivo distinto del ataque contra la integridad moral, se castigaría conforme a los distintos tipos delictivos afectados, de acuerdo con la cláusula del artículo 177 del Código Penal. De ello se desprende

²⁷ BERKOWITZ, *ibidem*, págs. 150-151.

²⁸ DOBASH y DOBASH, en la obra de MEDINA ARIZA, ob. cit., pág. 482.

²⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director), "CP comentado", Editorial Bosch, Barcelona, 2004, pág. 482.

³⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, "El delito de malos tratos: una reforma anunciada", conferencia impartida en el III Congreso sobre los malos tratos, Marbella, 2003, págs. 11 y 12 de la ponencia.

que el legislador ha creado un tipo penal basado en el plus de desvalor que radica en la habitualidad de los comportamientos realizados y en los vínculos entre los sujetos implicados, pero hubiese sido suficiente con establecer circunstancias agravantes, genéricas o específicas, para cada una de las figuras delictivas que pudiesen verse implicadas.

Según OLMEDO CARDENETE ³¹, la integridad moral es un derecho fundamental esencial de que la persona tiene una dimensión espiritual, y que se ve menoscabada cuando aquélla es tratada como un objeto.

RODRÍGUEZ MESA ³² considera que el bien jurídico protegido por todo el Título VII del Código Penal es la integridad personal, recogido en el artículo 15 de nuestra Constitución para tutelar todos aquellos elementos que componen la personalidad humana. Así, la integridad física y la moral forman el concepto de integridad personal protegido, al fin, por nuestra Norma Fundamental. Ese bien jurídico es, por tanto, un derecho fundamental, un derecho subjetivo válido en las relaciones entre particulares y un elemento esencial del ordenamiento jurídico, precisamente, por su carácter de derecho fundamental. Esta autora entiende que, siendo un derecho de la personalidad, es inherente a la persona y absolutamente indisponible o, lo que es lo mismo, no susceptible de renuncia. Por otro lado, esa integridad, considera la autora que no es más que el conjunto de facultades que constituyen la esencia de la persona, su integridad anímica o espiritual, es una realidad perteneciente a la esfera más íntima de la persona y necesaria para conseguir la libertad moral -o la meta a lograr por cada individuo-. Así, el contenido de la integridad moral consiste en la inviolabilidad de la conciencia y en el respeto a la condición de persona que tienen todos los seres humanos, lo que impide que puedan ser degradados. Dado el principio de intervención mínima que rige para nuestro sistema penal, la integridad moral sólo se protege frente a la tortura y los tratos degradantes -así, el artículo 173 del Código Penal-. Según lo ya expuesto, si la integridad moral consiste en la inviolabilidad de la conciencia y el derecho a recibir un trato acorde a la condición de ser humano, con la inviolabilidad de la conciencia se protegería la libertad para tomar decisiones y para ponerlas en práctica, de forma que el artículo 173 del Código Penal se limita a los comportamientos dirigidos a doblegar la voluntad del sujeto y a causarle una vejación a través de un trato degradante. Así, el derecho a la integridad moral es el derecho de todo ser humano al equilibrio físico y psíquico necesario para lograr su desarrollo como persona, de forma que la salud y la integridad física quedarían excluidas del concepto aquí manejado y resultan penadas separadamente, según el criterio del artículo 177 del Código Penal.

³¹ OLMEDO CARDENETE, en el libro de COBO DEL ROSAL, "Comentarios al CP, Tomo I", Editorial Edersa, Madrid, 1999, págs. 444-463.

³² RODRÍGUEZ MESA, ob. cit., págs. 144 y ss. y 177 y ss.

RODRÍGUEZ MESA recoge en su trabajo las dos teorías sobre la delimitación de este bien jurídico, que son:

- La de aquellos autores que opinan que la integridad moral es igual a la integridad física, como RODRÍGUEZ MOURULLO³³, quien dice que la integridad moral consiste en no ser atacado en la integridad física ni en la salud física y mental. Su postura es criticada por RODRÍGUEZ MESA porque utiliza un concepto de integridad moral demasiado restrictivo; así, si la Constitución lo ha reconocido al margen de la integridad física es porque con él se protege algo más que con aquélla, aparte de que implica algo más que lo meramente psicológico, pues garantiza todo el aspecto anímico de la persona y, si la voluntad del legislador hubiese sido la que plantea RODRÍGUEZ MOURULLO, habría utilizado el término "psíquico" o "mental".

- La que aquellos autores que entienden que la integridad moral se conecta con los aspectos más esenciales del ser humano, incluida la dignidad, recogida también en la Constitución, en su artículo 10, y que se sustenta como la base de los derechos personalísimos, inherente a todos ellos. Así, nuestro Tribunal Constitucional define la integridad moral como el derecho a la no intervención no consentida en el espíritu de una persona y conectada con la dignidad, aún siendo derechos distintos, pues la dignidad es un concepto más amplio que la integridad moral.

2) REGULACIÓN DEL MALTRATO.

El Código Penal, en el artículo 173.2, castiga el delito de maltrato habitual, en concreto, al que habitualmente ejerza violencia psíquica y física 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, aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos, menores o incapaces que con él convivan o sujetos a su potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, 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 están sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Incrementa la pena cuando el delito se perpetre en presencia de menores, utilizando armas o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o se realice quebrantando alguna de las penas del artículo 48 del Código Penal (alejamiento) o una medida de seguridad o cautelar de la misma naturaleza. Por último, para apreciar la habitualidad, atiende al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en actos anteriores.

³³ RODRÍGUEZ MOURULLO, en la obra de RODRÍGUEZ MESA, ob. cit., pág. 153.

Con relación a las penas que establecidas en este precepto, son las de prisión de 6 meses a 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estimasen adecuado, la inhabilitación para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 1 a 3 años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los delitos o faltas relativos a los actos de violencia física o psíquica que se hubiesen cometido; además, impone el mismo artículo también las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo las circunstancias ya referidas, es decir, en presencia de menores -que para BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN³⁴, han de tener una mínima capacidad para entender el sentido violento del acto o actos presenciados-, utilizando armas -circunstancia muy importante en los supuestos de violencia psíquica, según los mismos autores citados- o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima -circunstancia que asegura la ejecución de la comisión de los actos de violencia- o se realice quebrantando alguna de las penas del art. 48 del Código Penal (alejamiento) o una medida de seguridad o cautelar de la misma naturaleza -ya que, según los autores indicados, el sujeto activo se beneficia de una circunstancia inesperada para la víctima-.

Con relación al incremento de penas que se ha producido tras la última reforma, NÚÑEZ CASTAÑO ³⁵ es sumamente crítica, pues entiende que quien cree estar actuando en el ejercicio de derechos y facultades que le son propias no se ve reflejado en la norma y, por lo tanto, no puede sentirse motivado por ella.

Por otro lado, y en cuanto al último inciso del primer párrafo del artículo 173.2 recoge, según entiende TAMARIT SUMALLA ³⁶, un concurso de delitos, que para CONDE-PUMPIDO ³⁷ es un concurso real. En su línea crítica, NÚÑEZ CASTAÑO ³⁸ critica la citada regla concursal, pues entiende que implica que, en caso de que a través de un acto de violencia se produjese un resultado típico de lesión, el "peligro abstracto producido" no quedaría absorbido por la lesión del mismo bien jurídico protegido, puesto que se castiga por ambos delitos. BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN ³⁹ entienden que el concurso es de delitos y que todos los tipos realizados en cada acto de violencia singular están en concurso ideal con el artículo 173.2 del Código Penal.

³⁴ BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., págs. 28 y 34 y ss.

³⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, ob. cit., págs. 11 y 12 de la ponencia.

³⁶ TAMARIT SUMALLA, en el libro de QUINTERO OLIVARES, "Comentarios al nuevo Código Penal", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 745.

³⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., pág. 538.

³⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, ob. cit., págs. 5, 7 y 8 de la ponencia.

³⁹ BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., págs. 18-27.

3) SISTEMÁTICA.

El artículo 173.2, al ubicarse dentro de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, constituye una infracción de malos tratos, que no requiere para su consumación la causación de un resultado lesivo, según entiende CONDE-PUMPIDO ⁴⁰.

NÚÑEZ CASTAÑO ⁴¹ aplaude su ubicación sistemática, entendiendo que responde mejor a la *ratio criminis* de esta figura delictiva, es decir, sancionar el continuo clima de violencia y humillación que se ha venido produciendo en el seno familiar.

BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN ⁴² entienden que, con la LO 1/2004, se ha producido un cambio respecto de la anterior regulación, por la referencia específica al género de la víctima, fundamentada en la mayor vulnerabilidad de la misma, lo que plantea dudas constitucionales en relación con el derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

4) SUJETOS.

CONDE-PUMPIDO ⁴³ configura el tipo del artículo 173.2 como delito especial, discutiendo si lo es propio o impropio, pues para ser lo segundo se exigiría un tipo común paralelo que no existe. El sujeto activo y el pasivo pueden serlo un cónyuge respecto del otro, asimilándose las relaciones de afectividad análogas que sean estables; los padres o tutores -aún privados de patria potestad-; el cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro; las personas que ejercen la tutela o guarda de hecho y los hijos respecto de los ascendientes o incapaces con quienes convivan. Así las cosas, la convivencia se exige tan sólo para los ascendientes, incapaces o hijos no sujetos a patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho.

OLMEDO CARDENETE ⁴⁴, por su parte, lo configura también como un delito especial, pues se exige que entre los sujetos activo y pasivo existan o hayan existido relaciones, entendiéndolos, y por las mismas razones que CONDE-PUMPIDO, como propio. Este autor critica dos cuestiones que plantean problemas interpretativos: En primer lugar, que la análoga relación de afectividad a la que se refiere el artículo no incluyese a las parejas de homosexuales -ésta era la doctrina del Tribunal Supremo, así, la sentencia de 11 de mayo

⁴⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., pág. 482.

⁴¹ NÚÑEZ CASTAÑO, págs. 11 y 12 de la ponencia.

⁴² BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., pág. 14.

⁴³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., pág. 538.

⁴⁴ OLMEDO CARDENETE, en el libro de COBO DEL ROSAL, ob. cit., págs. 463-472.

de 1995, aunque tras la reforma que la Ley 13/2005, de 1 de julio ha efectuado en el Código Civil, regulando el matrimonio para parejas heterosexuales u homosexuales, deberán entenderse ya incluidos- y critica también que se haya olvidado el legislador de incluir a los hijos propios con los que no se convive porque, por ejemplo, se ha sido privado de la patria potestad, incluyendo, en cambio, a los ascendientes del cónyuge o conviviente que convivan con el agresor en la cláusula "persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar"; en segundo lugar, que no se pueden considerar incluidas las lesiones que se produzcan, como consecuencia del ejercicio habitual de la violencia, a las personas que, no siendo destinatarias directas de los actos violentos, son testigos de éstos.

TAMARIT SUMALLA ⁴⁵ lo configura como un delito especial impropio.

BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN ⁴⁶, sin embargo, lo entienden como un delito especial propio, puesto que sujetos activo y pasivo tan sólo pueden serlo las personas con las condiciones personales que determina el tipo penal, y en concreto, son:

1º Personas unidas por relaciones de noviazgo, conyugales y análogas a estas últimas, ya sean presentes o pasadas, incluyendo matrimonios y parejas de hecho heterosexuales y homosexuales -aunque CEREZO MIR y OLMEDO CARDENETE rechazan esta segunda posibilidad, ya hemos adelantado que, debido al cambio en la legislación civil, a partir de ahora deben aceptarlo-.

2º Relaciones entre el sujeto activo y sus ascendientes, descendientes o hermanos propios o del cónyuge o conviviente.

3º Relaciones entre el sujeto activo y menores o incapacitados vinculados a él mediante la convivencia o sujetos a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda hecho de su cónyuge o conviviente.

4º Relaciones entre el sujeto activo y personas sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados.

5º Cualquier otra relación integrada en el núcleo de convivencia de familiar del sujeto activo.

De acuerdo con lo visto, en todos estos casos no es necesaria ni la convivencia ni el parentesco entre los sujetos activo y pasivo.

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, en el libro de QUINTERO OLIVARES, ob. cit., pág. 745.

⁴⁶ BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., págs. 18-27.

5) CONDUCTA TÍPICA.

Para CONDE-PUMPIDO ⁴⁷, el artículo 173.2 recoge una conducta que consiste en el ejercicio de violencia física o psíquica, sin que se tenga que producir resultado alguno, por lo que, en caso de que se produjese, entraría en concurso real con la pena correspondiente al delito que regula tal precepto, además de que sea habitual -notoria y persistente, como exigió el Tribunal Supremo en las sentencias, entre otras, de 3 de octubre y de 14 de noviembre de 2001-.

También TAMARIT SUMALLA ⁴⁸ considera elemento fundamental del tipo la habitualidad y que, al tratarse de un delito contra la incolumidad moral no constitutivo de lesiones, el consentimiento de la víctima excluye la tipicidad, lo que no implicaría un defecto de protección en caso de perdón al agresor, puesto que se sigue tratando de un delito público.

En una línea distinta, OLMEDO CARDENETE ⁴⁹, aunque con relación al antiguo artículo 153 -hoy 173.2-, entiende que no se trataría de un delito de peligro concreto, ya que se caracteriza porque el agresor ejerce habitualmente violencia sobre la víctima, siendo entonces un delito de resultado, por el efecto que despliega el ejercicio sistemático de violencia sobre ella, cuales son las consecuencias que comporta el denominado "síndrome de la mujer maltratada". Con relación a la violencia psíquica, dejando aparte los problemas probatorios que pudiesen existir, incluye este autor los comportamientos que deterioran progresivamente la personalidad y autoestima de la víctima y las conductas vejatorias o humillantes, pero no debe identificarse con la agresión a la integridad física ni con los insultos o injurias, pues es necesario que los actos de violencia psíquica sean interpretados restrictivamente.

GIMÉNEZ GARCÍA ⁵⁰ entiende que el Código Penal ha optado por la autonomía del tipo como tal, independiente de las penas que pudieran imponerse por los resultados producidos, con aplicación del concurso de delitos y no de normas, lo que permite calificar este delito de peligro y no de resultado, pues no se trata de un tipo agravado de la falta de malos tratos.

⁴⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., págs. 538 y 539.

⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, en el libro de QUINTERO OLIVARES, ob. cit., págs. 745, 746 y 862.

⁴⁹ OLMEDO CARDENETE, ob. cit., págs. 473-526.

⁵⁰ GIMÉNEZ GARCÍA, "La habitualidad en el maltrato físico y psíquico", Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Editorial CENDOJ, Madrid, 2001, págs. 101-131.

BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN ⁵¹ consideran que el artículo 173.2 es un delito de peligro abstracto, para cuya realización no se necesita la producción de ningún tipo de resultado, y ese peligro abstracto consiste en el peligro de menoscabo de la integridad corporal y salud de las personas que integran el núcleo de convivencia donde el autor desarrolla su violencia. Así, este peligro consiste en la probabilidad de que la reiteración de las agresiones provoque a las víctimas graves estados de desequilibrio psíquico y emocional, afectando a la salud mental de las mismas, sin olvidar el peligro abstracto para su integridad moral. Estos autores dicen que el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 24 de junio de 2000, ha considerado que el bien jurídico protegido es la paz familiar, de forma que el delito atenta contra las relaciones familiares.

Entienden, además, que la situación de agresión permanente no es el resultado material del delito, sino una consecuencia de la habitualidad.

6) LA HABITUALIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO SEGÚN LA DOCTRINA PENAL.

OLMEDO CARDENETE ⁵², siguiendo a la mayoría de la doctrina, determina este elemento esencial del delito del artículo 173.2 del Código Penal a través de los siguientes criterios:

1º) El número de actos de violencia acreditados: La doctrina y la jurisprudencia han venido exigiendo que existan tres actos de violencia acreditados, pero la habitualidad no debe identificarse con esa simple suma, puesto que hay que atender a la situación, a la persistencia del contexto enrarecido de convivencia generado por esa violencia, no siendo la habitualidad un concepto formal, sino criminológico-social, por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección, con o sin condenas previas, actuando éstas como prueba de la habitualidad, que también podrá demostrarse por otras vías -sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1999-. Ésta es hoy la doctrina del Tribunal Supremo, desde que la recogiese en la sentencia de 7 de julio de 2000. De tal forma, esa proximidad temporal es la que acredita la existencia de un estado de agresión permanente.

2º) La irrelevancia de que los actos de violencia hayan sido objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores: Aquí se plantean problemas desde el punto de vista del principio *non bis in idem*, de la posible existencia de concursos y de la cosa juzgada. El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de junio de 2000, consideró que el delito del artículo 153 -hoy

⁵¹ BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., págs. 18-27.

⁵² OLMEDO CARDENETE, ob. cit., págs. 473-526.

173.2- es un *aliud* y un plus distinto de los actos de agresión, ya que los concretos actos de violencia sólo acreditan la actitud del agresor, con lo que no hay concurso de delitos, sino de normas. GIMÉNEZ GARCÍA ⁵³ considera cerrado definitivamente el debate relativo al principio *non bis in idem* y a la existencia de condenas anteriores por hechos que puedan ser estimados como determinantes de la habitualidad, porque con la actual definición legal de la misma es claro que ésta se integra como elemento del tipo y porque el bien jurídico protegido es diferente del ataque a la integridad física o psíquica de la víctima, al estar referido a otros valores constitucionales, permitiendo sin ningún problema la incriminación distinta. Y OLMEDO CARDENETE ⁵⁴ entiende que no se ve vulnerado el principio *non bis in idem*, pues no se pueden asimilar los actos de violencia con el estado de agresión permanente que integra el supuesto de hecho del delito y porque tan sólo hay identidad plena en el sujeto pasivo, muy parcial en los hechos y ninguna en el fundamento de la sanción. BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN ⁵⁵ consideran que el hecho de que la valoración sobre la habitualidad no recaiga sólo en aspectos objetivos de los acontecimientos, sino en el aspecto subjetivo de tendencia interna del autor, es el que hace que no sea infringido el principio del *non bis in idem*, aunque no todos los autores comparten esta posición -así, MUÑOZ CONDE, MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS o CORTÉS BECHIARELLI ⁵⁶, citados por aquellos autores-.

3º) La irrelevancia de que la violencia haya sido ejercida sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos: Pero este requisito hace surgir la siguiente pregunta: ¿Sirve para confirmar que es elemento esencial la tendencia del autor a manifestarse violentamente, es decir, una característica personalísima del autor? Esta habitualidad, ¿se entiende como la inclinación de un sujeto a la comisión de determinados hechos, de forma que llega a constituir un hábito y no cabe más que su comisión dolosa?

Según entienden BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN ⁵⁷, a todos los maltratadores les une el fundamento común de ejercer su posición dominante en sus relaciones afectivas, familiares o similares y además lo hacen de manera habitualmente violenta, de forma que se puede decir que el abuso de poder es el desencadenante de las violencias habituales, mediante el empleo que el hombre hace, más o menos constante, de la violencia.

⁵³ GIMÉNEZ GARCÍA, ob. cit., págs. 101-131.

⁵⁴ OLMEDO CARDENETE, ob. cit., págs. 473-526.

⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., págs. 26 y 27.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS o CORTÉS BECHIARELLI, citados por BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., pág. 27.

⁵⁷ BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., pág. 19.

Respecto de esta figura de la habitualidad, estos autores la consideran como la característica fundamental del artículo 173.2 del Código Penal -que además establece una definición auténtica de la misma, según ya hemos recogido en el punto IV, 2)-, que evidencia un elemento subjetivo del injusto o tendencia interna, es decir, la inclinación a reiterar el ejercicio de la violencia con sus parejas. Ésta es también la postura del Tribunal Supremo (sentencias de 24 de junio de 2000 y de 18 de abril de 2002), puesto que este tribunal considera que los actos de violencia no hacen más que acreditar la actitud del agresor. Además, según los autores citados, esa inclinación del autor al ejercicio de la violencia es un factor objetivo de peligro, por la permanencia de las víctimas en esa situación de violencia. Esa tendencia tan sólo será castigada cuando se pone de manifiesto en hechos externos de violencia. Así, no se castiga al autor por hechos pasados que revelan una forma determinada de vida, sino por hechos pasados que se proyectan sobre el futuro, previniendo riesgos para la salud e integridad de las víctimas.

Para OLMEDO CARDENETE ⁵⁸, la violencia se entiende como una forma usual de trato, no circunstancial, sino sistemático, que ha deteriorado la personalidad y autoestima de la víctima. Pese a ello, este requisito no puede servir para confirmar que es un elemento esencial del tipo la tendencia del autor a manifestarse violentamente, puesto que no se puede incriminar la inclinación del autor por el ejercicio habitual de la violencia, debiendo centrar el desvalor de la figura en desarrollar continuamente hechos violentos de los que se desprende una habitualidad en el comportamiento agresivo del autor, residiendo el contenido del injusto de esa figura en el ejercicio reiterado de actos violentos sobre víctimas determinadas. Sin embargo, este autor no acepta la presencia de un dolo eventual por parte del sujeto activo, lo que resulta criticable, pues sería posible que a éste se le "hubiera ido la mano" en alguna de sus actuaciones, con lo que, aun reconociendo la posibilidad de que se produjese el resultado, no lo habría aceptado, pero dejó de confiar en que éste no se iba a producir.

En una línea similar, TAMARIT SUMALLA ⁵⁹ admite sólo la comisión dolosa, pues el dolo debe abarcar el conocimiento de la relación con el sujeto pasivo y, aunque no exige la existencia de un ánimo específico, no admite el dolo eventual, pudiendo convivir el elemento volitivo del dolo con otras motivaciones especiales, como el ánimo de divertirse, dar un escarmiento, de venganza o de provocación. Aun así, critica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en ocasiones, ha exigido que los sufrimientos sean causados de propósito, buscados deliberadamente, lo que implica que este tribunal entiende que existe un elemento subjetivo del injusto.

⁵⁸ OLMEDO CARDENETE, ob. cit., págs. 505 y 506.

⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, en el libro de QUINTERO OLIVARES, ob. cit., págs. 745, 746 y 862.

La misma postura es la de ANTÓN ONECA ⁶⁰, citado por CONDE-PUMPIDO en su libro, quien dice que la habitualidad es la inclinación de un sujeto a la comisión de determinados hechos violentos, y que llega a constituir un hábito.

Y ésta es precisamente la postura de GRACIA MARTÍN ⁶¹, quien entiende la habitualidad como la tendencia del sujeto a la realización de determinados actos, expresando un hábito, costumbre o predisposición, siendo su persona un factor de riesgo permanente y dice este autor que lo esencial será, entonces, probar esa predisposición psíquica del autor mediante la correspondiente prueba pericial.

MUÑOZ CONDE ⁶², citado por BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, critica esta posición de GRACIA MARTÍN, puesto que entiende que considerar que la habitualidad sea un elemento subjetivo del injusto introduce en nuestro ordenamiento el "tipo de autor", inclinado a realizar este tipo de actos violentos, aunque estos sujetos, según la idea de MUÑOZ CONDE, puedan ser efectivamente psicópatas y sujetos violentos aquejados de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico.

Por último, según GIMÉNEZ GARCÍA ⁶³, y siguiendo a BUEREN RONCERO, la habitualidad, como todos los elementos del tipo, ha de ser probada, y ello puede ser desde una triple posibilidad:

a) Mediante su acreditación judicial, ya que los oportunos testimonios de denuncias puestas por la víctima, cualquiera que haya sido el destino de esas diligencias, pueden ser un elemento de prueba acreditativo de aquélla. Para ello es muy aconsejable la información centralizada, en los Juzgados o en las Fiscalías, de todas las denuncias puestas por la misma denunciante, aunque hayan sido repartidas a distintos Juzgados. Así, la solución más idónea pudiese ser la posible acumulación de todas las denuncias al proceso de maltrato familiar, con independencia de que las concretas lesiones se sancionasen anteriormente y con independencia del delito de maltrato. Parece que ésta es la finalidad que persigue la última reforma del Código Penal.

b) Mediante su acreditación médica, con los correspondientes partes médicos, en el caso de que no se hayan denunciado aisladamente otras agresiones. En otras ocasiones, el estado que presenta la víctima y la diferente fecha de las agresiones puede ser prueba suficiente de diferentes en épocas cercanas en el tiempo.

⁶⁰ ANTÓN ONECA, en el libro de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., pág. 539.

⁶¹ GRACIA MARTÍN, "El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995", Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Editorial CENDOJ, Madrid, 1995, págs. 219-252.

⁶² MUÑOZ CONDE, en el libro de BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, ob. cit., pág. 24.

⁶³ GIMÉNEZ GARCÍA, ob. cit., págs. 101-131.

c) Mediante su acreditación testifical, con lo que las declaraciones de la propia víctima y de testigos -vecinos de la casa- pueden ofrecer al juez datos suficientes para fundar la convicción de que, con independencia de la agresión que motiva las diligencias, ha habido otras semejantes en tiempos cercanos.

V.- ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

Con relación a la jurisprudencia encontrada sobre la materia, me han parecido de interés las siguientes sentencias:

1) La número 457/2003, del Juzgado de lo Penal nº 7 de Palma de Mallorca, que entendió que el concepto de habitualidad adquiere un contexto criminológico social, por lo que debe atenderse a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por los episodios de violencia reiterados, exigiéndose, en todo caso, cierta cercanía temporal entre los diferentes episodios. Así, sigue la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1997, en la que se había indicado que la repetición de actos constitutivos de faltas, individualmente consideradas, constituían delito al producirse de modo habitual. En el mismo sentido, la sentencia nº 40/2003, de la Audiencia Provincial de Gerona, que, siguiendo al Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de junio de 2000 y 7 de julio de 2000, entendió que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, siendo en esa permanencia donde radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.

2) La Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 6 de febrero de 2003 condenó al esposo por un delito de malos tratos habituales y definió el concepto de habitualidad, en el sentido de considerar que, respecto de la referencia a que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas, que recoge el artículo 173.2 del Código Penal, debía ser precisada:

a) Puede que las víctimas sean una o varias, siempre naturalmente que se trate de personas incluidas en ese artículo.

b) Si son varias, para apreciar la habitualidad requerida por el precepto pueden tenerse en cuenta globalmente los actos de violencia sufridos por todas ellas. Ello aunque considerados por separado, esto es, ponderando aisladamente las agresiones padecidas por cada víctima, no fuesen suficientes para estimar tal habitualidad.

c) En el mismo caso de pluralidad de víctimas, si todas han sido objeto de actos de violencia que, considerados por separado, deban ser considerados como habituales, se apre-

ciarán tantos delitos del antiguo artículo 153 -hoy, 173.2- como víctimas haya. Ya que en tales supuestos se cumplen las exigencias del tipo respecto a cada una de dichas personas.

Esta sentencia es sumamente importante porque tuvo en cuenta, para la imposición de la pena concreta, las circunstancias personales del acusado, a la vista del informe psicológico del mismo, ratificado en el acto de la vista, y que ponía de manifiesto la existencia en el mismo de un trastorno de la personalidad que se valoró porque los rasgos de su carácter, con impulsividad y escaso control sobre sus componentes hostiles, así como su historia personal, le hacían persona propicia para, en palabras de la psicóloga, "descargar las frustraciones sobre personas que sean percibidas por él como más débiles o vulnerables". Recoge así la teoría de la frustración-agresión de la que hablábamos en la parte de este trabajo dedicada a los estudios criminológicos sobre los maltratadores.

3) Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 15 de julio de 2002, que asumió que en todos los textos internacionales se incide en dos cuestiones:

1ª.- Que es preciso la conciencia de la sociedad y de las propias víctimas de las agresiones de que nos encontramos ante un fenómeno de carácter social.

2ª.- Que es preciso la utilización de instrumentos legales penales para acabar con esta clase de conductas o, lo que es lo mismo, que el recurso al Derecho Penal es imprescindible, dado que se está atentando contra bienes jurídicos muy importantes. Es decir, que esa realidad social demanda una respuesta contundente a un problema como el de la violencia en el ámbito familiar, que, se quiera o no, tradicionalmente ha sido enmascarado para considerar el problema como privado, y, por tanto, ajeno al Derecho Penal, cuando la respuesta debe provenir del Derecho Penal.

VI.- CONCLUSIONES.

De lo expuesto en este trabajo, pueden ser deducidas las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que nuestro Código Penal no da una definición de habitualidad, sino que señala los criterios para apreciarla, es decir, el número de actos acreditados -que serán tres como mínimo, pero sin ser sin más su simple suma-, y la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que ya hubiesen sido enjuiciados o no y de que hayan sido cometidos sobre los mismos o diferentes sujetos. Pero el Código no da aquella definición de habitualidad que defienden la mayoría de los autores y la jurisprudencia (así, el Tribunal Supremo, que en sentencia de 18 de abril de 2002 definió los actos de maltrato como aquéllos que acreditan determinada actitud del agresor; incluso el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que considera que estamos ante un elemento subjetivo del injusto), es decir, que la habitualidad es la inclinación del hombre a la reiteración del ejercicio de actos violentos, una tendencia interna, una característica personalísima de aquél, una predisposi-

ción psíquica, de forma que su persona es un factor de riesgo permanente, con lo que sólo es posible su comisión dolosa y ni siquiera puede ser admitido el dolo eventual.

- Dado lo anterior, debe tenerse en cuenta que no es posible establecer una clasificación de maltratadores ni tampoco justificar los episodios de malos tratos, puesto que no son motivaciones ni el miedo a ser abandonado que tiene el maltratador -muchos no tienen dicho temor-, ni sus problemas de impulsividad y escaso autocontrol -ya que el maltrato es una acción racional que busca como finalidad quebrantar la resistencia física o psíquica de su víctima-, ni su alcoholismo o toxicomanía -puesto que la mayoría de los maltratadores no son adictos y la mayoría de los adictos no maltrata a sus mujeres-, ni que no haya personas delante cuando el delito es cometido -ya hemos dicho que el delito de malos tratos se suele cometer muchas veces en presencia de los hijos y eso no cambia la situación-.

- Por tanto, el maltrato no es una desviación en los hombres -si no, ¿por qué también maltratan los homosexuales a sus parejas, incluso las lesbianas?-, ni mucho menos un problema de determinados hombres y/o de ambientes marginales -en caso contrario, sería sencillo solucionarlo-, sino que es una forma de control de los hombres sobre las mujeres, con la finalidad antes dicha de degradarlas, tratándolas por debajo de su condición de personas. Lo contrario sería tanto como admitir que en nuestro ordenamiento ha renacido el denominado Derecho Penal de autor, por suerte desterrado hace tiempo. Así, cabe señalar que no interesan tanto los factores de personalidad del hombre violento, sino el análisis de su comportamiento, viendo dichas acciones como episodios más propensos a ocurrir según los valores de aquél, el contexto socio-cultural en que se ha desarrollado, las circunstancias del hecho, y dando relevancia al aprendizaje y a procesos cognitivos. La conclusión última es entonces que el maltrato es un fenómeno de carácter social, tal y como señaló la Audiencia Provincial de Córdoba, en su sentencia de 15 de julio de 2002.

BIBLIOGRAFÍA

1.- BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, "El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar", Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 2004.

2.- COBO DEL ROSAL, "Comentarios al Código Penal, Tomo I", Editorial Edersa, Madrid, 1999.

3.- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Código Penal comentado", Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

4.- GIMÉNEZ GARCÍA, "La habitualidad en el maltrato físico y psíquico", Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Editorial CENDOJ, Madrid, 2001.

5.- GRACIA MARTÍN, "El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995", Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Editorial CENDOJ, Madrid, 1995.

6.- LORENTE ACOSTA, "El rompecabezas, Anatomía del maltratador", Editorial Ares y Mares, Barcelona, 2004.

7.- MEDINA ARIZA, "Violencia contra la mujer en la pareja, Investigación comparada y situación en España", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

8.- NÚÑEZ CASTAÑO, "El delito de malos tratos: una reforma anunciada", conferencia impartida en el III Congreso sobre los malos tratos, Marbella, 2003.

9.- QUINTERO OLIVARES, "Comentarios al nuevo Código Penal", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

10.- RODRÍGUEZ MESA, "Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos", Editorial Comares, Granada, 2000.