

LA PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE MALOS TRATOS ANTE SU (PEN)ÚLTIMA REFORMA

José Antonio Ramos Vázquez

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS:

Dentro de unos meses, se cumplirán diez años de la aprobación de nuestro actual Código penal¹, cuya Exposición de Motivos concluía expresando lo siguiente:

“No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento.

Solamente si todos deseamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse”.

Diez años después, podría decirse que el legislador gozaba en aquel momento de un enorme poder de clarividencia, pues esa primera palabra que, metafóricamente, decía que era el llamado (de manera un tanto grandilocuente) “Código penal de la democracia” se ha convertido en el punto de partida de una inagotable cadena de reformas que, por de pronto, no parece tener un fin cercano.

En efecto, en estos escasos diez años, el ritmo de reformas ha sido ciertamente impropio de un Código penal nacido bajo tan solemne signo y, por ende, de los principios básicos que informan cualquier legislación penal.

Hasta el momento, la Ley Orgánica 10 / 1995 de 23 de noviembre del Código penal ha sido reformada en diecisiete ocasiones (todas ellas, menos la última, que será la que centre las próximas páginas, llevadas a cabo en las dos legislaturas anteriores a la actual)², es decir, a un ritmo de casi dos reformas anuales.

1 Por Ley Orgánica 10 / 1995 de 23 de noviembre.

2 Concretamente, el listado de reformas del Código penal sería el siguiente:

-Ley Orgánica 2 / 1998, que entró en vigor el 17 de Junio de 1998: modificación de los artículos 170 y 514.

-Ley Orgánica 7 / 1998, que entró en vigor el 7 de octubre de 1998: modificación de los artículos 527, 528 y 604.

-Ley Orgánica 11 / 1999, que entró en vigor el 21 de mayo de 1999: modificación de los artículos 57, 83, 105, 132, 138 y los cinco primeros capítulos del Título VIII del Libro II, “delitos contra la libertad sexual” (que pasó a tener la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”), esto es, los artículos 178 a 190.

Pero, por si esta “motorización” de la legislación penal española no fuese suficiente, hay que tener en cuenta también la pésima técnica legislativa que se desprende de todas estas reformas y contrarrefromas.

Tan sólo con un dato bastará: la LO 11 / 2003 introdujo un nuevo párrafo segundo en el artículo 234 (delito de hurto) y en el artículo 244 (delito de hurto de uso de vehículos). En dichos párrafos se prescribe que cometidas cuatro faltas de hurto³ (en el caso del artículo 234) o cuatro faltas de hurto de uso de vehículos⁴ (en el supuesto del artículo 244) en el plazo de un año y siempre que el montante acumulado de dichas infracciones sea superior al mínimo de la respectiva figura delictiva, se elevarán dichas conductas a la categoría de delitos.

Pues bien, esta elevación a la categoría de delito de reiteraciones de faltas (ya de por sí objetable), que entró en vigor el 1 de octubre de 2003, fue derogada –inconscientemente– por la Ley Orgánica 15 / 2003 (esto es, con efectos desde el 1 de octubre de 2004).

Apreciado el error, dichos párrafos fueron añadidos de nuevo mediante una corección de errores a la mencionada Ley Orgánica 15 / 2003, convirtiendo la legislación penal en una especie de embrollo en el que las exigencias de una Ley cierta y exacta se desvanecen.

Y no sólo el Código penal ha sufrido los desmanes del legislador, sino también la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores⁵, que ha sido reformada (a través

-Ley Orgánica 14 / 1999, que entró en vigor el 10 de junio de 1999: modificación de los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 132, 153, 617 y 620.

-Ley Orgánica 2 / 2000, que entró en vigor el 30 de enero de 2000: modificación de los artículos 566 y 567.

-Ley Orgánica 3 / 2000, que entró en vigor el 1 de febrero de 2000 e introdujo el artículo 445 bis.

-Ley Orgánica 4 / 2000, que entró en vigor el 1 de febrero de 2000: modificación de los artículos 312, 515, 517 y 518 e introducción de un nuevo artículo 318 bis.

-Ley Orgánica 7 / 2000, que entró en vigor el 24 de diciembre de 2000: modificación de los artículos 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579.

-Ley Orgánica 8 / 2000, que entró en vigor el 23 de enero de 2002: modificación del artículo 89.

-Ley Orgánica 3 / 2002, que entró en vigor el 24 de mayo de 2002: modificación de los artículos 527 y 604.

-Ley Orgánica 9 / 2002, que entró en vigor el 12 de diciembre de 2002: modificación de los artículos 224 y 622 e introducción de un nuevo artículo 225 bis.

-Ley Orgánica 1 / 2003, que entró en vigor el 12 de marzo de 2003: modificación del artículo 505.

-Ley Orgánica 7 / 2003, que entró en vigor el 2 de julio de 2003: modificación de los artículos 36, 76, 78, 90, 91 y 93.

-Ley Orgánica 11 / 2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2003: modificación de los artículos 23, 66, 89, 108, 147, 149, 153, 173, 188, 234, 244, 318, 515 y 617 e introducción del nuevo artículo 318 bis.

-Ley Orgánica 15 / 2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004: modificación de un total de 180 artículos (sin duda, la reforma más amplia, aunque su alcance es menor del aparente).

-Por último, la reforma que aquí habrá de comentarse, la dispuesta por la Ley Orgánica 1 / 2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género, que entrará en vigor (en lo que a su alcance penal concierne) el 29 de junio del presente año y que modifica los artículos 83, 84, 88, 148, 153, 171, 172, 468 y 620.

3 Prevista en el artículo 623.1 del Código penal.

4 Prevista en el artículo 623.3 del Código penal.

5 Esto es, la Ley Orgánica 5 / 2000, en teoría, otro de los grandes logros del legislador penal español y, en la práctica, una de las normas por las que menos respeto se ha tenido en los últimos tiempos. Poco respeto político, convirtiendo, a través de una irrisoria dotación económica y estructural, sus postulados en palabras huecas; poco respeto social, al no comprenderse que el superior interés del menor –principio básico de la Ley de responsabilidad penal del menor– no puede estar supeditado a reacciones viscerales derivadas de casos concretos –por muy graves que estos pudieran ser– y poco respeto legislativo, como inmediatamente se señala.

de la Ley Orgánica 7 / 2000) antes incluso de su entrada en vigor (!) algo verdaderamente inusual e impropio de un legislador mínimamente consciente de lo que se trae entre manos (o, cuanto menos, de un legislador que procure mostrarse mínimamente respetuoso con algunos de los principios que componen el núcleo del Estado de Derecho)⁶.

Muchas otras son las tachas que se pueden poner a las diversas reformas que ha sufrido el Código penal español, en la medida en que ni uno solo de los tradicionales principios penales han escapado a la sucesión de reformas.

De la Mata Barranco, por ejemplo, en una conferencia pronunciada en nuestra Facultad, indicaba las siguientes quiebras de principios penales en las sucesivas reformas del Código penal:

- Quiebra del principio de legalidad, en la medida en que se apuesta por una actuación gubernativa que desconfía tanto del poder legislativo cuanto del poder judicial.
- Quiebra de los principios de humanidad, proporcionalidad, reinserción social, igualdad e intervención mínima, dado que el rigor punitivo se exagera y se anulan muchas de las garantías penitenciarias.
- De nuevo, una quiebra del principio de intervención mínima, al apostarse no tanto por una expansión del Derecho penal⁷ cuanto por una utilización de la legislación penal en ámbitos muy concretos.

6 La Ley Orgánica 7 / 2000 reforma la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor a través no de su articulado, sino a través de su Disposición Adicional 4^a. Este hecho es ya de por sí muestra de la falta de respeto a la que se hace referencia en la nota anterior. Pero resulta que, además, esta reforma –de una norma, recordemos, que se encontraba en plena *vacatio legis*– viola flagrantemente el principio del interés superior del menor que debería informarla tanto en la teoría como en la práctica.

En efecto, la Ley Orgánica 7 / 2000 excepciona desde el punto de vista procesal y sustantivo la regulación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor (en adelante LORPM) en los supuestos de menores que cometan algunos de los delitos de terrorismo tipificados en los delitos 571 a 579 del Código penal.

De este modo, la competencia para conocer de estos delitos se atribuyó al Juzgado central de Menores de la Audiencia Nacional (creado *ex novo* por esta reforma) en lugar de al Juez de Menores (competente a tenor de lo establecido en el artículo 2. 1 LORPM). Asimismo, la medida de internamiento en régimen cerrado y la inhabilitación absoluta devinieron obligatorias en todos los supuestos y se establecieron especialidades en cuanto a las facultades de modificación o sustitución de las medidas por parte del órgano jurisdiccional, así como en el régimen de prescripción tanto de los delitos cometidos cuanto de las medidas impuestas (cuestión esta última en absoluto baladí si observamos las notables diferencias existentes entre la regulación del artículo 10 LORPM y la regulación establecida en el artículo 131 del Código penal).

Si todo ello no fuese suficiente, el legislador justifica de una manera cuanto menos peregrina esta destrucción del principio del interés superior del menor (principio que supuso toda una conquista, si tenemos en cuenta la anterior legislación penal del menor, calificada con razón por Vives Antón de “anatema” e “indefendible” –vid. Vives Antón, T. S., *La libertad como pretexto*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 348).

Señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7 / 2000 (destacado en cursiva mía):

“No se trata de excepcionar la Ley Orgánica 5 / 2000 a estos menores (...) sino de establecer las *mínimas especialidades* necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras (...) pueda desarrollarse en *condiciones ambientales favorables*, con apoyos técnicos especializados y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador”.

Todo lo anterior, de todos modos, no puede resultar en absoluto sorprendente en una norma como la Ley Orgánica 7 / 2000, que, y no sólo en lo que concierne a la llamada Ley penal del menor, es un ejemplo preclaro (la Ley Orgánica 11 / 1999 sería otro punto de inflexión, como han mostrado magníficamente Orts Berenguer y Suárez Mira Rodríguez –vid. Orts Berenguer, E. / Suárez – Mira Rodríguez, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, *passim*) de los aspectos más criticables de la actividad legislativa española de nuestros días: aumento del rigor punitivo, introducción de nuevos delitos de más que dudosa constitucionalidad (apología del terrorismo del artículo 588) etc.

7 Expansión en el sentido dado a este término por Silva Sánchez en su obra *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 2001.

- Quiebra del principio de ofensividad, generándose un Derecho penal de corte moralizante.
- De nuevo, quiebra de los principios de legalidad, intervención mínima y de ofensividad, mediante el recurso a una utilización simbólica del Derecho penal.
- Quiebra del principio de culpabilidad, produciéndose una subjetivización del sistema penal en su conjunto.

En suma, señalaba De la Mata Barranco, la dirección político – criminal que se está adoptando en España es represiva, criminalizadora, simbólica, moralizante y sectaria y se enmarca en la línea de un Derecho penal quizá no del todo autoritario “pero, desde luego, no liberal en el sentido que entre nosotros comenzó a promoverse desde 1978”⁸.

No obstante, el objeto del presente estudio será tan sólo la última de las reformas que ha sufrido el Código penal, la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1 / 2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La utilización del Derecho penal para la resolución de un problema social tan arraigado y preocupante como el de la impropriamente denominada “violencia de género”⁹ ha sido puesta en tela de juicio por muchos autores¹⁰. Sin embargo, el legislador español –inmerso en la dinámica antes descrita de ofrecer como única respuesta a los problemas sociales la respuesta penal- ha convertido este tema en uno de sus caballos de batalla (junto a otros fenómenos de igual calado social y mediático como el terrorismo)¹¹.

Una somera aproximación a la pléyade de reformas antes enumeradas indica ya que el delito de malos tratos en el ámbito familiar¹² ha sido modificado en tres ocasiones en los últimos cinco años. Este hecho produce notables distorsiones: no sólo resulta que la seguridad jurídica considerada tanto en abstracto cuanto a la hora de la aplicación de la norma penal simplemente desaparece, sino que, además, la doctrina se encuentra con más de un problema a la hora de estudiar estas conductas típicas.

En especial, se ha planteado una interesante discusión respecto de cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos.

La relevancia de dicha cuestión es, evidentemente, enorme¹³. Precisamente por eso, ocupará el primero de los apartados de este trabajo. Seguidamente, se analizará con algún detalle qué hay de novedoso al respecto en la Ley Orgánica 1 / 2004 y cuál va a ser, en definitiva, la regulación penal del fenómeno de los malos tratos que estará vigente desde junio de 2005 hasta que, quizá en fecha no muy lejana, vuelva a producirse una nueva reforma.

8 Vid. De la Mata Barranco, N. J., “La reforma penal de 2003: introducción general”, ejemplar mecanografiado de la conferencia impartida en el marco de las Jornadas de Derecho penal “Las reformas penales de 2003 y el Derecho penal del siglo XXI”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña los días 25 y 26 de noviembre de 2004.

9 Como han tenido oportunidad de mostrar diversos especialistas, en el idioma español sólo las palabras tienen género (entendiendo por género aquí el género gramatical). Los seres humanos no tienen género, sino sexo.

10 Vid. entre otros, Campos Cristóbal, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico” en Revista Penal nº 6, Julio 2000, pág. 29 y ss.

11 Desde luego, entrar en el análisis de la influencia de los *mass media* en la actual configuración social y la utilización electoralista del Derecho penal –dos aspectos íntimamente ligados- excedería con creces el objeto de estas páginas.

12 Verdaderamente, a causa de tantas reformas, no existe seguridad ni en la propia denominación de este género de conductas típicas. Como solución de compromiso, en este trabajo se adoptará la denominación “delito de malos tratos”.

II.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE MALOS TRATOS: UN ACERCAMIENTO A SU DISCUSIÓN DOCTRINAL

Ha puesto de manifiesto Castelló Nicás que “las posiciones doctrinales sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos no convergen en una única dirección ni se pueden sistematizar claramente, por la complejidad y los intereses que confluyen, aunque muchas de ellas coinciden parcialmente y presentan un fondo común, a pesar de su apariencia externa diferenciada”¹⁴.

Efectivamente, la determinación del bien jurídico protegido en el delito del artículo 153 CP¹⁵ ha motivado una gran diversidad de posicionamientos doctrinales distintos, por lo común poco o nada concluyentes.

A ello hay que añadir las sucesivas reformas que, como se ha apuntado, ha tenido que sufrir dicho tipo penal, lo cual no ha redundado sino en la aportación de una mayor dosis de confusión a un panorama ya de por sí confuso.

Ello no obstante, se expondrán seguidamente las más relevantes opiniones doctrinales al respecto, las cuales, *grosso modo*, pueden agruparse en aquellas posiciones que cifran el bien jurídico protegido en la integridad moral o la dignidad humana, aquéllas que consideran que el bien jurídico es idéntico al del resto de las lesiones¹⁶, es decir, la salud y la integridad personales y, por último, aquella que estima que el objeto de la protección penal es la paz y la convivencia familiar, u otro bien jurídico de análogas características.

Empezaremos por esta última, dado que puede decirse que se trata de la posición minoritaria de entre las tres apuntadas.

En primer lugar, cabe destacar que tal es la postura que viene adoptando, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (aunque merece ser destacado que no de manera constante, existiendo, como más adelante se dirá, posturas más matizadas dentro de la misma).

Como muestra de la predilección por parte del Tribunal Supremo por los bienes jurídicos reconducibles de uno u otro modo a la familia como unidad de convivencia, y especialmente por la “paz familiar”, puede aportarse la argumentación realizada por dicho tribunal en su sentencia de 24 Junio de 2000¹⁷ cuando señaló lo siguiente:

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

13 En la medida en que todavía se siga manteniendo que el bien jurídico es un elemento clave del sistema penal, algo puesto en tela de juicio por autores que siguen los postulados del funcionalismo sistémico de Jakobs.

14 Vid. Castelló Nicás, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido” en Morillas Cuevas, L. (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, EDERSA, Madrid, 2002, pág. 53.

15 Artículo central en la reforma de la Ley Orgánica 1 / 2004.

16 No se olvide que el delito de malos tratos se halla incardinado en el Título II del Libro III del Código penal de 1995, esto es, en el Título que lleva la rúbrica “De las lesiones”, ubicación sistemática sobre la que habrá oportunidad de hablar más adelante.

17 Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, RJ 5792 / 2000.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, *quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar*¹⁸.

Más matizada resulta, en cambio, la postura manifestada por el Tribunal Supremo en su posterior Sentencia de 26 de Junio de 2000¹⁹ al afirmar lo siguiente:

“Norma penal, la aludida, creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno”.

En suma, como indica a su vez la Sentencia de 7 de Septiembre de 2000²⁰, “se trata de proteger valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección de la familia”.

En similar sentido se muestra, por otra parte, la Circular 1/ 1998 de la Fiscalía General del Estado, en la que se señala que “el artículo 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además, y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los artículos 15 y 39 de la CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (artículo 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39)”.

Más allá de esta visión jurisprudencial y de la Fiscalía General del Estado, lo cierto es que tampoco faltan voces en la doctrina que otorgan un lugar preeminente a la hora de la determinación del bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica a conceptos como “la paz familiar”, “la protección de la convivencia familiar” u otros análogos.

En primer lugar, hay que mencionar a Cuenca Sánchez, si bien con la apreciación de que su posicionamiento al respecto se produjo bajo la vigencia del Código penal de 1973, más concretamente tras la incorporación al mismo por la Ley Orgánica 3/1989 del propio delito de malos tratos.

Señala Cuenca Sánchez que el bien jurídico protegido en el delito aquí comentado tiene un carácter mixto, en el que, amén de protegerse la integridad física (de acuerdo, pues, con su ubicación sistemática), se protege también un interés en “la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar, dada la relación entre los sujetos que intervienen en el hecho”²¹.

Como puede fácilmente observarse, se trata de una postura con notables concomitancias respecto de la antes expuesta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Fiscalía General del Estado, incluyéndose algún tipo de referencia a la unidad familiar dentro del análisis del bien jurídico protegido en este delito.

18 Destacado en cursiva mío.

19 Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, RJ 5801 / 2000.

20 Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, RJ 5801 / 2000.

21 Cuenca Sánchez, J. C., “El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación” en La Ley, 1991-4, pág. 1185.

Monge Fernández y Navas Córdoba, por su parte, concluyen que el precepto²² tiene un contenido plural y heterogéneo, pero que, en definitiva, “se traduce en concretos valores como la paz y la convivencia familiar”²³.

Por último, hay que mencionar la postura de Acale Sánchez, que, en cierto modo, mantiene puntos en común con las anteriormente transcritas, pero con algún matiz diferenciador.

Señala esta autora que “hay que identificar el interés jurídico protegido, en definitiva, con las necesidades de un ámbito familiar en el que vivir y desarrollarse en el respeto a la dignidad de la persona en cuanto que tal. De esta forma, la dignidad de la persona no se constituye en bien jurídico protegido, pero sí las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar”²⁴.

Como puede observarse, Acale Sánchez no señala como bien jurídico la convivencia familiar en sentido estricto, sino las condiciones de la misma que posibilitan el libre y digno desarrollo de sus miembros en su seno, esto es, la convivencia familiar en cuanto que medio para la efectiva posibilitación de la vida digna de quienes la componen, en especial de sus miembros más vulnerables.

Esta autora parece hallarse, pues, en un terreno intermedio entre la posición que sitúa el bien jurídico protegido en la paz o la convivencia familiares y la que, como más adelante se señalará, lo sitúa en la dignidad de la persona. Así pues, a pesar de que la protección de la dignidad de las personas que conviven en una familia dada es el fin último de la existencia del artículo 153, el elemento familiar salta también, a su vez, a un primer plano.

Como indica esta autora, “si el legislador ha decidido castigar las violencias ejercidas en el ámbito familiar y asimilados y no en otros, de determinadas personas frente a otras que están unidas por unos lazos particularmente significativos que no son susceptibles de sustitución por otros (...) ha de entenderse que el bien jurídico protegido tiene que estar relacionado con estas características que distinguen los actos de violencias típicas a los efectos del art. 153, es decir, tiene que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar”²⁵.

Así las cosas, es menester señalar inmediatamente las carencias de esta primera posición doctrinal acerca del bien jurídico protegido en el delito de malos tratos.

En primer término, la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Monge Fernández y Navas Córdoba situando el bien jurídico en la “paz y la convivencia familiares” o en el núcleo familiar *stricto sensu* no puede ser compartida: la familia en sí misma considerada (o un concepto como la *pax familiaris*) no puede erigirse en un auténtico bien jurídico-penal.

En efecto, siguiendo los clásicos postulados descritos por Mayer sobre cuándo un bien es susceptible de ser protegible penalmente, según los que el bien jurídico ha de

22 En este caso, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14 / 1999.

23 Monge Fernández, A. / Navas Córdoba, J. A., “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, en Actualidad Penal, número 9, 2000, pág. 188.

24 Acale Sánchez, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 133 y 134.

25 Acale Sánchez, M., *El delito de malos tratos*, pág. 133. Señala esta autora que, por la razón expuesta, no son subsumibles los comportamientos de malos tratos que, en lugar de tener lugar en un ámbito familiar lo son en otros contextos, como por ejemplo en la convivencia en un piso de estudiantes o en el ámbito militar.

reunir la triple cualidad de ser merecedor de protección por parte del Derecho penal, de presentar una necesidad de dicha protección y de ser susceptible de gozar de la misma²⁶, no parece que un bien como el anteriormente descrito pueda ser susceptible de merecer la condición de bien jurídico-penal.

Como con gran acierto señalan García Álvarez y Del Carpio Delgado, “resulta dudoso que la familia pueda ser concebida como valor susceptible de una abstracta tutela penal distinta de la de sus miembros. El simple hecho de que pudiera admitirse la intervención del Derecho penal en la esfera privada para proteger una hipotética o incluso utópica paz familiar como bien jurídico merecedor y necesitado de protección por el Derecho penal, parece poner en peligro el carácter de *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico penal.

No ha de perderse de vista que el Derecho penal ha de intervenir únicamente frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, por lo que mientras que esto no suceda, mientras no se pongan en grave peligro los bienes jurídicos verdaderamente necesitados de protección, una vida familiar más o menos afectiva, más o menos pacífica o armoniosa, no merece la intervención del Derecho penal²⁷.

Ciertamente, asiste la razón a dichas autoras en sus consideraciones: la protección de un bien jurídico como la familia *tout court* o la paz y la convivencia familiar supone una intolerable violación del principio de intervención mínima, amén de plantear numerosos problemas, dada su inconcreción.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la redacción del artículo 153, ya desde la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14 / 1999, no sólo incluye en su redacción típica elementos propios del ámbito familiar, sino que también, por ejemplo, incluye a los ex-cónyuges (o ex-convivientes), lo cual arroja alguna sombra de duda más sobre la posición doctrinal y jurisprudencial comentada²⁸.

26 Mayer, M. E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Heidelberg, 1923, pág. 23, según cita de Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 79 y ss.

27 García Álvarez, P /Del Carpio Delgado, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Problemas fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 23 y 24.

28 A este respecto, es de destacar que el círculo de sujetos pasivos del delito de malos tratos ha sido progresivamente ampliado desde su originaria redacción en el Código penal de 1995 hasta hoy.

Así, dicha redacción originaria del delito de malos tratos (vigente, recordemos, hasta el 9 de Junio de 1999) establecía lo siguiente: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro...”.

En cambio, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14 / 1999 (vigente entre el 10 de junio de 1999 y el 30 de septiembre de 2003), el texto quedó así –modificaciones destacadas en cursiva-: “El que habitualmente ejerza violencia física *o psíquica* sobre quien sea *o haya sido* su cónyuge o sobre persona que esté *o haya estado* ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces *que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro...*”.

Como puede apreciarse la reforma de 1999, aparte de la introducción del castigo de la violencia psíquica (cuestión absolutamente trascendental, como se indicará en su momento), extiende el círculo de sujetos pasivos a quienes hayan sido cónyuge o pareja del sujeto pasivo. Extensión nada desdeñable que, en cambio, se vio ampliamente superada por la llevada a cabo por la Ley Orgánica 11 / 2003 y que es Derecho vigente desde el 1 de octubre de 2003 hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1 / 2004 en junio de 2005.

En efecto, tras la reforma por la Ley Orgánica 11 / 2003, el artículo 153 se remite en cuanto a la delimitación de los sujetos pasivos al artículo 173. 2, en el que se establece lo siguiente (modificaciones, de nuevo, en cursiva): “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su

En definitiva, todo ello genera tal suerte de problemas que, como ha señalado Castelló Nicás, debe dejarse de lado “la consideración de la familia y núcleos asimilados como objeto de protección de este delito, en el entendimiento de que no es el círculo de personas entre las que se produce la conducta típica la que ha de determinar el bien jurídico protegido, sino que es la propia conducta típica la que nos dará la pauta en torno a aquél”²⁹.

De este modo, se analiza a continuación la segunda de las posiciones doctrinales acerca de la determinación del bien jurídico protegido en el delito de malos tratos, la cual, como antes se ha mencionado, mantiene que dicho bien jurídico protegido es idéntico al de los restantes delitos incluidos en el Libro III del Título II del Código penal de 1995, es decir, la salud y la integridad personales.

Partidario de esta postura se mostró en su día Gracia Martín en un excelente trabajo sobre la cuestión³⁰, en el que comienza señalando que a la hora de procurar la determinación de lo específico del injusto del tipo de malos tratos³¹ existen dos vías alternativas, motivadas por la pluralidad de comportamientos típicos y de valores penalmente protegibles que confluyen en el mismo.

La primera de las cuales consistiría en formular un único bien jurídico de perfiles lo suficientemente amplios como para comprender a todos los mencionados valores en juego. La segunda, por su parte, consistiría en renunciar a tal pretensión, limitando la cuestión del bien jurídico a uno sólo de los muchos en liza³².

La primera postura sería la de todos aquellos autores que cifran el bien jurídico en la idea de la “dignidad humana”, como en gran medida sucedía con las antes expuestas de Acale Sánchez y de parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (aunque siempre con una referencia marcada y específica al ámbito familiar) y más claramente autoras como Cervelló Donderis o Gómez Rivero.

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

En suma, el afán punitivo del legislador ha llevado a incluir en el elenco de sujetos pasivos de las conductas típicas aquí examinadas a una enorme diversidad de sujetos, lo cual, como viene siendo habitual, ha colocado la actividad interpretativa en una situación complicada, no sólo a la hora de intentar dilucidar cuál sea el bien jurídico protegido, sino también a la hora de determinar si dichos tipos penales se adecúan a las exigencias derivadas de los principios de proporcionalidad, taxatividad etc. Sobre esta última cuestión, merece destacarse el Auto del Tribunal Constitucional 23 / 2004 de 7 de Junio, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 458-2004, planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig sobre vulneración del principio de proporcionalidad por parte del art. 153 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, considerando dicha cuestión de inconstitucionalidad “notoriamente infundada”.

29 Vid. Castelló Nicás, N., “Problemática del bien jurídico”, pág.67.

30 Gracia Martín, L.; “El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995” en Actualidad penal, nº 31, 1996, págs. 577 y ss. Vid. también de este autor su comentario al artículo 153 en Díez Ripollés, J.L. / Gracia Martín, L., *Comentarios al Código penal. Parte especial I. Títulos I a IV y faltas correspondientes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

31 Hay que reseñar que Gracia no sólo analiza el tipo del artículo 153, sino que también presta atención a la falta de malos tratos del artículo 617.

32 Gracia Martín, “El delito y la falta de malos tratos”, pág. 581.

En efecto, señala Cervelló Donderis que “parece correcto entender que junto a la integridad física y psíquica debe entenderse como bien jurídico protegido principalmente a la dignidad humana, pues en todo caso, con resultado lesivo o no, lo que sí produce cualquier conducta de maltrato es un ataque a la dignidad que el menor o cónyuge ostentan como personas titulares de derechos”³³.

Por su parte, indica Gómez Rivero que “el clima mismo en que se contextualiza la relación típica determina que el objeto de protección desborde la mera contemplación de la situación de riesgo por entroncar con conceptos más amplios de dignidad, bienestar, seguridad y tranquilidad, cuya tutela supera la contemplación aislada de los resultados lesivos que eventualmente llegaran a producirse”³⁴.

Dicha posición es tachada vehementemente por Gracia de “indefendible”, basándose en una serie de consideraciones, transcritas seguidamente:

“La *dignidad humana*³⁵ no es ningún bien jurídico, sino un atributo de toda persona, por el mero hecho de serlo, que colma un principio de justicia de validez *a priori* y que el artículo 10 CE erige en fundamento del orden político y de la paz social. La dignidad humana es imponderable y, por lo tanto, no admite graduaciones materiales ni valorativas. La dignidad humana es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, traducidas en el mundo jurídico en una diversidad de bienes jurídicos personalísimos diferenciados y de derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente como fundamentales. Todo bien jurídico de carácter personalísimo: vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducible finalmente a la dignidad de la persona, de modo que todo atentado a cualquiera de dichos bienes supone, sin duda, una lesión del debido respeto a la dignidad de la persona. Si, por todo ello, el homicidio, las lesiones la violación, las detenciones, injurias, etc., son, en última instancia, igual que los malos tratos, atentados a la dignidad de la persona, de ahí que ésta, la dignidad de la persona, no pueda ser en puridad un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de injusto *específico* de un determinado comportamiento punible, ni, más concretamente, un bien jurídico residual para los tipos delictivos que, como el de los malos tratos, no tienen una clara vinculación con algún concreto bien jurídico personalísimo”³⁶.

Tras esta contundente crítica a la categorización como bien jurídico del concepto de “dignidad”, este autor somete también a juicio crítico otras concepciones del bien jurídico protegido por los tipos de malos tratos como la que postula que el mismo viene representado por el honor o la que lo cifra en la libertad³⁷.

33 Cervelló Donderis, V., “El delito de malos tratos, su delimitación con el derecho de corrección” en Poder Judicial, nº 33, 1994, pág. 53.

34 Gómez Rivero, C., “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, en Revista penal, nº 6, 2000, pág. 71.

Por supuesto, habrá de analizarse más tarde y con mayor detenimiento la postura que sitúa el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en la dignidad o la integridad moral, pero baste, por de pronto, la referencia a la posición de estas autoras para ilustrar más convenientemente la crítica que realiza Gracia Martín y también la propia postura de este autor al respecto.

35 Cursiva en el original.

36 Gracia Martín, “El delito y la falta de malos tratos”, pág. 581 y 582.

37 Ambas, por lo demás, absolutamente minoritarias, en lo que se me alcanza, dentro de la doctrina española, razón por la cual no se les presta mayor atención en el presente estudio. Sobre estas posturas y sobre otras posiciones asimismo minoritarias puede consultarse el breve resumen que de las mismas realizan De Lamo Rubio, J. / Ganzenmüller Roig, C. / Escudero Moratalla, J. F. y Frigola Vallina, J., *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar*. Ed. Bosch, Barcelona, 2002, pág. 43.

Tras todo ello, pasa Gracia a exponer su propia posición al respecto, la cual, como antes se ha indicado, consiste en no conceder mayor especialidad en lo que al bien jurídico protegido se refiere a los tipos de malos tratos respecto del restante elenco de delitos contemplados en el Título II del Libro III del Código penal de 1995.

Señala Gracia Martín que “para la determinación del bien jurídico protegido por el tipo de malos tratos del párrafo segundo del art. 617 NCP debe tenerse en cuenta que, como ya vimos al principio, el concepto de malos tratos abarca una realidad múltiple, diversa y que no es posible reducir a un común denominador que no sea el mismo concepto de malos tratos (...) A mi juicio, no puede haber duda alguna sobre lo injusto específico de los malos tratos definidos en el párrafo segundo del art. 617 NCP debe gozar y goza de la misma naturaleza que lo injusto de las lesiones y que el bien jurídico protegido, por lo tanto, no puede ser otro que el mismo que es protegido por los tipos de lesiones”³⁸.

Respecto del delito contemplado en el artículo 153 CP Gracia Martín mantiene idéntica opinión:

“Comparto desde luego la tesis de que el bien jurídico protegido por el tipo del art. 425 CPV (art. 153 NCP) es también el mismo de las lesiones, pero por ello mismo, y por las razones expuestas al analizar lo injusto específico de los malos tratos, dicho bien jurídico no puede estar representado por conceptos tan amplios y vagos como la incolumidad o el bienestar personales, sino precisamente por la integridad y salud personales, bien jurídico comprensivo tanto de la dimensión física como de la mental de la persona humana. No en vano la figura que nos ocupa está incluida sistemáticamente dentro del capítulo de las lesiones”³⁹.

En suma, la postura de este autor⁴⁰ niega la virtualidad del concepto de “dignidad” no ya como bien jurídico protegido en el delito aquí comentado sino en cualquiera de ellos en absoluto y reconduce la cuestión a la sede de los delitos de lesiones, con su bien jurídico cifrado en la integridad y salud personales⁴¹.

Por último, resta referirse a la tercera postura mencionada más arriba, la cual es, precisamente, la criticada por Gracia Martín en los fragmentos antes transcritos, esto es, la corriente doctrinal que propugna como bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica la dignidad o, más correctamente, la integridad moral.

Efectivamente, amén de las autoras antes mencionadas, gran parte de la doctrina se ha mostrado partidaria de considerar que el bien jurídico protegido en el delito aquí estudiado es la dignidad humana o la integridad moral:

En primer lugar, p. ej., Pérez Alonso ya había señalado respecto de la falta de malos tratos contenida en el anterior Código penal que el bien jurídico protegido en la misma era la dignidad personal en cuanto que “presupuesto básico para el ejercicio pleno del derecho a la libertad”⁴².

38 Gracia Martín, “El delito y la falta de malos tratos”, pág. 582 y 583.

39 Gracia Martín, “El delito y la falta de malos tratos”, pág. 593.

40 Compartida en sus líneas generales, aunque de una manera no del todo clara, por, entre otros autores, Cuadrado Ruiz, M. A. y Requejo Conde, C. “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código penal”, en *La Ley*, n° 5072, 9 de Junio de 2000, págs. 2 y 3. Más claramente, Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*. 12ª ed., 1999, pág. 107 señala que el bien jurídico es idéntico al de las lesiones: la salud e integridad física.

41 Hay que tener muy en cuenta que la cuestión del bien jurídico en los delitos de lesiones dista de ser pacífica, por lo que la opinión de Gracia Martín sobre el bien jurídico en el delito de malos tratos supone, a su vez, una toma de posición acerca del de los delitos de lesiones.

42 Pérez Alonso, E. J., “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma” en ADPCP, 1990, págs. 616 y 628.

Por su parte, López Garrido y García Arán señalaron con ocasión de la promulgación del vigente Código penal de 1995 que este delito se configura como “un supuesto de abuso de situación de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, lo que ha permitido entenderlo como lesivo, en primer término, de la dignidad humana”⁴³.

Asimismo, Carbonell Mateu y González Cussac indican respecto del delito contemplado en el artículo 153 que “no estamos ante un genuino delito de lesiones sino ante una infracción de malos tratos a la que la habitualidad y el ámbito familiar convierten en delito. Tampoco, obviamente, el bien jurídico protegido es el mismo de las lesiones: ni la salud ni la integridad corporal son objeto de tutela por cuanto es perfectamente concebible la consumación del delito sin resultado lesivo alguno (...) Creemos, con Quintero, que se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia. Y, concretamente, su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno, en el sentido del artículo 15 de la Constitución española de 1978”⁴⁴.

Frente a esta postura, como se ha mostrado, se elevaron diversas críticas, a pesar de que, en vía de principio, sus argumentos eran muy atendibles, en particular el que muestra la irrelevancia respecto de la consumación típica de la producción de un resultado lesivo.

Respecto a esto último, merece destacarse lo expuesto por Campos Cristóbal, por su claridad y por utilizar (de modo, a mi juicio, más correcto) el concepto “integridad moral” en detrimento de la “dignidad”.

En efecto, señala esta autora que “personalmente, entiendo que la lesión, por definición e incluso denominación, requiere de un resultado lesivo. El delito de violencia doméstica ni encaja con la estructura de las lesiones ni está protegiendo la salud como núcleo del injusto. Por tanto, el peligro para la salud (...) existe, dado el preciso ámbito en que se desarrolla la conducta y la peculiar forma en que ésta se lleva a cabo (a través de maltratos reiterados), pero tan solo sirve para fundamentar la mayor pena del art. 153 en relación con la prevista para el resto de supuestos lesivos de la integridad moral en el art. 173 y, por supuesto, en relación también con la pena que resultaría de aplicar el correspondiente concurso de faltas en el caso de que los diversos actos de maltrato no llegaran a producir el menoscabo grave de la integridad moral que el mismo artículo exige. Dicho de otra manera, la consideración del delito de violencia doméstica como un delito de peligro abstracto contra la salud me parece excesiva porque, por mucho que exista un peligro para la salud de las víctimas, *el núcleo del injusto sigue siendo la lesión de la integridad moral*”⁴⁵.

Pero, más allá de todo ello, lo cierto es que los avatares legislativos del delito de violencia doméstica han aportado mayores razones a los partidarios de concebir el bien jurídico protegido en el mismo como la integridad moral, en especial la reforma operada por la LO 14 / 1999 de 9 de Junio que introdujo en la redacción típica del precepto la punición de la violencia psíquica respecto de los sujetos pasivos del delito en cuestión.

43 López Garrido, D. / García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 95.

44 Carbonell Mateu, J. C. / González Cussac, J. L., en Vives Antón, T. S. / Boix Reig, J. / Orts Berenguer, E. / Carbonell Mateu, J. C. y González Cussac, J. L., *Derecho penal. Parte Especial*. 2ª ed, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 133. La referencia a Quintero lo es a Quintero Olivares, G., “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989 de 21 de Junio” en ADPCP, 1989, págs. 915 y ss.

45 Campos Cristóbal, R., “Problemas de la nueva regulación de los malos tratos”, pág. 20. Destacado en cursiva mío.

La cuestión de si es o no correcta la introducción de la violencia psíquica en el ámbito de lo penalmente punible (sobre todo en atención al carácter –absolutamente irrenunciable– de *ultima ratio* que debe tener el Derecho penal) no puede tratarse aquí, pues excedería, sin duda, del objeto marcado a este estudio. Lo que sí es claro es que ello ha supuesto una razón más en apoyo de la tesis ahora comentada.

Como el propio Gracia Martín señalaba en sus críticas a la consideración de la dignidad como bien jurídico protegido en el delito de malos tratos, “esta tesis⁴⁶ podría ser discutible en relación con la regulación de los malos tratos anterior a la reforma de 1989, pues la falta del núm. 1 del artículo 585 aparecía regulada junto a otras de muy diversa naturaleza, como las amenazas y coacciones, y alejadas de las faltas de lesiones. Además, la citada falta contenía también como comportamiento típico los malos tratos de palabra”⁴⁷.

De este modo, el propio Gracia Martín habría de admitir que la inclusión de la violencia psíquica en el artículo 153 puede decantar finalmente la balanza en contra de la consideración de un bien jurídico común al delito de malos tratos y al resto de los delitos de lesiones.

Sin embargo, no han faltado autores que han negado que la introducción de la referencia a la violencia psíquica en el delito del artículo 153 del Código penal haya variado en algo la consideración de cuál sea su bien jurídico.

Así, por ejemplo, García Álvarez y Del Carpio Delgado, señalan que “No toda expresión verbal constituye una violencia psíquica, sino sólo la que, de manera más o menos relevante, incide directamente sobre la psiquis del afectado, poniendo directamente en peligro su salud mental.

Lo anterior nos permite afirmar que por maltrato psíquico en términos estrictamente penales ha de entenderse, por tanto, actos de acometimiento (conductas verbales o de obra) que, sin incidir sobre el cuerpo del afectado, inciden en su psiquis poniendo en peligro directamente su salud mental; y que el bien jurídico protegido con la incriminación expresa de esta conducta sigue siendo la salud, en este caso la salud mental del sujeto pasivo con ella afectado”⁴⁸.

Sea como fuere, llegados a este punto, queda claro lo apuntado al inicio de este apartado, esto es, que los vaivenes legislativos han provocado un alto grado de incertidumbre en una cuestión tan fundamental como la del bien jurídico protegido.

Resumiendo todo lo dicho, las opiniones doctrinales acerca del bien jurídico protegido en el delito de malos tratos son, básicamente, tres: la muy criticada posición que toma en consideración a la familia o a la paz en la convivencia familiar como bien jurídico propio de este delito, la que sitúa el bien jurídico en la integridad o la salud personales y la que lo sitúa en la integridad moral de los sujetos pasivos del delito.

De entre todas ellas, parece que esta última presenta un mayor número de argumentos a su favor, resultando a la postre, en mi opinión, la más acertada de entre todas las propuestas por la doctrina.

En primer lugar, frente a lo expresado por Gracia Martín, nada obsta a que la dignidad sea un bien jurídico penalmente protegible. Ciertamente es que la dignidad humana es

46 Gracia Martín se refiere a la suya propia de que el bien jurídico protegido en este delito es idéntico al de las lesiones.

47 Gracia Martín, “El delito y la falta de malos tratos”, pág. 583.

48 García Álvarez, P / Del Carpio Delgado, J., *El delito de malos tratos*, págs. 32 y 33.

un atributo de la persona por su misma condición de persona y que su consideración se halla en la base de todo el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto. Sin embargo, también la libertad es la clave de bóveda, por así decirlo, del Derecho y ello no empece, en absoluto, a que la misma sea bien jurídico protegido en, vgr. las coacciones o las amenazas.

Si existe algún tipo de problema conceptual en que la dignidad en sí misma considerada sea considerada como bien jurídico, lo cierto es que un concepto como “integridad moral” sí que carece de todo problema al respecto.

En segundo término, hay que tener muy en cuenta que las conductas de malos tratos no siempre son reconducibles ni en su lesividad ni en sus formas de aparición en la vida social a ataques a la salud, ni siquiera aunque se comprenda en ella a la salud psíquica.

En efecto, como señala Castelló Nicás, “hay numerosas actuaciones constitutivas de malos tratos que pueden no incidir ni en la salud ni en la vida de la víctima, al menos de forma directa. Cuando alguien ejerce habitualmente el comportamiento al que se refiere el artículo 153 con cualquiera de las personas señaladas en el mismo precepto, por alguno de los procedimientos a través de los cuales se puede maltratar a una persona, que pueden ser muchos y no necesariamente tan notorios físicamente como estamos acostumbrados a presenciar y visionar a través de los medios de comunicación (maltrato de carácter psicológico en cualquier forma, conductas soterradamente amenazadoras, dirigirse al otro de manera despectiva e injuriosa, encerrarlo en la vivienda para no ser visto/a por nadie, impedir su aseo, etc.), estamos ante actuaciones denigrantes y humillantes, que minan, destruyen e indiscutiblemente afectan a la dignidad de las personas”⁴⁹.

Estas afirmaciones son, a mi juicio, total y absolutamente compartibles, así como la conclusión que esta autora extrae de todo ello: “En ello radica el verdadero sentido de los malos tratos, no en el daño físico, probablemente menos doloroso que el moral o psíquico, sino en la consideración menospreciada de la persona maltratada, en muchas ocasiones como forma de ejercer una autoridad de la que se carece en cualquier otro ámbito”⁵⁰.

Además, existen razones de Derecho positivo que abonan esta tesis: si la inclusión de la violencia psíquica a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 14 / 1999 supuso, como antes se apuntó, un argumento a favor de la tesis que se decanta por la integridad moral como bien jurídico protegido en el delito de malos tratos, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11 / 2003 supuso, a mi juicio, la definitiva consagración de la posición doctrinal que considera la integridad moral como el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos, dado que el legislador optó por el traslado del tipo contemplado hasta ese momento en el artículo 153 del Código penal al artículo 173 y, consecuentemente, al Título VII dedicado a los delitos contra la integridad moral.

Así, la opinión, aquí compartida, según la que el bien jurídico protegido en los diversos tipos de malos tratos (no sólo ya en el artículo 153 sino también, tras la Ley Orgánica 11 / 2003, en el artículo 173) es la integridad moral obtuvo, por así decirlo, el respaldo del legislador, al poderse vislumbrar con mayor claridad –en realidad, más por la ubicación sistemática que por la redacción típica– la presencia de dicho bien jurídico como objeto de protección⁵¹.

49 Vid. Castelló Nicás, N., “Problemática del bien jurídico”, pág. 71.

50 Vid. Castelló Nicás, N., “Problemática del bien jurídico”, *Íbidem*.

51 Tras dicha reforma, los artículos 153 y 173 quedaron redactados –con una prolijidad nada encomiable– del siguiente modo (y, por tanto, éste es el Derecho vigente hasta junio de 2005):

Muchas cuestiones interesantes suscita la mencionada reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11 / 2003⁵², sin embargo, es momento de entrar en el análisis de la Ley Orgánica 1 / 2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Veremos cómo cualquier conclusión acerca de este delito está condenada a ser provisional, pen la medida en que el legislador se empeña por seguir dando vueltas de tuerca a su regulación.

III.- LA (PEN)ÚLTIMA REFORMA DE LOS DELITOS DE MALOS TRATOS Y LA PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La Ley Orgánica 1 / 2004, en lo que al Código penal respecta⁵³, viene a reformar los artículos 83 y 84 (relativos a la suspensión de penas) 88 (relativo a la sustitución de

Artículo 153:

“El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito en este Código o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

Artículo 173:

“1. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

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

52 De manera muy expresiva, Acale Sánchez ha señalado que el novedoso y todavía vigente tipo penal del artículo 173. 2 “es un tipo penal que no tiene ni pies ni cabeza, porque no tiene cuerpo”. Acale Sánchez, M., “Reformas en materia de malos tratos: los nuevos delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, ejemplar mecanografiado de la conferencia impartida en el marco de las Jornadas de Derecho penal “Las reformas penales de 2003 y el Derecho penal del siglo XXI”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña los días 25 y 26 de noviembre de 2004.

53 Hay que tener en cuenta que al tratarse de una norma con pretensiones de ofrecer una protección “integral” contra la violencia *de género* no sólo tiene contenido penal sino que también incluye medidas de sensibilización, prevención y detección (Título I), un catálogo de derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género (Título II) y una previsión de tutela institucional (Título III) y judicial (Título V).

penas), 148 (lesiones), 153, 171 (amenazas), 172 (coacciones), 468 (quebrantamiento de condena) y 620 (falta de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas).

Indudablemente, son muchas las cuestiones que suscita una reforma como la llevada a cabo por esta Ley Orgánica⁵⁴. Sin embargo, por razones de espacio, sólo se podrá atender aquí aquello que afecte a la problemática del bien jurídico.

Pues bien, el tan traído y llevado artículo 153⁵⁵ quedará redactado del siguiente modo (destacadas en cursiva las modificaciones):

“1. El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito en este Código o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, o amenazare a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos *cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*, será castigado con la pena de prisión *de seis meses a un año* o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año *y un día* a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento *hasta cinco años*

2. *Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173. 2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo*, el autor será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

3. *Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

4. *No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.*

Analizada, *prima facie*, la reforma, podría decirse que, a excepción de los cambios realizados en aras de una mejor técnica legislativa⁵⁶, las diversas modificaciones se mueven entre la necesidad de contentar -cuanto menos formalmente- las demandas sociales de punición y la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad⁵⁷.

Pues bien, en esta tensión el legislador se ha mostrado benévolo –quizá más de lo que cabría esperar-, pues con el nuevo texto punitivo antes transcrito las penas pueden ser inferiores a las que podían ser impuestas tras la Ley Orgánica 11 / 2003, en virtud del

54 Entre otras cuestiones, unos nada desdeñables problemas concursales.

55 Como se acaba de indicar, el artículo 173. 2 no ha sido modificado.

56 Por ejemplo, la utilización del futuro de subjuntivo en lugar del pretérito imperfecto de subjuntivo en el tenor literal del ahora 153. 1 y la propia división del precepto en apartados.

57 A pesar del favorable pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como se comenta en la nota 26.

nuevo apartado 4⁵⁸. Más aún, si bien es cierto que en el apartado 1 del nuevo artículo 153 existe un aumento de pena de prisión (de los tres meses y un año de la anterior dicción a los seis meses y un año de la actual), la pena alternativa a la de prisión (pena de prisión que es, por tanto, potestativa) no ha sido modificada, de suerte que, en la práctica podría no haber cambiado nada en lo que a penalidad se refiere en función de la opción que tome el Juez o Tribunal (prisión o trabajos en beneficio de la comunidad)⁵⁹.

De todos modos, lo relevante a efectos del bien jurídico es la mención, como sujetos pasivos del nuevo 153. 1, a:

- a) La mujer que sea o haya sido esposa del ofensor o
- b) La mujer que esté o haya estado ligada al ofensor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o
- c) persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

En efecto, como podemos observar, el nuevo precepto hace mención expresa a la mujer como sujeto pasivo del delito, a excepción del tercer supuesto, el de persona especialmente vulnerable –pensado probablemente para el supuesto de malos tratos a niños. Se trata, por tanto, del primer delito del Código penal español que diferencia en su supuesto de hecho en función del sexo del sujeto pasivo.

Si a ello añadimos que la Ley Orgánica 1 / 2004 se denomina “de medidas de protección integral contra la violencia de género” y que dicha *violencia de género* es definida en su Exposición de Motivos como la “violencia que se dirige *sobre las mujeres* por el hecho mismo de serlo”, podemos advertir que el objetivo claro del legislador era crear tipos específicos que tuviesen como sujeto pasivo a la mujer.

Las consecuencias respecto al bien jurídico son incalculables⁶⁰: si ya resultaba harto complicado determinar qué bien jurídico subyacía a los diversos preceptos (a día de hoy, básicamente, los artículos 153 y 173) la cuestión ahora estriba en determinar si, en el supuesto del artículo 153. 1, no sólo el sujeto pasivo es necesariamente mujer sino que también haya que tener en consideración la cuestión *de género* a la hora de determinar el bien jurídico. Y en caso afirmativo, valorar en qué medida es susceptible de tutela penal un tal bien jurídico.

Un indicio acerca de esta cuestión podría ser la nueva regulación de los artículos 83, 84 y 85 en la que se hace referencia repetidamente a los “delitos relacionados con la violencia de género”.

De esta suerte, teniendo en cuenta esta regulación y la nueva dicción de los artículos 153, 171 y 172, parece que se ha abierto una cuarta posibilidad a la hora de abordar la problemática del bien jurídico protegido en los delitos aquí estudiados⁶¹. Si antes

58 La rebaja potestativa de pena es toda una sorprendente novedad de la Ley Orgánica 1 / 2004 que contradice en apariencia su Exposición de Motivos, en la que se señala que “la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza”.

59 Con esto no quiere expresarse un desacuerdo con el proceder del legislador. Antes al contrario, dado el cariz que estaba tomando el artículo 153, una cláusula como la del nuevo apartado 4 puede resultar un medio idóneo para evitar problemas de proporcionalidad. Cuestión distinta, por supuesto, es la aplicación que de ella hagan los jueces y tribunales.

60 Y no sólo respecto del delito del artículo 153, sino también en lo que concierne a los artículos 171 y 172, en los que también se incluye una referencia a “esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

61 A estas alturas encontrar una adecuada denominación parece tarea difícil.

había tres corrientes doctrinales: la que propugnaba como bien jurídico protegido la pacífica convivencia familiar, la que sostenía que, en realidad, el bien jurídico era idéntico al del resto de delitos de lesiones y, la aquí propuesta como, *a priori*, más correcta, esto es, la que pone en primer plano de protección la integridad moral del sujeto pasivo, ahora se une una cuarta posibilidad: ¿podría ser el bien jurídico protegido la consideración para con la mujer, su integridad física y psíquica, su esfera de derechos y libertades?

Desde luego, aquí habría que volver a traer a colación a Mayer, pues los problemas se multiplican: ya no se trata simplemente de descubrir el bien jurídico que yace tras los diversos tipos penales, sino que hay que determinar también en qué medida las consideraciones *de género* pueden fundamentar un delito (en qué medida, por tanto, puede existir un bien jurídico – penal cuya *ratio essendi* sea el sexo del sujeto pasivo) y en qué medida puede respetar un bien jurídico – penal semejante las exigencias derivadas de los principios penales que deben informar la legislación penal de un Estado democrático.

En este sentido, *prima facie*, y a la espera de que la doctrina se pronuncie⁶², parece que debe transformarse la perspectiva a la vista de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1 / 2004 en la medida en que la finalidad del legislador es clara y se ha plasmado con rotundidad en el texto punitivo.

Por eso mismo, parece que no puede orillarse el fin que el legislador ha pretendido a la hora de intentar (una vez más) indagar acerca del bien jurídico protegido: así, no es descabellado plantear que *el bien jurídico del nuevo artículo 153 sea la integridad de la mujer, integridad entendida en sentido amplio, esto es, no sólo como integridad física sino también como el conjunto de condiciones que precisa para el libre y digno desarrollo de su personalidad y, en definitiva, de su vida*⁶³.

Dicho lo cual, debe añadirse que, en puridad, esto no representa conclusión alguna, sino el inicio de una nueva discusión.

En primer lugar, porque dicho tipo penal –algo que no sucede, por cierto, en el resto de delitos modificados por la Ley Orgánica 1 / 2004- incluye una referencia, como vimos, a “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, de modo que no sólo la *violencia de género* es el eje central de la reforma aquí estudiada.

Por tanto, conviene ampliar la propuesta de bien jurídico: *no sólo la integridad de la mujer sino también la integridad de quienes ocupan en la relación de convivencia*⁶⁴ *una posición vulnerable que les lleva a sufrir la dominación (física o psíquica) del agresor.*

En segundo lugar, porque considero altamente discutible que un bien jurídico de las características del aquí propuesto pueda cumplir todas las exigencias que han de ser cumplidas por tal concepto.

En tercer lugar porque no se comprende muy bien la relación entre los delitos ahora llamados “de violencia de género” y los otros tipos penales con los que comparte ubicación normativa y sistemática, en tanto en cuanto, presumiblemente, protegen

62 En lo que se me alcanza, no se ha publicado todavía ningún trabajo sobre esta problemática.

63 Cabría achacársele a este bien jurídico, sin duda, que, en realidad, es un conglomerado de otros bienes jurídicos. Pero ensayar una propuesta de bien jurídico para el artículo 153 exige atender a múltiples aspectos (como multiforme es, ciertamente, el fenómeno que se intenta combatir con esta ilimitada serie de reformas).

64 Convivencia en la medida en que a este sujeto pasivo -al contrario que a la mujer, esposa etc.- se le exige como requisito típico.

bienes jurídicos de diversa naturaleza (pues los nuevos tipos atienden a consideraciones de género, algo impensable hasta ahora).

Por esta razón, convendría realizar una tarea de reubicación sistemática guiada por el criterio del bien jurídico y, ya que tan claro ha tenido el legislador cuestiones, como la de convertir el sexo del sujeto pasivo en elemento basilar de un bien jurídico, tan discutidas y discutibles, sería aconsejable *de lege ferenda* la creación de un Título específico dentro del propio Libro II del Código penal que reuniese esta clase de delitos bajo la rúbrica que mejor sepa condensar las especificidades que habrían de otorgarles sustantividad⁶⁵.

En suma, esta es la única (y quizá pobre) conclusión que puede extraerse de las anteriores páginas: tras años de discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos y tras un primer principio de pacificación de la doctrina con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11 / 2003 (que, como se ha señalado, parecía otorgar la razón a quienes mantenían –a mi juicio correctamente- que era la integridad moral lo que se protegía en estos delitos), la Ley Orgánica 1 / 2004 ha supuesto una nueva vuelta de tuerca en la que, a la postre, la cuestión del sexo del sujeto pasivo ha pasado a un primer plano.

Por eso mismo, y procurando no dejar de lado la voluntad del legislador, se mantiene en el presente estudio (con las salvedades indicadas) que el bien jurídico protegido en el artículo 153 del Código penal es *la integridad de la mujer* y que, en consonancia con la propia voluntad del legislador y las especialidades de estos delitos, todos deberían ser reubicados en un Título específico.

Qué pueda suponer todo ello respecto de la comprensión de esta familia delictiva y respecto de la discusión doctrinal sobre la misma es todavía una incógnita.

De todos modos, la conclusión final no puede ser, a buen seguro, muy optimista: es muy probable que antes de que se alcance un acuerdo sobre la problemática del bien jurídico en los delitos de malos tratos tras la Ley Orgánica 1 / 2004 ya se haya producido una nueva reforma, porque mientras el legislador, como se señalaba al comienzo de estas páginas, sigue acumulando “primeras palabras” –en la (a mi juicio vana) ilusión de que la respuesta penal pueda servir de algo frente a este fenómeno- la última palabra la sigue teniendo a día de hoy el agresor.

⁶⁵ Sería aconsejable, en todo caso, que el legislador abandonase la errónea denominación de “violencia de género”.