

**UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

TESIS DOCTORAL

**EL ART. 173.2 CP: TIPICIDAD OBJETIVA Y
NATURALEZA JURÍDICA**

Autora: Dña. Bárbara San Millán Fernández

Directora: Profa. Dra. Dña. Paz Mercedes de la Cuesta Aguado
Catedrática de Derecho Penal

SANTANDER, 2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
INTRODUZIONE	13

CAPÍTULO I: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 CP

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN DELITO DE MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR, DOMÉSTICO Y ASIMILADOS DEL ART. 173.2 CP.....	18
1.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	18
1.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN	27
1.2.1. EL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR, DOMÉSTICO Y ASIMILADOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA	28
1.2.2. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL ART. 173.2 CP EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA	36
1.2.2.1. La integridad corporal y la salud física y mental	37
1.2.2.2. La paz familiar	42
1.2.2.3. La Dignidad de la persona.....	46
1.2.2.4. La integridad moral	47
1.2.2.4.1. <i>Críticas dirigidas al resto de posiciones doctrinales.....</i>	48
1.2.2.4.2. <i>Propuestas doctrinales sobre la definición de la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido.....</i>	58
2. LA NECESIDAD DE REDEFINIR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DEL ART. 173.2 CP.....	62
2.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	62
2.2. PROPUESTAS DOCTRINALES: REVISIÓN CRÍTICA.....	63
2.2.1. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN DE LA PAZ FAMILIAR COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 CP	64

2.2.2. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD FÍSICA Y MENTAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 CP.....	70
2.2.3. CRÍTICAS A LAS PRINCIPALES DEFINICIONES DE INTEGRIDAD MORAL PROPUESTAS POR LA DOCTRINA.....	78
2.2.3.1. La integridad moral como Derecho.....	82
2.2.3.2. “Cosificación” como lesión a la integridad moral.....	84
2.2.3.3. La “humillación” como afectación a la integridad moral.....	86
2.2.3.4. La integridad moral como “respeto a la persona”	87
2.3. PLANTEAMIENTO PERSONAL Y PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LA INTEGRIDAD MORAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 CP	88
CONCLUSIONES PROVISIONALES	100
CONCLUSIONI PROVVISORIE	105

CAPÍTULO II: EL DELITO DE *MALTRATTAMENTI* CONTRO *FAMILIARI E CONVIVENTI* EN EL CÓDIGO PENAL ITALIANO

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	112
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL DERECHO PENAL ITALIANO	113
2.1. <i>CODICE PENALE SARDO</i> DE 1839	114
2.2. <i>CODICE PENALE SARDO-ITALIANO</i> DE 1859.....	115
2.3. <i>CODICE ZANARDELLI</i> DE 1889	118
3. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS MALOS TRATOS.....	125
3.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	126
3.1.1. LA FAMILIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE MALOS TRATOS	127
3.1.2. LA BÚSQUEDA DE UN BIEN JURÍDICO DE TITULARIDAD INDIVIDUAL COMO OBJETO DE PROTECCIÓN	128
3.2. DISTINCIÓN CON EL DELITO DE ABUSO DE MEDIOS DE CORRECCIÓN	135

3.3. LOS SUJETOS DEL DELITO	142
3.3.1. PERSONA DE LA FAMILIA.....	147
3.3.2. PERSONA CONVIVIENTE.....	151
3.3.3. PERSONA SOMETIDA A LA AUTORIDAD DEL AUTOR O A ÉL CONFIADA POR RAZÓN DE SU EDUCACIÓN, INSTRUCCIÓN, CUIDADO, VIGILANCIA O CUSTODIA, O PARA EL EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN O DE UN ARTE.....	152
3.4. LA CONDUCTA TÍPICA.....	154
3.5. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO	158
3.6. RESULTADO Y CONSUMACIÓN. TENTATIVA EN EL DELITO DE MALTRATTAMENTI.....	162
3.6.1. EL RESULTADO EN EL DELITO DE MALTRATTAMENTI ..	162
3.6.2. ITER CRIMINIS.....	165
3.7. RELACIONES CON OTROS DELITOS	168
3.7.1. AMENAZAS, INJURIAS Y GOLPES	168
3.7.2. LESIONES O MUERTE DEL SUJETO PASIVO.....	170
3.7.3. VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR, VIOLENCIA SEXUAL Y SECUESTRO.....	172
3.8. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 572 CPi.....	173
3.8.1. PROBLEMAS QUE PLANTEA.....	173
3.8.2. POSIBLES SOLUCIONES.....	174
3.8.2.1. El párrafo segundo del art. 572 CPi como “delito circunstanciado”	174
3.8.2.2. El párrafo segundo del art. 572 CPi como tipo autónomo	177
3.8.2.1.1. <i>El art. 572 CPi, párrafo segundo, como delito preterintencional.</i>	179
3.8.2.1.2. <i>El art. 572 CPi, párrafo segundo, como delito cualificado por el resultado</i>	182
3.9. LA PENA.....	183
CONCLUSIONES PROVISIONALES	185
CONCLUSIONI PROVVISORIE	191

CAPÍTULO III: TIPICIDAD OBJETIVA

1. EL DELITO ESPECIAL PROPIO DEL ART. 173.2 CP: LAS ESPECÍFICAS RELACIONES CONTEMPLADAS EN EL TIPO COMO <i>RATIO</i> DE LA INTERVENCIÓN PENAL.....	198
1.1. CÓNYUGE, EXCÓNYUGE O PERSONA QUE ESTÉ O HAYA ESTADO LIGADA AL SUJETO ACTIVO POR ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD AUN SIN CONVIVENCIA.....	202
1.2. DESCENDIENTES, ASCENDIENTES O HERMANOS POR NATURALEZA, ADOPCIÓN O AFINIDAD, YA SEAN PROPIOS O DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE	215
1.3. MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN QUE CON ÉL CONVIVAN O QUE SE HALLEN SUJETOS A LA POTESTAD, TUTELA, CURATELA O GUARDA DE HECHO DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE	219
1.4. PERSONA AMPARADA POR CUALQUIER OTRA RELACIÓN POR LA QUE SE ENCUENTRE INTEGRADA EN EL NÚCLEO DE SU CONVIVENCIA FAMILIAR	225
1.5. PERSONAS QUE POR SU ESPECIAL VULNERABILIDAD SE ENCUENTREN SOMETIDAS A CUSTODIA O GUARDA EN CENTROS PÚBLICOS O PRIVADOS.....	227
2. CONDUCTA TÍPICA	228
2.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	228
2.2. EJERCICIO DE VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA	229
2.2.1.VIOLENCIA FÍSICA	230
2.2.2.VIOLENCIA PSÍQUICA	233
2.2.3.RELEVANCIA PENAL DE LOS ACTOS SINGULARES DE VIOLENCIA	244
2.3. LA HABITUALIDAD.....	249
2.3.1. NATURALEZA DEL REQUISITO TÍPICO DE LA HABITUALIDAD	250
2.3.2. HABITUALIDAD: CONCEPTO.....	253
2.3.2.1. Posición clásica: concepción cuantitativa de la habitualidad	253
2.3.2.2. Reformulación del concepto de habitualidad: el denominado “estado de agresión permanente”	257

3. ESTRUCTURA TÍPICA	268
3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS	268
3.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN	271
3.2.1. EL DELITO DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO DE MERA ACTIVIDAD	272
3.2.3. EL DELITO DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO DE RESULTADO.....	275
3.2.3.1. El resultado del art. 173.2 CP como maltrato de obra o vejación injusta, según la modalidad comisiva	276
3.2.3.2. El resultado del art. 173.2 CP como el “síndrome del maltrato” ..	279
3.2.3.3. El resultado del art. 173.2 CP como lesión de la integridad moral	280
3.3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	281
3.4. CONDUCTAS OMISIVAS.....	287
3.4.1. CONDUCTA TÍPICA Y COMPORTAMIENTOS OMISIVOS	287
3.4.1.1. Posición personal	293
3.4.2. COMISIÓN POR OMISIÓN	297
3.4.2.1. Posición personal	302
3.5. PROPUESTA DE REFORMA DEL ART. 173.2 CP.....	305
CONCLUSIONES PROVISIONALES	307
CONCLUSIONI PROVVISORIE	316

CAPÍTULO IV: NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	327
2. EL DELITO HABITUAL	331
2.1. CONCEPTO	331
2.2. CLASES DE DELITO HABITUAL.....	333
2.2.1. EL DELITO NECESARIAMENTE HABITUAL	333
2.2.1.1. El delito necesariamente habitual propio	334
2.2.1.2. El delito necesariamente habitual impropio	335

2.2.2. EL DELITO EVENTUALMENTE HABITUAL.....	337
2.3. LA ESTRUCTURA DEL DELITO HABITUAL.....	339
2.3.1. LA REITERACIÓN DE ACCIONES	339
2.3.2. LA HOMOGENEIDAD DE LAS ACCIONES	340
2.3.3. EL NEXO DE HABITUALIDAD	340
2.4. LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO HABITUAL	341
3. EL DELITO PERMANENTE	343
3.1. CONCEPTO.....	343
3.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO PERMANENTE.....	346
3.3. NATURALEZA DE LA “FASE DE PERMANENCIA”	351
3.3.1. LA PERMANENCIA COMO REQUISITO PARA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.	352
3.3.2. LA PERMANENCIA COMO FASE SUCESIVA A LA CONSUMACIÓN	354
3.4. FUNDAMENTO DE LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DE LA PERMANENCIA.....	358
3.4.1. LA “TESIS BIFÁSICA”	359
3.4.1.1. Críticas	360
3.4.2. LA TESIS SEGÚN LA CUAL EL MISMO PRECEPTO INCRIMINA TANTO LA CREACIÓN DEL ESTADO ANTIJURÍDICO COMO LA SUCESIVA CONDUCTA DE MANTENIMIENTO	362
3.4.2.1. Críticas	364
3.4.3. LA TESIS SEGÚN LA CUAL LA PERMANENCIA INDICARÍA LA EVENTUAL DURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL ÚNICO PRECEPTO CONTENIDO EN EL TIPO PENAL.....	367
3.4.4. POSICIÓN PERSONAL	369
3.5. LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO PERMANENTE	370
3.5.1. LA PROLONGACIÓN DE LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO PERMANENTE: EL “ESTADO CONSUMATIVO”	372
3.5.2. LA CONSUMACIÓN INSTANTÁNEA EN EL DELITO PERMANENTE.....	373
3.5.3. POSICIÓN PERSONAL	375
3.6. CONCEPTO DE DELITO PERMANENTE QUE SE ADOPTA: CONSECUENCIAS ESTRUCTURALES.....	376

4. CARACTERÍSTICAS COMUNES Y DIFERENCIALES ENTRE EL DELITO HABITUAL Y EL DELITO PERMANENTE	380
4.1. CARACTERÍSTICAS COMUNES	380
4.2. CARACTERÍSTICAS DIFERENCIALES	382
5. EL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO PERMANENTE O COMO DELITO HABITUAL.....	386
5.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	386
5.2. EL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO PERMANENTE	387
5.3. EL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO HABITUAL	390
5.4. POSICIÓN PERSONAL	392
CONCLUSIONES PROVISIONALES	397
CONCLUSIONI PROVVISORIE	406
CONCLUSIONES FINALES	416
CONCLUSIONI FINALI.....	446
BIBLIOGRAFÍA.....	481

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Cass. Pen. Sez.	<i>Cassazione Penale Sezione</i>
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Cit.	Citado
Coord./Coords.	Coordinador/Coordinadores
CP	Código Penal
CPi	Código Penal italiano
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
Dir./Dir.	Director
LO	Ley Orgánica
n.	Número
p./pp.	Página/Páginas
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El delito de malos tratos habituales contra determinados sujetos especialmente vinculados al sujeto activo no tiene apenas tradición legislativa en el Derecho penal español. Las razones no hay que buscarlas – como sucede en relación con otras figuras delictivas-, obviamente, en la modernidad del fenómeno que se pretende reprimir, sino, más bien, en la tradicional concepción del ámbito doméstico como terreno vedado a la intervención punitiva. En las últimas décadas, sin embargo, tuvo lugar un cambio definitivo en la percepción por parte de la sociedad –fomentado, en gran medida, por determinados grupos de presión- de la violencia ejercida en el ámbito privado –fundamentalmente contra las mujeres y contra los menores-, que se convirtió en un asunto de interés público. Ello, junto con la amplia difusión de los casos más graves –generalmente aquellos que terminaban con la muerte de la víctima- en los medios de comunicación, resultó, sin duda, determinante de la decisión del Legislador penal de introducir, en 1989, un precepto dedicado al denominado “delito de malos tratos domésticos”.

Desde entonces el delito le ha planteado a la Doctrina y a la Jurisprudencia importantes problemas interpretativos y dogmáticos, a los que han contribuido las vicisitudes legislativas por las que ha atravesado esta figura delictiva en los últimos años. Los cambios en la ubicación sistemática del tipo han generado la impresión de que ni el propio Legislador tiene claro cuál es el bien jurídico –si es que es posible afirmar su existencia- que trata de proteger; la constante ampliación del círculo de posibles sujetos pasivos, más allá del ámbito doméstico, ha puesto de relieve que la *ratio* de la intervención penal no se encontraba en la

protección de las relaciones familiares; la introducción de la violencia psíquica como modalidad comisiva, concepto, ciertamente, impreciso, ha dado lugar a suspicacias relacionadas con el mandato de taxatividad de los tipos; y, en fin, el requisito de la habitualidad en la conducta ha generado serias dudas interpretativas que amenazan la seguridad jurídica.

Los estudios existentes reflejan la absoluta disparidad de opiniones que reina en la Doctrina científica en torno a muchos de los interrogantes que el tipo objeto de estudio plantea, mientras que otros, como el relativo a la naturaleza jurídica del delito, se han ido dejando de lado. Ante este panorama, la presente investigación se propone abordar, desde una perspectiva dogmática, el análisis de algunas de las cuestiones más trascendentales que el delito de malos tratos habituales - actual art. 173.2 CP- suscita, con el propósito de realizar una serie de propuestas interpretativas y, si hubiere lugar, de reforma del tipo penal:

En primer lugar, partiendo de la convicción de que el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP posee un injusto propio y diferenciado que justifica su tipificación autónoma, se acometerá una revisión crítica de las diversas propuestas doctrinales formuladas en relación con el bien jurídico protegido en el tipo penal. Si, como creo, es posible sostener la tesis de que el objeto de tutela es la integridad moral -como sugiere la actual ubicación sistemática del delito-, será preciso establecer un concepto de integridad moral que, desde el punto de vista dogmático, legitime su configuración como bien jurídico merecedor de protección penal. A estas cuestiones se dedicará el Capítulo Primero.

A continuación, en el Segundo Capítulo, se abordará el estudio del delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi* en el Código penal italiano, lo que se explica, por un lado, porque las numerosas analogías que

el tipo presenta con el art. 173.2 CP le han planteado a la Doctrina italiana similares dificultades interpretativas, cuyo análisis puede ayudar a la comprensión de nuestro propio precepto; por otro, porque ya el *Codice Zanardelli* de 1889 preveía un delito de malos tratos de características muy similares al actualmente tipificado en nuestro Texto Punitivo, lo que pone de manifiesto la precocidad del Legislador penal italiano en el tratamiento de un fenómeno que, como he señalado, no mereció la atención del Legislador español sino un siglo más tarde.

El Tercer Capítulo se dedicará al análisis del tipo objetivo del art. 173.2 CP, comenzando por el círculo de posibles sujetos pasivos del delito, que, fundamentalmente tras la reforma de 2003, ha traspasado el estricto ámbito familiar, lo que impide ya denominar al delito como de “violencia doméstica”. Así, será preciso delimitar la que considero como *ratio* de la intervención penal en el marco de las relaciones expresamente enumeradas. Posteriormente, se analizará la conducta típica, que constituye una inagotable fuente de controversia, tanto por la utilización del ambiguo concepto de violencia psíquica en la definición de las modalidades comisivas, como por la interpretación del que constituye el elemento más característico del delito: el requisito de la habitualidad. Asimismo, la compleja configuración de la conducta, que puede venir integrada por actos que, a su vez, puedan ser constitutivos de otros delitos, bien de resultado, bien de mera actividad, requerirá un pronunciamiento acerca de la propia estructura típica del delito del 173.2 CP.

Finalmente, en el Cuarto y último Capítulo, me ocuparé del análisis de una cuestión que ha pasado prácticamente inadvertida en la Doctrina penal española y que suscita problemas dogmáticos de calado. Me refiero a la determinación de la naturaleza jurídica del delito del art. 173.2 CP, como delito permanente o como delito habitual. Ello exigirá, nuevamente, el

recurso a la Doctrina italiana, que, a diferencia de la española, se ha dedicado al estudio exhaustivo de ambas categorías delictivas y de sus elementos comunes -lo que permite incluirlas en la más amplia categoría de los denominados "delitos de duración"- y distintivos. Si es claro que el delito de malos tratos del art. 173.2 CP no es un delito instantáneo, no lo es tanto, según se podrá comprobar, a qué clase de delito de duración pertenece, lo que exigirá, a su vez, reflexionar sobre diversos institutos de la Parte General del Derecho penal.

INTRODUZIONE

Il delitto che incrimina i maltrattamenti abituali contro determinati soggetti selezionati in base allo speciale legame con il soggetto attivo non ha certamente alle spalle una lunga e consolidata vigenza –e altresì tradizione– legislativa nel Diritto penale spagnolo. Le ragioni di ciò non vanno certamente rinvenute –come avviene per altre figure delittuose recentemente introdotte–, nella modernità del fenomeno che s'intende reprimere, quanto piuttosto nella tradizionale concezione dell'ambito domestico come terreno refrattario all'intervento del magistero penale. Negli ultimi anni, tuttavia, si è registrato senz'altro un mutamento definitivo –fomentato, in gran parte, da taluni gruppi di pressione– nella percezione da parte della società della violenza esercitata –prevalentemente contro le donne ed i minori– nell'ambito privato, che è pertanto diventata una problematica di interesse pubblico. Tutto ciò, unito al sempre più ampio risalto dato ai casi più gravi –generalmente quelli che si traducevano nel decesso della vittima– nei mezzi di comunicazione di massa, ha senza dubbio svolto un ruolo decisivo nella genesi della scelta operata da parte del nostro Legislatore di introdurre, nel 1989, una nuova ed autonoma fattispecie criminosa, di tipo delittuoso, denominata “maltrattamenti domestici”.

A partire da tale momento il delitto in questione ha posto, sia alla Dottrina che –ovviamente– alla Giurisprudenza, importanti questioni, spesso problematiche di tipo interpretativo e dogmatico, alla cui criticità hanno senz'altro dato un rilevante contributo le vicissitudini legislative che hanno caratterizzato la previsione incriminatrice *de quo* nel corso degli ultimi anni. Le modifiche della collocazione sistematica della fattispecie hanno veicolato l'impressione che nemmeno il Legislatore stesso abbia le

idee chiare su quale sia il bene giuridico -ove sia davvero possibile attestarne l'esistenza- che intenda tutelare; il costante ampliamento del novero dei possibili soggetti passivi, ben al di là della cerchia domestica, ha posto in rilievo come la *ratio* dell'intervento penale non sia affatto da rinvenire nella salvaguardia delle relazioni familiari; l'inserimento normativo della violenza psichica -concetto che certamente non brilla per precisione- quale mezzo di realizzazione della condotta tipizzata, ha generato rilevanti tensioni con il principio di tassatività delle norme penali; e, da ultimo, il requisito dell'abitualità della condotta ha dato la stura a serie perplessità esegetiche che minacciano di intaccare la sicurezza giuridica.

Gli studi al momento esistenti rispecchiano la marcata divergenza di opinioni che domina nella letteratura scientifica con riguardo a molti degli interrogativi che la figura delittuosa in commento suscita; mentre al contempo altri, come quello concernente la natura giuridica del delitto, sono stati tendenzialmente ignorati nel quadro del dibattito ermeneutico. A fronte di tale panorama, la presente dissertazione si propone di affrontare, adottando una prospettiva ed un metodo dogmatici, l'analisi delle questioni più pregnanti tra quelle scaturenti dal delitto di maltrattamenti abituali - al momento incriminato dall'art. 173.2 CP-, al fine di elaborare una serie di proposte interpretative e, ove occorresse, di riforma della fattispecie penale.

In prima battuta, partendo dall'accoglimento del presupposto dogmatico in base al quale il delitto di maltrattamenti abituali *ex art. 173.2 CP* sia connotato da un peculiare profilo di illiceità che ne giustifichi l'autonoma tipizzazione, si procederà ad una revisione critica dei diversi orientamenti accademici emersi nel dibattito sul bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale *de quo*. Qualora, come ritengo, sia possibile propugnare la tesi che oggetto di tutela sia la libertà morale -come

suggerisce l'attuale collocazione sistematica della previsione incriminatrice-, sarà necessario enucleare una nozione di libertà morale che, sotto il punto di vista ermeneutico, legittimi la sua configurazione come bene giuridico degno di tutela penale. A tali assunti sarà dedicato il Primo Capitolo.

Nella prosecuzione della trattazione, invece, il Secondo Capitolo si occuperà dello studio del reato di “Maltrattamenti contro familiari e conviventi” nel Codice penale italiano, il che è giustificato *in primis* dal fatto che, alla luce delle numerose analogie che la suddetta fattispecie presenta con quella dell'art. 173.2 CP, la dottrina italiana ha dovuto affrontare criticità ermeneutiche simili -a quelle ravvisate dalla spagnola-, il cui approfondimento potrà senz'altro giovare alla comprensione della figura criminosa del Codice spagnolo; ed in secondo luogo dalla circostanza che già il Codice Zanardelli del 1889 incorporava un reato di maltrattamenti tipizzato in una maniera molto simile a quello attualmente sanzionato dal nostro Testo Punitivo, dal che si evince in modo evidente la “precocità” del Legislatore italiano nel contrasto penale ad un fenomeno che -come ho già rilevato- non è stato oggetto di attenzione da parte del Legislatore spagnolo se non a partire da un secolo più tardi.

Il Terzo Capitolo sarà poi incentrato sull'analisi dell'elemento oggettivo della previsione incriminatrice *ex art.* 173.2 CP, a partire dall'ambito dei possibili soggetti passivi del reato, che fondamentalmente a seguito della riforma del 2003 ha oltrepassato i confini del ristretto ambito familiare -ed in ragione di tale situazione normativa non si può più parlare di un delitto di “violenza domestica”-. Sarà all'uopo necessario circoscrivere quella che ritengo la *ratio* dell'intervento penale nel contesto delle relazioni espressamente catalogate. A seguito di ciò, si procederà ad analizzare la condotta tipica, che si caratterizza alla stregua di una inesauribile fonte di

controversie ermeneutiche, sia per l'utilizzazione dell'ambiguo concetto di "violenza psichica" nella definizione delle modalità di commissione, sia altresì a causa di quel nodo interpretativo dato dall'elemento più caratterizzante del reato: il requisito dell'abitudine. Di tal guisa, la complessa configurazione della condotta, che può essere integrata pure da atti i quali -a loro volta- possano essere qualificati come condotte tipiche di altri delitti -sia di evento che di mera condotta-, richiederà una presa di posizione sulla stessa conformazione tipica dell'incriminazione di cui all'art. 173.2 CP.

Da ultimo, nel Capitolo Quarto mi occuperò della trattazione di una questione che è stata sostanzialmente ignorata dal mondo accademico spagnolo, pur presentandosi connotata da risvolti dogmatici del tutto pregnanti e per nulla marginali. Mi riferisco alla determinazione della natura giuridica della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 173.2 CP, potenzialmente qualificabile come reato permanente o come reato abituale. A tal fine, si renderà nuovamente necessario avvalersi del dibattito ermeneutico sorto nella dottrina italiana, la quale -a differenza di quella spagnola- si è dedicata esaustivamente all'indagine approfondita di entrambe le menzionate categorie penalistiche, e dunque sia degli elementi in comune -che consentono di collocarle all'interno del più ampio novero dei cosiddetti "reati di durata"- , che di quelli che invece le differenziano. Se peraltro è pacifico che il delitto di maltrattamenti abituali *ex art. 173.2 CP* non sia un reato istantaneo, lo stesso non può invece dirsi, come si potrà verificare, della scelta della tipologia di reato di durata nel quale incasellarlo, per addivenire alla quale occorrerà -a sua volta- procedere ad un'approfondita riflessione riguardante diversi istituti della Parte Generale del Diritto penale.

**CAPÍTULO I: BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO EN
EL ART. 173.2 CP**

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN DELITO DE MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR, DOMÉSTICO Y ASIMILADOS DEL ART. 173.2 CP

1.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Estas consideraciones introductorias no tienen por objeto analizar el tradicional debate doctrinal en torno al concepto de bien jurídico y el papel que el mismo juega en el Derecho penal, sino plantear, con carácter previo y siquiera a grandes rasgos, qué se entiende por bien jurídico-penal y qué funciones le son atribuidas, para, una vez delimitados teóricamente su contenido y límites, aplicar las conclusiones extraídas al art. 173.2 CP.

Es pacífica la concepción del bien jurídico como el valor que protege una norma penal¹. No obstante, esta definición únicamente nos proporciona, en palabras de LUZÓN PEÑA², una perspectiva de estudio dogmático del Derecho positivo. Desde este punto de vista, se atiende a lo que realmente es protegido jurídico-penalmente, al plano *del ser*³, a la *ratio*

¹ Entre otros muchos, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 3ª edición alemana y adiciones de Derecho español por MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., vol. I, Barcelona, 1981, p. 10; CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995, pp.25 a 27; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona, 2010, pp. 67 a 74.

² LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2016, p. 168.

³ MIR PUG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90, pp. 205 a 208; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, 2005, p. 568, recuerdan que, en sus orígenes, el concepto de bien jurídico, atribuido a Birnbaum, surge en este sentido dogmático.

legis de cada una de las intervenciones penales; terreno en el que el bien jurídico está llamado a cumplir sus funciones dogmáticas⁴. Sin embargo, este enfoque de *lege lata* no es capaz de explicar la función crítica que la generalidad de la Doctrina atribuye al expediente del bien jurídico⁵: la de actuar como límite al *Ius puniendi* del Estado⁶.

En efecto, el bien jurídico protegido puede y debe ser considerado también desde un punto de vista político-criminal, como objeto que merece o que es digno de protección jurídico-penal, situándonos, entonces, en el plano del *deber ser*. Es, este segundo enfoque, precisamente, el que permite limitar el Poder Punitivo del Estado, exigiendo que la creación de un tipo penal pueda justificarse, en todo caso, por la finalidad de proteger un bien jurídico. Así, la Doctrina le atribuye al Derecho penal una función de tutela de bienes jurídicos⁷, es decir, de protección de valores o intereses fundamentales para la convivencia en sociedad⁸. Señala, en este sentido, DE LA CUESTA AGUADO⁹ que «los ciudadanos, cualquiera que sea el modelo de sistema social imperante, exigen una “razón legitimadora” que explique la intervención por la fuerza en el ámbito de sus libertades; “razón

⁴ Se le suelen atribuir al bien jurídico una función sistemática, una función interpretativa de los tipos y una función de criterio de medición de pena. Véase, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2015, pp. 175 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p.170.

⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y criminología*, n. 6, 1996, p. 155.

⁶ Entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 562 a 581; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 174 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pp. 67 a 75.

⁷ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p.25; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pp.68 a 70; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 11.

⁸ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 350.

⁹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, cit., p. 155.

legitimadora” cuya pretensión de validez hay que circunscribir a cada intervención concreta, a cada tipo penal, trasladándose, de esta forma, la “legitimación” de cada intervención penal al bien jurídico. Así, teóricamente, un Derecho penal o sistema penal estará legitimado cuando todas y cada una de sus intervenciones lo esté»¹⁰. Pero ello, aclara la citada autora, no significa que la protección de bienes jurídicos sea la finalidad del Derecho penal, pues, estrictamente, esta solo es la razón que autoriza la intervención penal en cada caso concreto, mientras que la finalidad perseguida por el Derecho penal es el mantenimiento de un orden social determinado, lo cual explica la imposición de pautas de conducta -prohibiendo u ordenando determinados comportamiento- por parte del Legislador penal.

Una vez expuestas las dos perspectivas desde las que puede ser contemplado el bien jurídico -dogmática y político- criminal-, me centraré en la segunda, esto es, en su función limitadora del Poder Punitivo, por ser la que interesa al objeto de esta investigación. Desde este punto de vista, el Legislador penal solo podrá incriminar una determinada conducta cuando la misma ponga en peligro o lesione un bien jurídico-penal, siendo, precisamente, esta ofensa al bien jurídico la que dota al injusto de su contenido material¹¹. De esta forma, la creación de un determinado tipo delictivo únicamente encontrará justificación en la finalidad de proteger un determinado valor que, por ser tenido como esencial para la vida en comunidad, es merecedor de protección por el instrumento sancionador más grave con que cuenta el Estado. Es posible afirmar, entonces, que el Derecho penal tiene como misión proteger la convivencia pacífica y, para

¹⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, cit., p. 155.

¹¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 287; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 172.

ello, tutela aquellos intereses fundamentales del orden social, amenazando con la imposición de una pena la puesta en peligro o lesión de los mismos. Por tanto, en palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹², “no se trata de prohibir por prohibir, de castigar por castigar, sino de hacer posible la convivencia y la paz social”.

En definitiva, al Derecho penal se le atribuye una función protectora del orden social¹³, que es la que legitima y justifica la intervención punitiva del Estado en un sistema democrático. Para que esta intervención sea autorizada y respetada, será imprescindible que la mayoría de los ciudadanos estimen que la misma responde a una “causa justa”¹⁴; causa justa que residirá en la protección de un bien jurídico. Por tanto, desgranar esta afirmación exigirá explicar, al menos *grosso modo*, qué hemos de entender por bien jurídico, qué criterios se proponen doctrinalmente para determinar cuáles son los bienes jurídicos dignos de protección penal -“bien jurídico penalmente protegible”¹⁵- y cómo el Derecho penal cumple la mencionada función protectora.

Un bien es una realidad que posee un valor positivo y, por ello, es estimable¹⁶, es decir, un bien es una “realidad valorada positivamente”¹⁷. Dicha realidad podrá tener carácter material, como la vida, o inmaterial,

¹² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 176.

¹³ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, cit., p. 11; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 71.

¹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, cit., p. 155.

¹⁵ Véase, sobre la teoría del “bien jurídico protegible” SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, 2010, pp. 424 y ss.

¹⁶ Diccionario de la RAE, acepción 5ª del término “bien”, 23ª edición.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 426.

como la intimidad, pero esta realidad empírica o existencial sólo puede ser considerada un bien si se le añade una valoración positiva¹⁸. Ese valor, a su vez, se convertirá en bien jurídico-penal en el momento en que el Estado le otorgue protección a través de la creación de una norma penal -norma primaria¹⁹- que prohíba u ordene un determinado comportamiento por ser peligroso o lesivo para el mismo. Así, la tipificación de una conducta como delictiva supone la selección previa de una realidad cuya importancia justifica la intervención penal y, en este sentido, supone un juicio de valor: la norma valora positivamente ese interés y lo convierte en un valor jurídicamente reconocido²⁰.

Los partidarios de la concepción imperativa de la norma primaria afirman que esos valores son prenormativos y que, por ello, la creación de una norma penal no supone acto de valoración alguno, sino, tan sólo, el establecimiento de un mandato cuyo incumplimiento determinará la imposición de una pena²¹. Sin embargo, pese a que esos valores penalmente tutelados también serán, normalmente, valores socialmente asumidos, las valoraciones sociales carecen de significación jurídica si no son formalmente integradas -a través de una ley- por el Ordenamiento Jurídico²². Se tratará, entonces, de valores jurídicamente declarados como

¹⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 169; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 173 y 174.

¹⁹ Véanse GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 405 y 406; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 70 y ss.

²⁰ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 25 y 26.

²¹ Sobre la naturaleza de las normas primarias, véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 512 y ss.

²² CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 43.

tales y, en este sentido, la norma penal presenta un primer momento o aspecto de valoración²³.

La mayor parte de la Doctrina distingue esta faceta valorativa²⁴, como primer momento normativo de la norma primaria, y un segundo momento, de carácter imperativo, en el que la norma establece una prohibición o un mandato. Sin embargo, DE LA CUESTA AGUADO²⁵ reconoce un momento intermedio: la “norma de conducta”. En efecto, considera la autora que la norma primaria presenta tres aspectos: el primer aspecto o momento sería el valorativo, en el sentido al que ya se ha hecho referencia, pero, antes del momento imperativo, la norma primaria enunciaría una determinada “pauta de conducta”, la cual es positivamente valorada por ser respetuosa con el bien jurídico seleccionado. Posteriormente, esa pauta de conducta se ordena como de cumplimiento obligatorio en la norma de determinación, que constituiría el tercer aspecto de la norma primaria. A través de estos tres momentos cumple la norma penal la citada misión de tutela de bienes jurídicos: primero, declarando ese valor jurídicamente como tal, después, estableciendo una pauta de conducta que, por ser respetuosa con dicho bien, es valorada positivamente por el Derecho penal y, finalmente, imponiendo el cumplimiento de esa pauta de conducta bajo la amenaza de una pena.

En cuanto a la primera fase de selección del valor a proteger, surge el problema de determinar qué criterios han de regir esa función para que

²³ Así, QUINTERO OLIVARES G., *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en Derecho penal*, Madrid, 2012, p. 21, dice que las normas penales expresan las escalas de valores esenciales de la sociedad.

²⁴ Así, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 540 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 70; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, pp. 13 y ss.

²⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, cit., pp. 165 y 169.

el bien jurídico pueda cumplir su misión de imponer límites al *Ius puniendi*²⁶. En efecto, si se afirma que el principio de exclusiva protección de bienes Jurídicos constituye un límite material al Poder Punitivo, será preciso resolver la cuestión de qué valores pueden ser dignos de protección penal.

Las denominadas teorías sociológicas afirman que los bienes jurídico-penales deben ser aquellos valores que, según la opinión de la mayoría de los consociados, sean indispensables para la convivencia social²⁷. Sin embargo, esta definición no parece imponer límite alguno a la Potestad Punitiva del Estado, pues, ¿cuáles son esos valores esenciales para asegurar la coexistencia según la opinión de los grupos mayoritarios? Si para ser merecedor de protección penal un bien jurídico necesita de un elevado consenso en su valoración, parece que la única respuesta válida al interrogante planteado es que dicho consenso ha de traducirse en su relevancia constitucional²⁸. Así, según las teorías constitucionalistas²⁹, sólo los valores con relevancia constitucional pueden ser objeto de intervención penal³⁰. Alegan, en este sentido, que sólo el Poder Constituyente puede

²⁶ Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución” en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 43, Madrid, 1993, p.13.

²⁷ Seguidores de la concepción sociológica del bien jurídico en la doctrina española son, entre otros, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 175; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 69 y 70; BUSTOS RAMÍREZ J. J. Y HERNÁN HORMAZÁBAL, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2006, pp. 71 y ss.

²⁸ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 202.

²⁹ Véase, por todos “para una definición sustancial del delito en clave constitucional”, BRICOLA, F., *Teoría General del Delito*, traducción de Diana Restrepo Rodríguez, Montevideo-Buenos Aires, 2012, pp. 27 a 66. En sentido crítico, véanse PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, Torino, 2013, pp. 68 y 69; PADOVANI, T., *Diritto penale*, Milano, 2012, pp. 86 y ss.; PAGLIARO, A., “Il reato”, en GROSSO, C.F., PADOVANI, T. y PAGLIARO, A. (Dir.), *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2007, pp. 29 y ss.

³⁰ En nuestra doctrina, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, cit., pp. 20 y ss; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 27 a 30.

imponer límites a la actividad de un Poder Constituido, como es el Legislativo, en un Estado en el que rige un concepto formal de ley³¹. De este modo, si se pretende que el bien jurídico cumpla con su función crítica, será preciso que el límite a la tipificación le venga impuesto externamente al Legislador. Además, añaden los partidarios de esta postura, si la tipificación de una conducta como delictiva supone siempre una limitación de la libertad individual, lo que impone una reserva absoluta de Ley Orgánica en nuestro Ordenamiento Jurídico penal, será preciso que la restricción de tal derecho fundamental responda a la salvaguardia de un valor que, al menos, tenga relevancia constitucional³².

Recapitulando lo dicho hasta el momento, se puede afirmar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como límite material al *Ius Puniendi*, derivado de la configuración del Estado como Social y Democrático de Derecho, impone la necesidad de que toda intervención penal se encuentre justificada por la protección de un bien jurídico. Así, el citado principio cumple una función crítica, pues permite enjuiciar la actividad normativa del Legislador penal en el sentido de analizar la razón legitimadora de cada uno de los tipos previstos en nuestro Texto Punitivo. En efecto, la aprobación de una norma penal que no pretenda la tutela de un bien jurídico tendrá únicamente una función simbólica: la de crear una sensación ficticia de seguridad³³. Sin embargo, en ocasiones, como recuerda CUELLO CONTRERAS³⁴, “el legislador huye hacia el Derecho penal cuando existe una situación de gran alarma social y aquel no sabe cómo

³¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, cit., pp. 18 y 19.

³² Sobre el significado de “valor constitucionalmente relevante”, véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, cit., pp. 30 y ss.

³³ Sobre la función simbólica del Derecho penal, véanse, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p.304 a 307; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 2002, p. 63 a 65.

³⁴ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*, cit., p. 63.

debe actuar, de la forma más eficaz, para atajar un problema cuya solución no es penal”.

Cierto es, además de obvio, que el Derecho penal y, en general, todas las normas jurídicas, tiene una eficacia simbólica³⁵. Por ello, no es el elemento simbólico lo que se critica, sino la conversión de tal efecto en la función exclusiva de una norma penal o, lo que es lo mismo, la creación de un nuevo tipo penal con el único objetivo de producir en la sociedad la “impresión tranquilizadora de un Legislador atento y decidido”³⁶. De esta forma, cuando la intervención penal persiga exclusivamente transmitir a la sociedad, o a determinados grupos de presión, una sensación de control ficticia sobre un determinado problema, se estará pervirtiendo la misión genuina a la que ha de responder la promulgación de toda norma penal: la protección de un bien jurídico a través de la prevención³⁷. Y es que en un Estado Social y Democrático de Derecho, según he tratado de explicar más arriba, no es suficiente la función meramente simbólica para legitimar el ejercicio del *Ius Puniendi*³⁸.

Es en este punto, precisamente, donde enlazo con el tema objeto del presente capítulo: la determinación del bien jurídico protegido por el art. 173.2 CP. Ello resulta imprescindible, pues son muchas las voces que en la Doctrina denuncian el carácter puramente simbólico del citado precepto y acusan al Legislador penal de haber creado un tipo sin contenido de injusto,

³⁵ Así lo reconocen, por ejemplo, PIETRO SANCHÍS, L., *Garantismo y Derecho penal*, Madrid, 2011, p. 125; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*, cit., p. 62; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 482.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 482.

³⁷ Véase, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*, cit., p. 64.

³⁸ Véase, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p.484.

con el único objeto de apaciguar la alarma social que la denominada violencia doméstica ha despertado en los últimos años, entendiéndose suficientes los delitos ya existentes para combatir el problema³⁹ o, incluso, llegando a considerar el precepto como una manifestación del denominado “Derecho penal del enemigo”⁴⁰. Así, encontrar la razón que legitime la promulgación de la norma en estudio pasa por poder afirmar la existencia de un bien jurídico necesitado de protección, cuya lesión no pueda considerarse desvalorada por los tipos ya existentes en nuestro Texto Punitivo o, lo que es lo mismo, la presencia de un injusto propio y diferenciado que justifique su creación.

1.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El estudio de un concreto tipo delictivo de la Parte Especial, como he dicho, impone siempre, con carácter previo, determinar cuál es el bien jurídico que el mismo protege y cuya tutela, precisamente, justificará la existencia del delito en cuestión. Si ello es así con carácter general, tal exigencia cobrará especial importancia en relación con un delito como el que nos ocupa, cuyo objeto de protección ha suscitado una amplia polémica

³⁹ En este sentido, NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002, p. 95 y 106.

⁴⁰ Véase, POLAINO NAVARRETE, M., “Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada “violencia de género” en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor González Cuellar*, Madrid, 2006, pp. 673 a 713; GALÁN MUÑOZ, A., “De la “Violencia doméstica” a la “violencia de género”: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 49 a 91.

doctrinal desde su inclusión en el Texto Refundido de Código penal de 1973 y que no ha sido, ni mucho menos, resuelta aún.

Es cierto que definir el valor jurídicamente tutelado por el denominado delito de violencia doméstica habitual es una tarea complicada. Ello se debe a muchos factores: al empleo de una técnica legislativa deficiente, a las reformas constantes, con continuas ampliaciones del ámbito de los posibles sujetos pasivos, a las variadas modalidades que puede adoptar la conducta típica y que implican la afectación a bienes jurídicos de diversa índole e, incluso, la propia ubicación sistemática del precepto que, como se verá, lejos de clarificar las cosas, ha contribuido a avivar el debate.

Antes de exponer las principales posiciones doctrinales sobre el particular, es necesario hacer referencia a la evolución que el delito de malos tratos habituales ha experimentado desde su aparición en el año 1989 hasta ahora, y ello porque el análisis de las distintas vicisitudes legales por las que ha atravesado dicho delito a lo largo de estos años resulta imprescindible para comprender los argumentos de unas y otras posturas.

1.2.1. EL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR, DOMÉSTICO Y ASIMILADOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

El delito de violencia doméstica fue introducido por primera vez en nuestro Derecho penal por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, *de*

actualización del Código penal⁴¹, que creó el artículo 425 del Texto Refundido de Código penal de 1973 y lo incluyó en el Título relativo a las lesiones con el siguiente tenor⁴²:

El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor.

El artículo 425 Texto Refundido de Código penal de 1973 incriminó, exclusivamente, el ejercicio de violencia física con carácter habitual sobre determinados sujetos especialmente vinculados al agresor y que convivieran con él. Hasta este momento, como he dicho, no existía ninguna figura similar en nuestro Código penal⁴³, por lo que los actos de violencia que pudieran producirse en este ámbito habrían de castigarse a través de los correspondientes delitos y faltas de lesiones, coacciones, amenazas y, en su caso, homicidio, con la agravante de parentesco⁴⁴.

La primera modificación legislativa se produjo en 1995 con la aprobación del Código penal de la Democracia. El delito de maltrato habitual pasó a estar tipificado en el art. 153 del Código⁴⁵, pero, al igual que

⁴¹ La Exposición de motivos de la LO 3/1989 manifiesta la razón que condujo al legislador a dar este paso, que puso de manifiesto que la violencia doméstica había dejado de ser un problema exclusivamente privado y justifica la intervención penal en este ámbito en “la protección de los miembros más débiles de la unidad familiar, frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros de la misma”.

⁴² RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Valencia, 2008, p. 48; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, pp. 17 y 18.

⁴³ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, Madrid, 2000, pp. 15 y 16.

⁴⁴ Véase, RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., nota 57, p.50.

⁴⁵ El artículo 153 del Código penal de 1995 rezaba del siguiente modo: *El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado*

el anterior art. 425 del Texto Refundido de 1973, se mantuvo en el Título dedicado a las lesiones⁴⁶.

En esta primera reforma del precepto se amplió el círculo de posibles sujetos pasivos, añadiéndose a los hijos y a las personas sujetas a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, así como a los ascendientes e incapaces que convivieran con el sujeto activo. Por otra parte, trascendental resulta, según se expondrá, por sus consecuencias en la determinación del bien jurídico protegido, la inclusión de una cláusula concursal, en cuya virtud la pena del delito de malos tratos habituales habría de imponerse “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”⁴⁷.

Posteriormente, y solo cuatro años después de la promulgación del Código de 1995, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, *de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de*

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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causará.

⁴⁶ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 18; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 39 y 40.

⁴⁷ Sobre la reforma de 1995, ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 39 y 40; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., pp. 32 a 35.

la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁸, introdujo una serie de reformas al artículo 153 CP⁴⁹, que se materializaron en los siguientes aspectos:

- a) Se añadió el ejercicio de violencia psíquica como modalidad comisiva;
- b) Se incluyeron a los excónyuges o excompañeros sentimentales entre los posibles sujetos activos del delito;
- c) Se incluyó, junto a la tutela, la curatela y la guarda de hecho, la figura del acogimiento;
- d) La cláusula concursal vio modificados sus términos, disponiendo que la pena correspondiente al delito de maltrato habitual se impondría “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”;
- e) Se proporcionan los criterios legales para la apreciación de la *habitualidad* y se estableció que, a estos efectos, iba a ser preciso atender al número de actos de violencia que resultasen acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con

⁴⁸ Acerca de la reforma de 1999, con detalle, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., pp. 35 a 40; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 41 a 44; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 24.

⁴⁹ Cuya redacción era la siguiente: *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, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo 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.

independencia de que dicha violencia se hubiera ejercitado sobre la misma o sobre diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto, y de que los actos violentos hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

La redacción actual del precepto se corresponde, en lo sustancial, con la que introdujo la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, cuya Exposición de Motivos puso de manifiesto que los delitos relacionados con la violencia doméstica habían sido objeto de una atención preferente, pues el objeto de la reforma era dar respuesta a dicho fenómeno en todas sus manifestaciones y asegurar que los tipos cumplieran su objetivo en los aspectos preventivos y represivos⁵⁰.

La LO 11/2003 llevó a cabo un cambio de ubicación sistemática y trasladó el delito de violencia doméstica habitual del art. 153 CP al Título VII, Libro II, del Código penal, dedicado a los delitos contra la integridad moral, como número 2 del artículo 173 CP⁵¹.

⁵⁰ Véase, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN M.A., (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, p. 69.

⁵¹ El nuevo art. 173.2 CP disponía: 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 aún 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*

El círculo de posibles sujetos pasivos del delito se amplió notablemente, a través de las siguientes modificaciones:

- a) Se excluyó de forma expresa la necesidad de convivencia cuando entre el sujeto activo y pasivo del delito mediara una relación de afectividad análoga a la matrimonial y se eliminó la referencia al carácter estable de dicha relación;
- b) Se incluyeron todos los descendientes, ascendientes o hermanos, ya fueran propios o del cónyuge o conviviente, sin necesidad de convivencia con el autor;
- c) Se introdujo como categoría de posibles sujetos pasivos la de toda persona amparada en cualquier otra relación por la que se encontrara integrada en el núcleo de convivencia familiar del sujeto activo;
- d) Finalmente, se incorporaron, también, a la órbita de personas protegidas aquellas que por su especial vulnerabilidad se encontrasen sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, lo que implicaba la imposibilidad de seguir denominando al delito como de violencia doméstica⁵².

cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo 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 Véase, a este respecto, RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 52.

En cuanto a las penas previstas, la privativa de libertad no sufrió ningún cambio respecto de las redacciones anteriores del precepto desde la aprobación del Código de 1995 -de seis meses a tres años de prisión-, pero a esta se añadió la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estimara adecuado al interés del menor o incapaz, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio, en todo caso, de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se añadió, asimismo, un segundo párrafo al artículo 173.2 CP en el que se establecieron una serie de supuestos de agravación, a saber:

- a) La perpetración del delito en presencia de menores;
- b) La utilización de armas;
- c) La comisión del mismo en el domicilio de la víctima;
- d) La realización de la conducta quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

En el número 3 del artículo 173 CP quedó, con idéntica redacción a la introducida por la LO 14/1999, la cláusula relativa a la habitualidad.

Por último, el art. 173.2 CP se ha visto afectado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, quedando el tenor actual del precepto como sigue:

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 aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

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

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo 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.

Las modificaciones introducidas son, por tanto, las siguientes:

- a) El término “incapaz” se sustituye por el de “persona discapacitada necesitada de especial protección, en consonancia con la reforma del art. 25 CP;
- b) Se aumenta el límite mínimo de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que pasa de dos a tres años;
- c) Se reduce el límite mínimo de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento;
- d) La cláusula concursal hace ahora referencia únicamente a “los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, como consecuencia de la supresión del Libro III del Código penal relativo a las faltas;
- e) Se introduce un tercer párrafo en el apartado 2 del art. 173 CP en el que se prevé la posibilidad de imponer, en estos supuestos, la medida de libertad vigilada.

1.2.2. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL ART. 173.2 CP EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Atendiendo a la evolución legislativa del delito de malos tratos habituales en tan solo veinteseis años de vigencia, no es de extrañar que la determinación del bien jurídico protegido se caracterice por la existencia de

planteamientos doctrinales muy heterogéneos, que podemos clasificar, según expondré a continuación, en tres posiciones fundamentales⁵³.

1.2.2.1. La integridad corporal y la salud física y mental

Un primer sector doctrinal entiende que lo que el Legislador pretende proteger en este tipo delictivo no es otra cosa que la integridad corporal y salud física y mental⁵⁴, identificándose, de esta forma, el objeto de protección con el de los delitos de lesiones.

A favor de esta postura se adujeron, en un principio, motivos de índole sistemática⁵⁵, pues la LO 3/1989 introdujo el antiguo artículo 425 TRCP de 1973 en el Título correspondiente a los delitos de lesiones,

⁵³ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma” en *Anuario da Facultade da Dereito da Universidade da Coruña* n. 9, 2005, p. 743.

⁵⁴ Así, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 42; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, p. 27 y 33; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 92; MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., (Coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001. pp. 1525 y ss.; HUERTA TOCILDO, S., “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, en DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004. pp. 509 a 514; LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 832; DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de violencia doméstica (art. 173, núms. 2 y 3)”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 199; BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español” en *Revista de Derecho penal y Criminología* n. 14, 2004, pp. 18 y 19.

⁵⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 43; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 93.

ubicación que, según se ha apuntado más arriba, mantuvo el Código penal de 1995 para el nuevo artículo 153. Así, se recordaba por estos autores la función sistemática que se le confiere al bien jurídico como criterio organizador de los tipos de la Parte Especial⁵⁶.

Este argumento ha decaído con el nuevo emplazamiento del delito de violencia habitual, desde la reforma de 2003, en el Título VII del Código penal, relativo a los delitos contra la integridad moral, lo que ha sido interpretado como el respaldo definitivo del Legislador a aquel sector doctrinal que viene defendiendo, como se expondrá, que el bien jurídico tutelado nunca ha sido el mismo que en los delitos de lesiones.

Se ha alegado también, en apoyo de esta tesis, que una interpretación auténtica del Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, que introdujo por primera vez esta modalidad delictiva en nuestro Código penal, conduce a concluir que el objeto de tutela es la integridad corporal y la salud. El citado texto justificaba la incorporación del tipo a nuestro Texto Punitivo del siguiente modo: “respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge”. Según estos autores, el uso específico de los términos *agresivas* y *malos tratos* parece poner de manifiesto que el objetivo de la intervención penal en este ámbito era, en todo caso, reprimir formas de acometimiento físico y psíquico que provocan el menoscabo de la integridad física y/o psíquica de quienes los padecen⁵⁷.

⁵⁶ NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 93.

⁵⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 43; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el*

Por otra parte, según CORTES BECHIARELLI⁵⁸ “desde una perspectiva de política criminal el fundamento de este delito, el que constituye su auténtica *ratio essendi*, es, precisamente, acortar el enorme e insalvable abismo punitivo existente entre el delito de lesiones, que se consuma cuando se cumplen, acumulativamente, los requisitos típicos de la primera asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico posterior, y las faltas de lesiones y maltrato de obra”⁵⁹. De este modo, en opinión del autor, con la creación del delito de malos tratos habituales, se trataba de elevar a la categoría de delito, empleando el criterio de la habitualidad, atentados físicos -y, posteriormente, también psíquicos- contra determinadas personas especialmente vinculadas al sujeto activo, que quedaban reducidos a la categoría de mera falta por los señalados imperativos legales. Con la supresión del Libro III del Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, este razonamiento deberá entenderse realizado a los delitos leves de lesiones y maltrato de obra, tipificados ahora, respectivamente, en el art. 147.2 y 3 CP.

Los partidarios de identificar el bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP con el que se protege en los delitos de lesiones reconocen, no obstante, que el delito objeto de estudio, ciertamente, se encuentra estrechamente vinculado a otras figuras delictivas, pues las distintas acciones violentas que van a servir para acreditar la habitualidad pueden

ámbito familiar, cit., p. 29; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 93.

⁵⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 44.

⁵⁹ A favor de este argumento, también, NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 93 y GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 28, quienes señalan que “si atendemos a la razón de ser de este precepto, podemos mantener que si algo se pretende específicamente es incriminar la violencia (en principio solo física y ahora también psíquica) habitual en el ámbito familiar, es decir, la existencia de un hábito de violencia” y señalan que lo trascendental es precisamente esta esencia y no la ubicación del precepto.

concretarse en atentados contra muy diversos bienes jurídicos de la víctima, que ya se encuentran tutelados en distintos tipos de la Parte Especial - atentados contra la libertad sexual, amenazas, coacciones, lesiones, ataques contra la integridad moral-⁶⁰. Sin embargo, consideran que tales valores no serán lesionados siempre, por lo que el ejercicio correcto de concreción del bien jurídico protegido pasa por contraerse al primario, al que se trasgrede en todo caso, “a ese cuyo deterioro se encuentra inescindiblemente anudado a la acción u omisión de que se trate”⁶¹, en definitiva, a aquel que, sea cual sea la modalidad de conducta a través de la que se ejerza el maltrato, se verá invariablemente afectado, y que no es otro que la integridad física y la salud⁶².

En este sentido, consideran GARCÍA ÁLVAREZ y DEL CARPIO DELGADO⁶³ que la incriminación del ejercicio de violencia habitual presenta dos límites, uno inferior y otro superior:

- El límite inferior lo impone el hecho de que la tipificación de una determinada conducta exige, al menos, la puesta en peligro de un bien jurídico.
- El superior, por su parte, radica en que si el menoscabo efectivo de algún bien jurídico, derivado del ejercicio habitual de violencia física

⁶⁰ BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español”, cit., p. 16; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 73; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 45.

⁶¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 45.

⁶² CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 45. En el mismo sentido,

⁶³ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 29.

o psíquica, ya encuentra respuesta en otras sedes del Código, la creación específica de este delito podría resultar innecesaria.

En consecuencia, consideran estas autoras que el delito de maltrato habitual tiene como objetivo anticipar la protección, antes de que los resultados lesivos tengan lugar, de una serie de personas que se encuentran unidas al sujeto activo por determinados lazos, por suponer la reiteración o habitualidad un mayor riesgo para el bien jurídico: la integridad corporal y la salud. Por tanto, concluyen que se trata de un delito de peligro abstracto⁶⁴.

Precisamente la concepción del delito de malos tratos habituales como delito de peligro abstracto es esgrimida por este sector doctrinal para tratar de hacer frente al mayor obstáculo con el que se encuentra esta tesis y que constituye la principal fuente de críticas por parte de quienes niegan que el bien jurídico protegido sea el mismo que en los delitos de lesiones⁶⁵: la presencia en el tipo de la cláusula concursal que ordena la punición en concurso del delito objeto de estudio y de los resultados en que se materialicen los distintos actos de violencia.

Efectivamente, cuando se produzca un resultado subsumible en alguno de los tipos de lesiones, este se castigará, *ex lege*, junto con el delito de malos tratos habituales, lo que parece indicar que el Legislador pretende

⁶⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 30. En el mismo sentido, MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, cit., p. 1526; LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, cit., p. 832.

⁶⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 30 (en relación con la salud física) y 33 (en relación con la salud mental); NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., pp. 98 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de violencia doméstica (art. 173, núms. 2 y 3)”, cit., p. 200; BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español”, cit., p. 18.

proteger un bien jurídico distinto a la integridad corporal y la salud. Baste dejar apuntado el problema para tratarlo, posteriormente, al hilo de las críticas que se vienen dirigiendo contra este posicionamiento doctrinal.

1.2.2.2. La paz familiar

En segundo lugar, nos encontramos con una posición doctrinal minoritaria que considera que el bien jurídico protegido es la paz y la convivencia familiar⁶⁶ y, por ello, reclama la ubicación del precepto en el Título relativo a los delitos contra las relaciones familiares. Sin embargo, pese a no haber encontrado muchos adeptos dentro de la Doctrina, esta es la postura que ha venido adoptando el Tribunal Supremo. A este respecto, resulta esclarecedora la argumentación realizada en su sentencia de 24 de junio de 2000⁶⁷:

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 aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación (...). Por ello, (...) el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la

⁶⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J.A., “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer” en *Actualidad Penal*, n. 9, 2000, p. 188; DEL MORAL GARCÍA, “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar” en *Delitos contra las personas, Manuales de Formación continuada, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, p.314 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 132 y 133.

⁶⁷ STS 5792/2000, de 24 de junio.

*integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañando el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.*⁶⁸

Estas conclusiones se repiten de forma constante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien es cierto que en sus resoluciones más recientes muestra una postura más matizada y habla de la lesión de la dignidad de la persona en el seno de la familia y de la paz familiar como bien jurídico colectivo, concibiendo, así, el art. 173.2 CP como un delito pluriofensivo⁶⁹.

En el intento de definir el bien jurídico como la paz y la convivencia en el seno de la familia conviene detenerse en la postura de ACALE SÁNCHEZ⁷⁰, quien comparte la idea de que es preciso buscar una parcela o un aspecto del bien jurídico que no encuentre protección en otros lugares del Código y, así, afirma que “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 relacionados con estas características que distinguen los actos de violencias típicas a los efectos del art. 153⁷¹, es decir, tiene que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar; de esta forma, hay que identificar el interés jurídicamente protegido con la relación de dependencia vital que se establece en el seno de la convivencia

⁶⁸ Véanse, también, entre otras, las SSTS 662/2002, de 28 de abril o 20/2001, de 22 de enero y 97/2003, de 28 de febrero.

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, las SSTS607/2008, de 3 de octubre, 653/2009, de 25 de mayo, 168/2012 de 14 de marzo, 232/2015 de 20 abril y 328/2016, de 20 abril.

⁷⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 132 y ss.

⁷¹ Se refiere la autora al antiguo art. 153 CP, antecesor del actual art. 173.2 CP.

familiar, con las situaciones de inferioridad domésticamente creadas, con la potenciación de la inseguridad, del miedo, la minoración de la autoestima, la falta de tranquilidad, 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 tal y que impide el desarrollo integral, por un lado, de cada uno de los sujetos protegidos y, por otro, del colectivo, esto es, del grupo de personas que han de convivir en semejantes condiciones. 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”⁷².

El bien jurídico tutelado así concebido, observa ACALE SÁNCHEZ, presenta “dos realidades relacionadas entre sí, pero individualizables”, a saber: primero, la del concreto miembro del ámbito familiar que recibe el acto individual de maltrato; segundo, la de la propia unidad o núcleo familiar en cuanto tal. Distingue, de este modo, dos titularidades: la individual de cada miembro y la colectiva del grupo familiar. Así, el delito de malos tratos en el ámbito familiar ofrecería protección a la faceta colectiva del bien jurídico⁷³, mientras que los atentados a la faceta individual del mismo deberán ser castigados por los correspondientes tipos delictivos, según los resultados que se hubieran producido, explicándose,

⁷² ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 132 y 133 (con cursiva en el original).

⁷³ En el mismo sentido se pronuncia DEL MORAL GARCÍA, quien sostiene que “situar el objeto de protección en el ámbito familiar, como bien supraindividual, es la tesis que permitirá resolver satisfactoriamente los problemas concursales y que propiciará otorgar un espacio definido a esta figura legal” (DEL MORAL GARCÍA, “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, cit., p. 314.)

así, la previsión de la cláusula concursal sin violar el principio *non bis in ídem*.⁷⁴

La concepción de la titularidad compartida del bien jurídico protegido explica, según ACALE SÁNCHEZ⁷⁵, el hecho de que, para apreciar la habitualidad, el Legislador permita tener en cuenta actos de violencia dirigidos contra cualquiera de las víctimas mencionadas en el tipo.

De forma coherente con su postura reclama la citada autora la inclusión del precepto en el Título XII, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, pues considera que la utilización del referente “relaciones familiares” no significa que los delitos que se incluyen en él se realicen en el seno familiar, sino que ha de interpretarse en el sentido de que todos esos delitos *afectan* negativamente a un bien jurídico relativo a las relaciones familiares⁷⁶.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, coincidiendo con la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que el delito de malos tratos habituales es un delito pluriofensivo que tutela, además de la paz y el orden familiar, la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante. De este modo, la Fiscalía se sitúa en una posición intermedia entre la que defiende que el bien jurídico protegido en

⁷⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 134 y ss.

⁷⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 139 y 140.

⁷⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 131 (con cursiva en el original)

el art. 173.2 CP es la paz familiar y aquella que sostiene que es la integridad moral y que, por ser la posición mayoritaria, será analizada al final⁷⁷.

1.2.2.3. La Dignidad de la persona

En la Dignidad de la persona hallan algunos autores el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP⁷⁸. Sin embargo, esta postura ha sido criticada desde todas las posiciones doctrinales, por entender que la dignidad de la persona no posee una autonomía conceptual y valorativa que la hagan idónea para erigirse en el bien jurídico protegido por este delito. Se trata, más bien, de un “atributo totalizador” que se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos personalísimos, cuyo ataque repercute siempre, en última instancia, en la dignidad humana⁷⁹.

⁷⁷ Así, dice la CFGE 1/1998 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 CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (artículo 15), así como la paz 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).”

⁷⁸ Así, CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2010, p. 214; LOPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 95; CERVELLÓ DONDERIS, V., “El delito de malos tratos, su delimitación con el derecho de corrección” en *Poder Judicial*, n. 33, 1994, pág. 53, quien señala que “parece correcto entender que junto a la integridad física y psíquica debe entenderse como bien jurídico protegido principalmente la dignidad humana, pues en todo caso, con resultado lesivo o no, lo que si produce cualquier conducta de maltrato es un ataque a la dignidad que el menor o cónyuge ostentan como personas titulares de derechos”.

⁷⁹ Véanse, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 42 y 43; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pp.

En este sentido, afirma NUÑEZ CASTAÑO⁸⁰ que “la dignidad, como principio constitucionalmente reconocido, fundamenta y califica todos y cada uno de los derechos y bienes jurídicos referidos a la persona, que, consecuentemente, deben ser interpretados y entendidos como manifestaciones del mencionado principio”. Sigue la citada autora diciendo que “un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión de los derechos fundamentales en que ella se manifiesta, sin que haya espacio para una lesión a la dignidad que no conlleve algún atentado a otro bien jurídico”⁸¹.

1.2.2.4. La integridad moral

Finalmente, nos encontramos con quienes cifran el bien jurídico protegido por el delito objeto de estudio en la integridad moral y que representan la posición doctrinal mayoritaria⁸².

24 a 26; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., pp. 74 a 79.

⁸⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 77.

⁸¹ NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 79.

⁸² CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido” en MORILLAS CUEVA, L., (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 72 y ss.; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 48; MORILLAS CUEVA, L., “Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma” en MORILLAS CUEVA, L., (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 672; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., pp. 60 y ss; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 78; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal” en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *Violencia de género y sistema penal*, Valencia, 2008, p. 167 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*,

1.2.2.4.1. Críticas dirigidas al resto de posiciones doctrinales

Con carácter previo, es preciso señalar que los representantes de esta tesis coinciden en las críticas que dirigen al resto de posiciones a las que he aludido anteriormente. Así, rechazan que la paz o convivencia familiar pueda erigirse en bien jurídico penalmente protegido, poniéndose de acuerdo, en este punto, con los partidarios de entender que el interés tutelado en el delito de violencia habitual es el mismo que en los delitos de

I, Valencia, 2011, pp. 530 y 531; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 173” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, Navarra, 2016, pp. 1210 y 1211; CUELLO CONTRERAS, J., y CARDENAL MURILLO, A., “Bien jurídico y técnica legal de protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica” en CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 10; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal” en *Revista de Derecho y Proceso penal*, 2004, p. 68; CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico” en *Revista Penal*, n. 6, 2000, p. 20; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, cit., p. 751; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, p. 194; CUERDA ARNAU, M. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015. Es preciso advertir que tras el cambio en la ubicación sistemática del precepto al título dedicado a los delitos contra la integridad moral, NUÑEZ CASTAÑO abandona la postura que venía sosteniendo en relación con el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos habituales como la integridad corporal y la salud y acoge la posición mayoritaria que halla el objeto de protección en la integridad moral. No obstante, más allá del argumento sistemático, no ofrece otras razones que justifiquen este cambio en su concepción del bien jurídico protegido (Véase, NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, cit., pp. 170 y ss.). Lo mismo ha sucedido con CORTÉS BECHIARELLI, quien era uno de los más firmes defensores de la tesis según la cual el delito objeto de estudio protege el mismo bien jurídico que los delitos de lesiones, si bien el autor reconoce que sigue creyendo que “lo que debe tratar de prevenir específicamente el ordenamiento criminal son los ataques a la integridad física o psíquica de los miembros de los miembros del núcleo de convivencia seleccionados por el tipo penal”, pero que es preciso atender, en todo caso, a la ubicación sistemática del tipo (Véase, CORTÉS BECHIARELLI, E., “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuesta de interpretación”, en DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 243 y ss.).

lesiones. En primer lugar, consideran que el Derecho penal, en virtud del principio de intervención mínima, no puede proteger una determinada forma de convivencia⁸³. En este sentido, señalan GARCÍA ÁLVAREZ y DEL CARPIO DELGADO⁸⁴ que “resulta dudoso que la familia pueda ser concebida, como tal, como valor susceptible de una abstracta tutela penal distinta a la de sus miembros”. Consideran las autoras que admitir la intervención del Derecho penal en la esfera privada para proteger una hipotética e, incluso, utópica paz familiar, parece comprometer seriamente el carácter de *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico penal, por lo que concluyen que “una vida familiar más o menos afectiva, más o menos pacífica o armoniosa, no merece la intervención del Derecho penal”.

Señala este sector doctrinal que quienes configuran la paz o tranquilidad familiar como bien jurídico protegido, no hacen sino confundir el entorno en el que las conductas de violencia tienen lugar con el interés objeto de tutela⁸⁵. En realidad, la familia propicia la existencia de relaciones de superioridad o de dependencia entre sus miembros, lo que proporciona, muchas veces, la ocasión para delinquir y para ocultar el ilícito perpetrado⁸⁶. Según señala RAMON RIBAS⁸⁷, la inserción del delito de violencia habitual entre los delitos contra las relaciones familiares ocultaría la verdadera

⁸³ Así, CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 63 a 65; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 23; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 786; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 77.

⁸⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 23 y 24.

⁸⁵ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 60; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 77; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 63.

⁸⁶ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 60.

⁸⁷ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 61.

naturaleza del mismo, cuyo injusto viene constituido por la lesión a la integridad moral. De este modo, indica que un abuso sexual cometido por un padre sobre un hijo no deja de ser un delito contra la libertad sexual para transformarse en un delito contra las relaciones familiares por el mero hecho de producirse entre los miembros de la familia.

Por otro lado, aluden los partidarios de esta tesis al hecho de que, desde la reforma de 1999 y, fundamentalmente, desde la llevada a cabo en 2003, no puede considerarse ya que el delito de violencia habitual tenga que cometerse en el seno de la familia⁸⁸. Debe tenerse presente que es posible que la relación familiar ya se haya extinguido –excónyuges- o que no haya existido nunca –novios o exnovios que ni siquiera han convivido-, sin olvidar que el artículo 173.2 CP incluye también ahora, entre los posibles sujetos pasivos del delito, a aquellas “personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

Por tanto, la existencia de un núcleo familiar no es requisito típico, debiendo dejarse de lado, según señala CASTELLÓ NICÁS⁸⁹, “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

⁸⁸ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 41 y 42; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 61; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 77; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, cit., p. 751.

⁸⁹ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 67.

protegido, sino que es la propia conducta típica la que nos dará la pauta en torno a aquél”.

Finalmente, estos autores apoyan su argumentación en el hecho de que el Legislador penal optó, en la reforma de 2003, por un cambio en la ubicación sistemática del precepto, pudiendo haber incluido el delito objeto de esta investigación entre los delitos contra las relaciones familiares y, sin embargo, no lo hizo⁹⁰.

En relación con estas críticas, es preciso comentar la respuesta que a las mismas ha ofrecido ACALE SÁNCHEZ⁹¹, como principal defensora de la concepción del delito de maltrato habitual como delito contra las relaciones familiares. En este sentido, la citada autora se pregunta si el cambio de ubicación del precepto a los delitos contra la integridad moral y la ampliación del círculo de sujetos pasivos a partir de 2003 han de hacerle replantearse su concepción del bien jurídico como la paz y convivencia familiares. Concluye, sin embargo, que el delito contenido en el 173.2 CP no es un delito contra la integridad moral, pese a su nueva ubicación, puesto que la cláusula concursal permite castigar el delito de malos tratos habituales junto con los delitos de trato degradante o las faltas de vejaciones a que los distintos actos de violencia pudieran dar lugar, lo que “ha de significar que en todos ellos se está protegiendo un bien jurídico distinto”⁹².

⁹⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 77; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, cit., p. 752.

⁹¹ Véase, ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar” en *Revista de Derecho penal y criminología*, n. 15, 2005, pp. 11 a 54.

⁹² ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., p. 39.

Además, argumenta, el concepto normativo de habitualidad no ha sido modificado, por lo que sigue resultando indiferente que los actos de violencia física o psíquica se hayan realizado sobre la misma o sobre diferentes víctimas de las señaladas en el tipo, a la hora de apreciar la habitualidad en la conducta. De ello deriva la necesidad de que el bien jurídico protegido haya de tener una titularidad compartida, lo que no ocurre con la integridad moral, que es un bien jurídico personalísimo.

En lo que se refiere a las modificaciones introducidas en relación con los sujetos protegidos, señala esta autora que al dejar de ser típica la convivencia entre los sujetos, parece que desaparece el sustrato necesario para sostener que el bien jurídico que ha querido proteger Legislador penal sea la paz familiar. Sin embargo, añade: “nótese (...) que la convivencia sí que se exige como elemento típico en aquellos supuestos en los que no existe lazo parental alguno, por lo que se convierte en sustituto de la relación familiar”⁹³.

Concluye, de este modo, que, pese al cambio de ubicación sistemática del delito, el bien jurídico protegido sigue siendo la paz y la convivencia familiar. De forma coherente con esta conclusión, considera ACALE SÁNCHEZ que es inadecuada la inclusión, entre los posibles sujetos pasivos, de la “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar” y, más aún, la de aquellas “personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a la custodia o guarda en centros públicos o privados”. Así, en relación a las primeras, afirma que los malos tratos que contra ellas se ejecutaren no deberían ser castigados por este delito, sino por los concretos actos singulares en los que se hubieran concretado los actos de violencia

⁹³ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., pp. 36 y 37.

física o psíquica y, en su caso, aplicando alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 22 CP, en particular, el abuso de confianza que necesariamente se produce en estos supuestos, precisamente por la convivencia que existe entre ellos. En cuanto a las segundas, considera positiva su consideración como personas merecedoras de una especial protección penal, más no su inclusión como sujetos pasivos de este delito, sino a través de la creación de un tipo específico e independiente en el que se tuviera en cuenta la situación de dependencia y subordinación⁹⁴.

Por todo ello, la autora sigue reclamando el cambio de ubicación del precepto al Título relativo a los delitos contra las relaciones familiares⁹⁵.

Los partidarios de considerar que la integridad moral constituye el objeto de protección del delito de malos tratos habituales censuran, también, la posibilidad de que el bien jurídico protegido en el tipo del 173.2 CP sea el mismo que en los delitos de lesiones⁹⁶.

A este respecto, antes de la reforma operada por la LO 11/2003, aducían que la ubicación sistemática del precepto no podía ser un argumento definitivo a la hora de determinar cuál es el bien jurídico

⁹⁴ ACALE SÁCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., pp. 41 y 42.

⁹⁵ ACALE SÁCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., p. 42.

⁹⁶ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 37 a 40; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., pp. 67 a 71; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 55; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 73 a 76; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, cit., p. 752; CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, cit., p. 19.

protegido por un concreto tipo delictivo de la Parte Especial.⁹⁷ Así, en este caso, el originario emplazamiento del delito de maltrato habitual entre los delitos de lesiones pudo deberse a “su similitud formal y al devenir frecuente de los malos tratos en lesiones”⁹⁸. Posteriormente, han visto en el traslado del delito al Título referido a los delitos contra la integridad moral el respaldo definitivo del Legislador a su postura⁹⁹.

Sin embargo, tal y como he adelantado, la principal fuente de críticas a la tesis que cifra el bien jurídico protegido por el art. 173.2 CP en la integridad corporal y la salud, tiene su origen en la introducción, en 1995, de la cláusula concursal que ordenaba el castigo del maltrato habitual “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare” y cuyos términos fueron modificados por la reforma de 1999 en el siguiente sentido: “sin perjuicio de las penas que pudieran

⁹⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 37; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 67; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 132, quien señala que la incorrecta ubicación del precepto entre los delitos de lesiones puede deberse a la voluntad del legislador de continuar con la tradición legislativa en esta materia.

⁹⁸ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 67.

⁹⁹ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, cit., p. 751; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 76; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 61.

corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”^{100 101}.

Quienes sostienen que la integridad moral es el objeto de tutela del art. 173.2 CP consideran que la posibilidad de apreciar un concurso entre este delito y los de lesiones pone de manifiesto la pretensión del Legislador penal de proteger algo distinto de la integridad física y la salud del sujeto pasivo, puesto que cualquier menoscabo de la misma ya va a ser desvalorado a través del castigo de los correspondientes tipos de lesiones en los que se pudieran concretar los actos violentos. Así, defienden la necesaria existencia de un injusto propio y diferenciado del de cada una de las agresiones cometidas, pues, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*, que veta la posibilidad de que un mismo hecho pueda ser doblemente desvalorado¹⁰².

Ya apunté más arriba que, para tratar de salvar este obstáculo, aquellos que defienden que el bien jurídico protegido es el mismo que en los delitos de lesiones, alegan que el delito de maltrato habitual es de peligro abstracto y que su objetivo es adelantar la barrera de protección de la integridad corporal y la salud de una serie de personas unidas al agresor por determinadas relaciones, por suponer la habitualidad en la conducta un

¹⁰⁰ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 69; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 38 y 39; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 55; MORILLAS CUEVA, L., “Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, cit., p. 669.

¹⁰¹ La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ha eliminado, obviamente, la referencia a las faltas.

¹⁰² OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 38 y 39; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 55; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 75; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., pp. 530.

mayor peligro de menoscabo del bien jurídico. En este sentido, afirman GARCÍA ÁLVAREZ y DEL CARPIO DELGADO¹⁰³ que “el resultado lesivo finalmente producido no permite englobar todo el desvalor que conlleva el que tal lesión haya sido fruto no de un acto aislado, sino de un hábito de violencia en un ámbito de dependencia como es el familiar o cuasifamiliar”. Consideran, por tanto, que al tratarse de dos modalidades distintas de ataque al bien jurídico no se vulnera el principio *non bis in iem*.

Pues bien, este argumento se considera insatisfactorio por quienes defienden que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual es la integridad moral y alegan que si el precepto contuviera un delito de peligro, cuando se produjera un resultado de lesión, este consumiría a aquel, según las reglas que resuelven el concurso de leyes penales, siendo de aplicación, en este caso, el principio de consunción -art. 8.3º CP-. Por ello, no resultaría posible el castigo separado¹⁰⁴.

Sin embargo, al ordenar el Legislador expresamente el concurso de delitos, está poniendo de manifiesto, según CASTELLÓ NICÁS¹⁰⁵ que “junto al ataque a la vida o salud (...) hay un plus, que es el que concreta la esencia del delito de malos tratos, identificable con el objeto de protección de éste”. De lo contrario, el Legislador tendría que haber declarado la incompatibilidad en la aplicación de ambas condenas, optando por la

¹⁰³ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pp. 37 y 38.

¹⁰⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 75; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 68.

¹⁰⁵ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 69

correspondiente al delito en que finalmente desemboque el maltrato, ya que el resultado de lesión constituye la concreción del peligro¹⁰⁶.

Por otro lado, se reprocha a quienes conciben este delito como de peligro para la salud que, en tal caso, no se estaría teniendo en cuenta el peligro para la vida, advirtiendo de que el número de muertes que se producen como consecuencia de los malos tratos sitúa estas conductas tan próximas a los delitos contra la vida como a los delitos de lesiones¹⁰⁷.

Finalmente, CASTELLÓ NICÁS¹⁰⁸ considera que, aún en el caso de que nos planteáramos la posibilidad de que el Legislador errara en la introducción de la cláusula concursal, el castigo únicamente por los resultados producidos no englobaría el desvalor que implica “toda la situación previa y todo el *estado de tensión y miedo* que pueda estar soportando la víctima/as antes de la materialización externa del maltrato”¹⁰⁹, lo que quiere decir que existe un plus de desvalor que no está implícito en la consideración de la salud como objeto de protección del delito. A mayor abundamiento, añade la autora que si la salud fuera el bien jurídico protegido, lo correcto sería recurrir, siempre y en todo caso, a la punición de las conductas mediante los delitos de lesiones, tanto si se produce un resultado como si no: en el primer caso como delito consumado

¹⁰⁶ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 69.

¹⁰⁷ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., pp. 67 y 68; ALONSO ÁLAMO, M., “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género”, en CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 6.

¹⁰⁸ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., pp. 69 y 70. (Con cursiva y negrita en el original).

¹⁰⁹ Con cursiva en el original.

y en el segundo en grado de tentativa, con lo que la tipificación expresa de los malos tratos estaría de más¹¹⁰.

1.2.2.4.2. Propuestas doctrinales sobre la definición de la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido

Una vez expuestos los argumentos contrarios al resto de posiciones doctrinales, los partidarios de considerar que la integridad moral es el bien jurídico protegido en el delito del art. 173.2 CP tratan de proporcionar una definición de aquella y, así, dotar de contenido material al injusto del delito de maltrato habitual.

Nos encontramos, por un lado, con aquellos autores que identifican directamente la integridad moral con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes¹¹¹. En este sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA¹¹², tratando de acotar un poco más el concepto, considera que “es el derecho a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos que puedan suponer, en distinta medida, humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización”.

¹¹⁰ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 70.

¹¹¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 173”, cit., p. 1210; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 169; CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, cit., p. 20; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 64.

¹¹² MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial I*, Valencia, 2011, p. 431.

Por otro lado, hay quienes intentan definirlo en atención a los rasgos esenciales de la conducta típica o por oposición a otras figuras delictivas, pero que, finalmente, no ofrecen un concepto de integridad moral. Así, MUÑOZ SÁNCHEZ¹¹³ dice que “en definitiva, se trata del sometimiento a la víctima a unas condiciones que le degradan personalmente” y que “la agresión que describe el tipo reviste, sin duda alguna, las características de un trato degradante, pues se trata de conductas que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por el delito de trato degradante, sin embargo, en tanto realizadas habitual y sistemáticamente y consideradas en su conjunto termina produciendo un menoscabo grave a la integridad moral, que se agrava por la situación de sujeción o dominación en que se encuentra la víctima”.

Por su parte, RAMON RIBAS¹¹⁴ afirma que la lesión a la integridad moral constituye “el desvalor objetivo típico”, diferenciándose este atentado contra la integridad moral del más genérico tipificado en el número 1 del artículo 173 CP en que “mientras éste último sanciona lesiones puntuales de la integridad moral, episodios determinados, no necesariamente violentos, de menoscabo grave de aquélla, el tipo previsto en el artículo 173.2 CP contempla supuestos en los que la lesión, no necesariamente grave desde una consideración individual de cada conducta violenta, nace de la erosión continuada de la integridad moral: lo importante, desde la óptica de aquel precepto, no son las violencias singularmente ejercidas (...), sino el estado que, a través de ellas se ha generado”. Considera, así, el autor que lo que constituye el injusto propio del delito de violencia habitual es la sumisión de la víctima a “una

¹¹³ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 78.

¹¹⁴ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 62.

atmósfera de angustia, temor, degradación o envilecimiento que se extiende en el tiempo”¹¹⁵.

Junto a ellos, OLMEDO CARDENETE¹¹⁶ concluye que el bien jurídico tutelado es el valor representado por la integridad moral; valor que tiene reconocimiento constitucional como derecho fundamental y que es objeto, asimismo, de protección penal específica en el Título VII del Texto Punitivo. Observa, en este sentido, que la integridad moral no puede ser confundida con la salud psíquica o mental, pues esta ya se erige en el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones frente a comportamientos capaces de provocar trastornos o enfermedades mentales, y enuncia como nota esencial de aquella “que la persona, en cuanto tal, posee una dimensión espiritual y valorativa que la diferencia de los animales y las cosas y que se ve menoscabada cuando aquella es tratada como si fuera un simple objeto”¹¹⁷.

Por último, merece ser revisada con mayor detalle la postura defendida por CASTELLÓ NICÁS, por ser quien, a mi juicio, realiza un mayor esfuerzo en la concreción de lo que considera debe entenderse por integridad moral. Reconoce la autora que el problema principal a la hora de fijar un bien jurídico unitario radica en el hecho de que las variadas modalidades a través de las cuales se puede realizar la conducta típica implican la afectación a distintos bienes jurídicos¹¹⁸. Por ello, señala que “por encima de cada una de esas modalidades que afectan a bienes jurídicos

¹¹⁵ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 63.

¹¹⁶ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 44.

¹¹⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 44 y 45.

¹¹⁸ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 53.

diversos es preciso hallar un núcleo afín a todas las formas de malos tratos posibles, núcleo que habrá de responder a la categoría del bien jurídico que buscamos, independientemente de las aviesas formas de ejercer el maltrato”¹¹⁹. CASTELLÓ NICÁS¹²⁰ encuentra ese bien jurídico en la integridad moral y, con la intención de perfilar dicho concepto, señala que «por *integridad* entiende el Diccionario de la Lengua Española “cualidad de íntegro”, siendo *íntegro* lo “que no carece de ninguna de sus partes”. Esto quiere decir que vulnerar la integridad de una persona supone privarle de una de sus partes, y concretamente, por lo que nos ocupa, supone privarle de su *parte moral*. Moral, según también el Diccionario de la Lengua Española es, de conformidad con la acepción que nos interesa, “que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano”. O sea que vulnerar la integridad moral de la persona supone afectar con una actuación al fuero interno de ésta, el respeto que como persona se merece»¹²¹. De esta forma, considera que “el *respeto a la individualidad personal*, el respeto al otro como persona, el respeto al otro como ente con personalidad y capacidad de decisión en cada momento, con independencia de sus dotes morales más o menos pías, es lo que constituye el objeto de protección jurídico-penal identificable con la integridad moral”¹²². Asimismo, añade la autora que el significado propuesto al contenido de la integridad moral no debe llevar a equívocos en relación con los delitos contra la libertad, en cuanto que la concepción formulada también

¹¹⁹ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 54. En este sentido se pronuncia también MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 71, al señalar que el bien jurídico protegido en el delito que estudiamos “vendrá dado por el común denominador de las diversas conductas abarcadas”.

¹²⁰ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 72.

¹²¹ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 75 (con cursivas en el original).

¹²² CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 76. (con cursiva y negrita en el original).

comprende la capacidad de decisión libre, “pues esta es entendida como tal capacidad en *sentido general*, como capacidad de poder decidir en cualquier momento sobre cualquier cuestión, por irrelevante que ésta sea, mientras que la libertad a que se refiere el bien jurídico protegido en los delitos de detenciones ilegales, amenazas o coacciones es la **libertad en concreto** de hacer o no algo **específico** en un momento determinado (libertad de movimiento en las detenciones ilegales, libertad de obrar en forma inminente en el delito de coacciones, la formación de la voluntad sobre un asunto concreto en el delito de amenazas condicionales)”¹²³.

2. LA NECESIDAD DE REDEFINIR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DEL ART. 173.2 CP

2.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Según he manifestado anteriormente, no existe una opinión doctrinal unánime en torno al bien jurídico protegido por el delito de malos tratos habituales. Es cierto, según he afirmado también, que la postura mayoritaria sostiene que el objeto de tutela es la integridad moral. No obstante, ni siquiera los defensores de esta tesis han alcanzado un acuerdo sobre qué debe entenderse por integridad moral -como bien jurídico penalmente protegible- y no han ofrecido una definición de la misma que, desde una perspectiva dogmática, pueda considerarse satisfactoria a estos

¹²³ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., pp. 78 y 79 (con cursiva y negrita en el original).

efectos. En estas circunstancias, no es de extrañar que buena parte de la Doctrina penal se haya manifestado de forma crítica en relación con la aprobación del tipo delictivo del art. 173.2 CP. En efecto, si no es posible hallar un injusto propio y diferenciado que legitime su existencia habremos de reconocer que el delito en estudio no es más que la manifestación de un modelo de Derecho penal simbólico y que su creación obedeció más a razones coyunturales –grupos de presión, razones electorales o electoralistas, etc. – que instrumentales. Ello justifica la necesidad de delimitar y definir el bien jurídico cuya protección legitima la existencia del delito de malos tratos del art. 173.2 CP.

2.2. PROPUESTAS DOCTRINALES: REVISIÓN CRÍTICA

En las páginas anteriores he expuesto los rasgos esenciales de los diversos planteamientos doctrinales existentes en relación con el bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP. Sin embargo, se trataba únicamente de dibujar cuál es el panorama reinante en la Doctrina actual al respecto, por lo que procede ahora revisar de forma crítica los argumentos esgrimidos por unas y otras posturas para poder formular, posteriormente, mi posición personal.

2.2.1. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN DE LA PAZ FAMILIAR COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 CP

En primer lugar, considero que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales no puede hallarse en la paz o la convivencia familiar, por los motivos siguientes:

Por un lado, si atendemos a las garantías y principios que han de limitar el *Ius Puniendi*¹²⁴, debemos concluir que el principio de intervención mínima¹²⁵ veta la posibilidad de que el Derecho penal pueda tutelar “la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo”¹²⁶. En efecto, el carácter de *ultima ratio* que de forma unánime se le atribuye al Derecho penal no es compatible con la intervención del mismo en la esfera privada para proteger una convivencia familiar afectiva y armoniosa¹²⁷. En este sentido, afirma MUÑAGORRI LAGUÍA¹²⁸ que el Derecho penal no ha de modelar formas de relaciones privadas¹²⁹. Una determinada forma de convivencia no puede ser concebida

¹²⁴ Véase MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, cit., pp. 104 y ss.

¹²⁵ Sobre el principio de intervención mínima dice QUINTERO OLIVARES que el mismo se fundamenta en la tesis de que el Derecho Penal no puede emplearse para defender intereses no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho y que su correcto entendimiento debe evitar que el Derecho penal sea utilizado como instrumento para imponer concepciones morales o ideológicas que sólo siente un sector de la sociedad como regla necesaria de la moralidad de todos, en QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pp. 75 y 76.

¹²⁶ STS 5792/2000, de 24 de junio.

¹²⁷ Sobre el Derecho penal como *última ratio* véase, por ejemplo, CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 200 y ss; MIR PUG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Buenos Aires, 2002, pp. 108 y ss.

¹²⁸ MUÑAGORRÍ LAGUÍA, I., “Las violencias en el ámbito familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.4, 1994, pp. 635 y 636.

¹²⁹ En este sentido, se pronuncian GARCÍA ÁLVAREZ y DEL CARPIO DELGADO y dicen que el hecho de que pudiera admitirse la intervención del Derecho penal en la esfera privada para proteger una hipotética e incluso utópica paz familiar parece

como un valor susceptible de tutela penal y, así, lo que protegen los delitos incluidos en el Título XII, del Capítulo II de nuestro Código penal -Delitos contra las relaciones familiares- son una serie de relaciones jurídicas nacidas en su seno y no la familia en cuanto tal¹³⁰.

Por otro lado, tras la ampliación del círculo de los posibles sujetos pasivos del delito del art. 173.2 CP, fruto de la reforma operada por la LO 14/1999, que incluyó a los excónyuges y a quienes hubieran estado ligados de forma estable por análoga relación de afectividad y, fundamentalmente, tras la realizada por la LO 11/2003 -que eliminó de forma expresa el requisito de la convivencia y añadió a las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren incluidas en el núcleo de su convivencia familiar y a aquellas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados-, ya no es posible afirmar que el delito de maltrato habitual “deba” cometerse en el ámbito familiar¹³¹.

El Legislador no exige, de este modo, la existencia de un núcleo familiar como requisito típico, ya que es posible que la relación familiar se

poner en peligro su carácter de *ultima ratio*, en GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 23. En idéntica línea, CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., pp. 63 y 64; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 86, quien considera que “la paz y tranquilidad, la convivencia pacífica y el amor en la familia son extremos deseados y buscados por todos los seres humanos, ello no deja de ser un *desiderátum* que, en modo alguno, implica su conversión automática en bien jurídico penalmente protegido”.

¹³⁰ En contra, ACALE SÁNCHEZ, afirma que “la utilización del referente *relaciones familiares* no es solo un lugar de encuentro, esto es, no significa que los delitos que se incluyen en su interior se realicen en el seno familiar: su importancia es aún mayor si se entiende que todas estas figuras delictivas *afectan* negativamente a un bien jurídico relativo a las relaciones familiares” en ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 131.

¹³¹ Señala RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 48 que, desde entonces, no podrá adjetivarse el delito del 173.2 CP, en modo alguno, como delito de violencia doméstica.

haya extinguido -excónyuges- o que nunca haya existido -novios o exnovios que nunca han convivido- o, incluso, que el sujeto pasivo sea una persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en un centro público o privado. Por ello, aunque estoy de acuerdo con ACALE SÁNCHEZ en que el Legislador ha decidido castigar las violencias ejercidas en el ámbito familiar o asimilados sobre una serie de sujetos que se encuentran unidos al agresor por unos lazos particularmente significativos¹³², no puedo, sin embargo, compartir con la autora que el bien jurídico “tiene que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar”¹³³.

En mi opinión, por el contrario, el Legislador ha tenido en cuenta esos específicos lazos o vínculos porque sitúan a la víctima en una posición especialmente vulnerable que va a limitar significativamente su capacidad para sustraerse a la situación de maltrato, pues, de lo contrario, al sujeto activo no le sería posible ejercer los actos de violencia física o psíquica *habitualmente*.

En consecuencia, no creo que pueda deducirse del artículo 173.2 CP que el Legislador ha pretendido identificar el bien jurídico protegido con los lazos que unen a los sujetos del delito, sino que son, precisamente, esos vínculos los que permiten que el sujeto activo ejerza el maltrato de forma habitual por colocar al pasivo en una situación de especial vulnerabilidad y

¹³² ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 133 señala que el Legislador “ha decidido castigar las violencias ejercidas en el ámbito familiar o 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”.

¹³³ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 133.

que, por ello, el Legislador penal ha incriminado esta conducta en relación con estos sujetos en concreto.

A nadie se le escapa que las situaciones que el Legislador ha tenido en cuenta generan una serie de relaciones de dependencia, que provocan que al sujeto pasivo le sea extraordinariamente difícil huir de la situación de maltrato habitual, cosa que muy difícilmente podría ocurrir entre quienes no existan tales lazos¹³⁴. Así, las razones que dificultan -cuando no imposibilitan- que la víctima rompa con la relación en la que se desarrolla el maltrato pueden hallar su origen en múltiples factores y pueden ir desde la falta de autonomía -en el caso de los menores, algunos ancianos o personas dependientes-, la dependencia económica, la dependencia emocional -con la aparición de síndromes o trastornos psíquicos que disminuyen la capacidad de afrontamiento- o el miedo a las represalias, hasta la asunción de determinados roles sexuales, en el caso de las mujeres¹³⁵.

En este sentido, si el Legislador penal ha establecido como requisito típico la *habitualidad*, es lógico que haya limitado su intervención a aquellos supuestos que hacen posible que la conducta sea habitual. Así, creo que el Legislador, atendiendo a la realidad criminológica, ha reparado en que la existencia de determinadas relaciones puede favorecer la ocasión para lesionar el bien jurídico que trata de proteger, por hacer posible la habitualidad en la conducta, lo que no sucedería de no mediar entre los sujetos un vínculo de esas características. Sin embargo, ello no significa que

¹³⁴ Véase BACA BALDOMERO, E. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coords.), *Manual de Victimología*, Valencia, 2006, pp. 164 a 179.

¹³⁵ Véase, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. y AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, 2011, pp. 407 a 467.

lo que el Legislador pretenda proteger sea la armonía y la afectividad en el desenvolvimiento de esas relaciones, lo que, a todas luces, sería contrario al carácter de *ultima ratio* del Ordenamiento Jurídico-penal, según he dicho.

En resumen: no creo que quepa interpretar que la intervención penal en tales ámbitos tenga por objeto proteger los vínculos o relaciones que en ellos se desarrollan, sino que obedece a que, precisamente, es en su seno donde se dan determinadas relaciones que posibilitan la habitualidad en la conducta, siendo esta habitualidad en el ejercicio de las violencias lo que, a juicio del Legislador, provoca la lesión del bien jurídico que pretende tutelar.

Por lo expuesto, estoy de acuerdo con quienes afirman que los partidarios de considerar que el bien jurídico protegido es la paz o convivencia familiar no hacen sino confundir el entorno en el que las conductas de violencia tienen lugar con el interés objeto de tutela¹³⁶.

En relación, también, con las modificaciones introducidas en relación con los sujetos protegidos, señala ACALE SÁNCHEZ¹³⁷, como argumento para seguir considerando válida su concepción del bien jurídico como la paz familiar, que pese a que la convivencia entre los sujetos ha dejado de ser típica, dicha convivencia “sí que se exige como elemento típico en aquellos supuestos en que no existe lazo parental alguno, por lo que se convierte en sustituto de la relación familiar”. Sin embargo, tampoco puede aceptarse este razonamiento, pues parece olvidar la autora que también están incluidos en el tipo los supuestos de exnovios que nunca han

¹³⁶ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 60; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 77; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 63.

¹³⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., pp. 36 y 37.

convivido, entre quienes no existe ni relación parental, ni existe convivencia actual ni pasada.

Por último, a favor de considerar que el valor tutelado en el delito de malos tratos habituales es la paz familiar se ha esgrimido el hecho de que, *ex art. 173.2 CP*, a la hora de apreciar la habitualidad en la conducta, va a resultar indiferente que los actos de violencia se hayan realizado sobre la misma o sobre diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto. De ello deriva ACALE SÁNCHEZ que el bien jurídico protegido en el tipo ha de tener, necesariamente, una titularidad compartida¹³⁸. Pues bien, aunque así fuera, tampoco sería posible considerar que lo que se protege es la paz familiar, además de que la aplicación del criterio de la fungibilidad de las víctimas¹³⁹, atendiendo exclusivamente a la letra de la ley, conduciría, en determinados supuestos, a soluciones absurdas. Así, por ejemplo, cabría apreciar la concurrencia de un delito del 173.2 CP tomando en consideración actos de maltrato singulares dirigidos contra el cónyuge del sujeto activo y contra un anciano sometido a su custodia en el geriátrico en el que trabaja, o contra su expareja y su pareja actual. Resulta obvio que, en este caso, ni tan siquiera podría sostenerse que el tipo protege la paz familiar como bien jurídico colectivo, pues se trataría de sujetos que no pertenecen al mismo ámbito familiar. ¿Cuál sería entonces el bien jurídico de sustrato compartido en estos casos? Parece obvio que esta tesis debe descartarse¹⁴⁰.

¹³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., pp. 39 y 40.

¹³⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, considera posible la aplicación de este criterio solo en caso de que las violencias contra diversas víctimas tengan lugar dentro del mismo ámbito de convivencia o relacional (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”, cit., p. 537).

¹⁴⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., pp. 41 y 42, de forma coherente con su concepción del bien jurídico protegido en el tipo, aboga por la exclusión de persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el

Con todo, es cierto que tal previsión legislativa puede plantear dudas acerca de si el tipo pretende proteger un bien jurídico de carácter colectivo o individual¹⁴¹. Sin embargo, comoquiera que reflexionar sobre esta cuestión implica la necesidad de pronunciarse sobre el interés que entiendo protegido por el tipo delictivo previsto en el art. 173.2 CP, este punto se tratará una vez que haya planteado mi postura al respecto.

2.2.2. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD FÍSICA Y MENTAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 CP

En segundo lugar, procede analizar la tesis según la cual el bien jurídico protegido por el delito de maltrato habitual es la integridad corporal y la salud física y mental.

Como ya dije anteriormente, los partidarios de esta postura han venido esgrimiendo, en primer término, el argumento de la ubicación sistemática del delito, pues tanto el antiguo artículo 425 del Texto Refundido de Código penal de 1973, como en el artículo 153 del Código de 1995, se ubicaban en el Título dedicado a los delitos de lesiones¹⁴². Sin embargo, el propio Legislador penal, trasladando el delito de violencia

núcleo de su convivencia familiar y de personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a la custodia o guarda en centros públicos o privados.

¹⁴¹ Así, TAMARIT SUMALLA, pese a no ser partidario de la tesis que halla en la paz familiar el interés tutelado, reconoce que este argumento “obliga a replantear el bien jurídico protegido en esta figura delictiva” y que “parece que el legislador opta por proteger a través de la misma relaciones familiares, lo cual resulta discutible en el plano político-criminal”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 173”, cit., p. 1210 y 1211.

¹⁴² CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 43; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 93.

habitual al Título relativo a los delitos contra la integridad moral -con la reforma de 2003-, ha dado la razón a quienes afirmaban que el argumento sistemático no puede considerarse definitivo a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido por un tipo delictivo¹⁴³.

Se alega, asimismo, por este sector doctrinal, que una interpretación auténtica del Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, que introdujo por primera vez el delito de malos tratos habituales en nuestro Código penal, debe conducirnos a la conclusión de que el bien jurídico que se trata de proteger es el mismo que en los delitos de lesiones. En dicho texto se declara que “respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito de malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge...”. Afirman los defensores de esta tesis, según ya he tenido ocasión de señalar, que el uso de los términos *agresivas* y *malos tratos* parece poner de manifiesto que nos encontramos ante formas de acometimiento físico y psíquico que provocan el menoscabo de la integridad física o psíquica de quienes las padecen¹⁴⁴.

Sin embargo, no creo que pueda aceptarse una interpretación tan restrictiva de tales conceptos. El Preámbulo habla de conductas agresivas, término este último por el que puede entenderse, según la RAE, lo “que

¹⁴³ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 37; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 67; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 132, quien señala que la incorrecta ubicación del precepto entre los delitos de lesiones puede deberse a la voluntad del legislador de continuar con la tradición legislativa en esta materia.

¹⁴⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 43; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 29; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 93.

implica provocación o ataque” lo que “dificulta la vida”¹⁴⁵. Por su parte, “maltratar” significa “tratar mal a alguien, de palabra o de obra”¹⁴⁶, por lo que también abarca un comportamiento mucho más amplio que el mero acometimiento físico. Y, precisamente, a favor esta postura puede aducirse que esta interpretación amplia de la idea de agresión es la que acoge la Doctrina y, también ahora, la Jurisprudencia en relación con el primero de los requisitos que han de concurrir para poder apreciar la eximente de legítima defensa, esto es: la existencia de una “agresión ilegítima” -art. 20.4 CP-¹⁴⁷. Así, se entiende que la agresión existe tanto cuando se atacan bienes jurídicos con un sustrato material -“vida”, “salud”-, como inmaterial -“libertad”, “honor”-. Creo, por tanto, que tales conceptos, al menos a efectos del art. 173.2 CP, han de entenderse en sentido amplio, incluyendo, también, supuestos de ataque a bienes jurídicos inmateriales y no sólo a la integridad física y salud del sujeto pasivo, tal y como se expondrá posteriormente con más detalle.

Tampoco comparto con quienes identifican el bien jurídico protegido en el tipo del 173.2 CP con el de los delitos de lesiones que la *ratio essendi* del delito se encuentre en la necesidad de “acortar el enorme e insalvable abismo punitivo existente entre el delito de lesiones, que se consuma cuando se cumplen, cumulativamente, los requisitos típicos de la primera asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico

¹⁴⁵ Véase Diccionario de la RAE, 23ª edición, acepciones del término “agresivo, va”. El resto de significados del adjetivo no son aplicables al sustantivo “conductas”.

¹⁴⁶ Primera acepción del término “maltratar” según el Diccionario de la RAE, 23ª edición.

¹⁴⁷ A título de ejemplo, LUZÓN PEÑA, D., M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., pp 384 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 447 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 523.

posterior, y las faltas de lesiones y maltrato de obra”¹⁴⁸¹⁴⁹. En este sentido, consideran estos autores que con la creación de esta figura delictiva se trataba de elevar, utilizando el criterio de la habitualidad, a la categoría de delito los atentados físicos -y posteriormente también psíquicos- contra determinadas personas que, por los referidos imperativos legales, quedaban reducidos a la categoría de falta¹⁵⁰.

Sin embargo, desde su aparición en el art. 425 del Texto Refundido de Código penal de 1973, la conducta típica del delito de maltrato habitual ha abarcado mucho más que los actos estrictamente subsumibles en las antiguas faltas de lesiones o de maltrato de obra. En aquel momento la conducta consistía en ejercer violencia física de forma habitual, lo que incluye, también, aquellos actos que pudieran concretarse en delitos de lesiones o en delitos contra la libertad sexual y no únicamente en las -por entonces- faltas de lesiones o de maltrato de obra. Por tanto, la *ratio essendi* no pudo ser nunca la necesidad de elevar a delito acciones constitutivas de falta, cuando la conducta típica podía también integrarse por acciones constitutivas de otros delitos sancionados con penas proporcionadas a su gravedad. Menos aún cuando con el Código penal de 1995 introdujo la cláusula concursal que ordenaba el castigo separado del delito de maltrato habitual y los resultados a que las acciones violentas pudieran dar lugar. Posteriormente, en 1999, con la inclusión de la violencia psíquica, la

¹⁴⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 44.

¹⁴⁹ La referencia a las faltas de lesiones y maltrato de obra deberá entenderse realizada, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, a los delitos leves previstos en los arts. 147.2 y 3 CP.

¹⁵⁰ A favor de este argumento, también, NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 93 y GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 28, quienes señalan que “si atendemos a la razón de ser de este precepto, podemos mantener que si algo se pretende específicamente es incriminar la violencia (en principio solo física y ahora también psíquica) habitual en el ámbito familiar, es decir, la existencia de un hábito de violencia” y señalan que lo trascendental es precisamente esta esencia y no la ubicación del precepto.

conducta se amplió enormemente, corroborando así que, con independencia de que los diversos actos, aisladamente considerados, pudieran afectar a distintos bienes jurídicos protegidos en otros tipos delictivos, su ejercicio *habitual* lesiona otro bien jurídico distinto, injusto este último que no puede considerarse abarcado por el castigo de los delitos en los que pudieran concretarse las acciones singulares.

Por último, analizaré el que, entiendo, constituye el mayor obstáculo con el que se topan quienes defienden que el bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP es la integridad corporal y la salud: la existencia de una cláusula concursal que impone la punición separada de los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física y psíquica. En efecto, cuando como consecuencia de los actos violentos se produzca un resultado subsumible en alguno de los tipos de lesiones, este estrará en concurso de delitos con el de maltrato habitual por mandato expreso del Legislador. Así, si el menoscabo del bien jurídico integridad corporal y salud física y/o mental ya va a ser desvalorado a través del castigo de los correspondientes delitos, entiendo que el respeto al principio *non bis in idem* debe llevarnos a la conclusión de que lo que se pretende proteger en el delito que nos ocupa es otro bien jurídico distinto¹⁵¹.

Como ya he adelantado, los problemas que plantea la cláusula concursal no pueden ser obviados configurando el delito de maltrato habitual como de peligro abstracto¹⁵², y ello por dos órdenes de motivos:

¹⁵¹ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 38 y 39; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 55; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 75; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., pp. 530; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 69.

¹⁵² GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 30 (en relación con la salud física) y 33 (en relación

- Por un lado, porque, desde un punto de vista criminológico, deben ser atendidas las críticas vertidas por los detractores de esta postura, cuando señalan que considerar el delito objeto de estudio como de peligro abstracto para la integridad corporal o la salud física y psíquica supondría olvidar el peligro para la vida implícito en los malos tratos habituales, pues el número de muertes que se producen como consecuencia de los mismos los sitúa tan próximos a los delitos contra la vida como a los delitos de lesiones¹⁵³;
- Por otro, ahora desde el punto de vista dogmático, porque si se tratara de un delito de peligro, en caso de producirse un resultado de lesión, este consumiría a aquel, según las reglas del concurso de leyes, concretamente por aplicación del principio de consunción -art. 8.3º CP-, en cuya virtud “el injusto material de una infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad”¹⁵⁴. Ello sucede, precisamente, con los delitos de peligro en relación con el delito de lesión subsiguiente: si finalmente se produjera la lesión del bien jurídico, habría que dejar de castigar los malos tratos anteriores, puesto que quedarían absorbidos por la siguiente fase del *iter criminis*, esto es, en el

con la salud mental); NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., pp. 98 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de violencia doméstica (art. 173, núms. 2 y 3)”, cit., p. 200; BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español”, cit., p. 18.

¹⁵³ Así lo ponen de manifiesto CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., pp. 67 y 68; ALONSO ÁLAMO, M., “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género”, cit., p. 6.

¹⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 287; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 656.

resultado, cuando se tratase de bienes jurídicos de carácter individual¹⁵⁵.

Por lo expuesto, afirmar que el delito contenido en el art. 173.2 CP es un delito de peligro es tanto como afirmar que se encuentra respecto de los delitos de lesión, y por utilizar las palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁵⁶, en una relación de “menos a más”; es decir, se trataría de infracciones entre las que mediaría una relación de progresión. Ello supondría que la producción final del resultado lesivo conllevaría un desvalor mayor que la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido, por lo que aquel absorbería a este en caso de producirse. Sin embargo, es claro que el simple castigo del menoscabo de la integridad física y/o la salud no abarca el injusto material producido por el ejercicio habitual de violencia sobre el sujeto pasivo y es por ello, en mi opinión, que el Legislador ha ordenado su punición en concurso de delitos, cosa que no podría ocurrir, como he dicho, si el 173.2 CP fuese un delito de peligro.

En este sentido, según ya he señalado anteriormente, afirma CASTELLÓ NICÁS¹⁵⁷ que, si no se hubiera introducido la cláusula concursal, el castigo únicamente por los delitos en que los actos violentos se hubieren concretado “dejaría de apreciar toda la situación previa y todo el *estado de tensión y miedo* que pueda estar soportando la víctima/as antes de la materialización externa del maltrato”¹⁵⁸. Por ello, afirma QUINTERO

¹⁵⁵Véase, sobre el principio de consunción como criterio de resolución del concurso de normas, CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Granada, 2000, pp. 157 a 168.

¹⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, vol. II, Buenos Aires, 1992, pp. 558 y 559.

¹⁵⁷ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., pp. 69 y 70.

¹⁵⁸ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 70 (con cursiva y negrita en el original).

OLIVARES¹⁵⁹ que “la consunción de una norma puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, y si no es así habrá que declarar la existencia de un concurso de delitos”. Pone el citado autor como ejemplo el supuesto del delito de homicidio que absorbe las lesiones previas, pero no puede hacerlo con las torturas anteriores a la muerte, ya que la tortura tienen, “junto a su dimensión física de ataque a la integridad, otra más importante de ataque a la dignidad humana, que exige su propia reacción punitiva”¹⁶⁰. Lo mismo sucede, a mi modo de ver, en relación con el delito objeto de estudio, pues el delito de lesiones no puede absorber todo el desvalor que implica el ejercicio habitual de violencias de cualquier índole, no siendo suficiente el castigo únicamente por los resultados lesivos para abarcar todo el injusto.

Por ello, con la introducción de la cláusula concursal que ordena la punición separada del delito de maltrato habitual y de aquellos delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica, parece claro que el Legislador penal ha querido poner de manifiesto que lo que trata de proteger en uno y otro caso son bienes jurídicos distintos, lo que implica que el 173.2 CP no es un delito de peligro. En consecuencia, creo que puede sostenerse la existencia de un injusto propio y diferenciado del de cada una de las agresiones cometidas -consideradas de forma aislada- derivado del sometimiento a una situación de violencia continuada, como única explicación posible a la inclusión de la cláusula concursal¹⁶¹.

¹⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 822.

¹⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 822.

¹⁶¹ En este sentido se pronuncian también OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 38 y 39; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 55; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 75; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., pp. 530.

Todo lo dicho pone de manifiesto que la tesis de que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales es el mismo que en los delitos de lesiones choca frontalmente con el principio *non bis in idem* y que es incapaz de explicar la estructura típica del delito previsto en el art. 173.2 CP. Por ello, habrá que descartar la posibilidad de que en dicha figura delictiva se proteja la integridad corporal y la salud y tratar de determinar cuál es el bien jurídico que se pretende proteger.

2.2.3. CRÍTICAS A LAS PRINCIPALES DEFINICIONES DE INTEGRIDAD MORAL PROPUESTAS POR LA DOCTRINA

Finalmente, procede analizar la tesis que, según ya he tenido oportunidad de señalar, es la mayoritaria entre la Doctrina y que, en mi opinión, es la que debe acogerse: que el bien jurídico protegido por el tipo del 173.2 CP es la integridad moral¹⁶².

Ya he apuntado en otra parte de esta investigación en relación con la cuestión del “bien jurídico protegible”¹⁶³, que me sumo a las denominadas teorías constitucionalistas, cuyos partidarios entienden que únicamente los valores con relevancia constitucional pueden ser merecedores de tutela penal, si se pretende que el bien jurídico cumpla con su función limitadora de la Potestad Punitiva¹⁶⁴. Pues bien, el artículo 15 CE reconoce que “todos

¹⁶² Véase la bibliografía citada en la nota a pie n. 82.

¹⁶³ Véase, sobre la teoría del “bien jurídico protegible”, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 453 a 465.

¹⁶⁴ En nuestra doctrina, entre otros ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, cit., pp. 20 y ss; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 27 a 30. Sobre las “limitaciones” de dicho límite, véase, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, cit., 1996.

tienen derecho a la vida y a la integridad moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". De este modo, la integridad moral no solo goza de la necesaria relevancia constitucional para erigirse en bien jurídico penalmente protegido, sino que, además, el Poder Constituyente lo situó en una posición preeminente dentro de la Constitución, esto es, entre los Derechos Fundamentales.

El Legislador penal de 1995 decidió prestar protección a este valor, constitucionalmente reconocido, creando por primera vez un Título dedicado a los delitos contra la integridad moral. En el nuevo Título VII se incluían, por un lado, las torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos -arts. 174, 175 y 176 CP- y, por otro, los atentados genéricos contra la integridad moral cometidos por particular - art. 173 CP-.

Posteriormente, en el año 2003, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, reubicó el delito de maltrato habitual en dicho Título VII, mostrándose, de este modo, el Legislador partidario de la postura que la Doctrina venía defendiendo mayoritariamente. Con todo, tal y como dije más arriba, la ubicación sistemática, pese a su evidente importancia, no puede considerarse un argumento definitivo a la hora de concluir cuál es el valor tutelado en un determinado tipo delictivo. Por ello, este motivo no es suficiente para concluir que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales es la integridad moral, siendo necesario hallar otras razones que fundamenten mi posición.

El delito contenido en el art. 173.2 CP presenta una serie de particularidades que dificultan la tarea de encontrar un bien jurídico único.

Así, el ejercicio de violencia física o psíquica, conducta típica del delito, puede llevarse a cabo a través de muy diversas modalidades de conducta – constitutivas, a su vez, de lesiones, detenciones ilegales, amenazas, injurias, agresiones sexuales, coacciones, etc., o de otras atípicas-, pudiendo darse el caso de que cada una de ellas atente contra un bien jurídico diferente. Pero el Legislador ha considerado que la habitualidad en las violencias va menoscabando, además, otro bien jurídico distinto al lesionado por cada acto aisladamente considerado y es este, precisamente, el que busca proteger en el delito de malos tratos habituales. Para ello ha articulado, según he dicho, una cláusula concursal que impone el castigo conjunto de los delitos en que se concreten los actos de violencia y el delito de maltrato habitual. Por tanto, es preciso hallar un núcleo afín a todas las formas de ejercer el maltrato, por encima de cada una de las modalidades de conducta a través de las cuales el mismo se pueda manifestar¹⁶⁵.

Parece claro que el Legislador no está contemplando en el 173.2 CP los diferentes bienes jurídicos atacados por las distintas acciones violentas –la lesión a tales bienes jurídicos ya es tomada en cuenta por los respectivos delitos en los que estas puedan llegar a concretarse-, sino un bien jurídico distinto que es lesionado como consecuencia de la violencia reiterada. De este modo, considero que para encontrar el contenido del valor representado por la integridad moral es preciso partir del análisis de las específicas características de la conducta típica¹⁶⁶. Sin embargo, es preciso

¹⁶⁵En este sentido, CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 54; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 71, al señalar que el bien jurídico protegido en el delito que estudiamos “vendrá dado por el común denominador de las diversas conductas abarcadas”.

¹⁶⁶ En este sentido, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 44; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 71; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 67.

advertir que no debe confundirse el bien jurídico protegido con la propia conducta típica, error en el que, según expondré, incurren algunos autores.

La Doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia más reciente vienen señalando que lo que caracteriza al delito del art. 173.2 CP no es propiamente la pluralidad de acciones violentas, sino la creación de un “estado de agresión permanente”¹⁶⁷. Es decir, la singularidad de la conducta típica de esta figura delictiva estaría implícita en la exigencia del requisito de la habitualidad. Sin embargo, para hallar el desvalor que independiza el delito en estudio, es preciso atender, a la hora de concebir el requisito de la habitualidad y pese a que el tipo penal no lo diga expresamente, a la “situación típica de violencia permanente”¹⁶⁸ que el ejercicio habitual de violencia genera y no a la mera suma de actos. Por tanto, a mi modo de ver, tiene razón MUÑOZ SÁNCHEZ¹⁶⁹ cuando afirma que el “estado de agresión permanente configura el injusto específico que desborda los resultados lesivos que cada acción individual pueda constituir y justifica su tipificación autónoma”.

¹⁶⁷BARQUÍN SANZ, J., “Violencia doméstica y trato degradante: problemas concursales” en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 381; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 71; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 98; CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 70; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., pp. 62 a 64; FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral” en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, pp. 121 y 122. En relación con la Jurisprudencia, véanse, a título de ejemplo, las SSTS 613/2006, de 1 de junio, 580/2006, de 23 de mayo o 1151/2009, de 17 de noviembre.

¹⁶⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 75.

¹⁶⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 75.

En este punto es preciso plantearse cuál es el bien jurídico de titularidad individual que se ve afectado por ese “estado de agresión permanente”, es decir, qué bien jurídico se ve lesionado por esa *situación típica* de sometimiento a una violencia persistente. Creo, como ya he adelantado en líneas precedentes, que es la integridad moral del sujeto pasivo el bien jurídico que se menoscaba por la permanencia en el maltrato. Sin embargo, pese a estar de acuerdo con la Doctrina mayoritaria y con el propio Legislador penal en cuanto al valor protegido por el delito de maltrato habitual, considero que las definiciones que se han proporcionado del mismo no son satisfactorias, desde un punto de vista dogmático-penal, a los efectos de configurar el bien jurídico protegido por un tipo delictivo.

2.2.3.1. La integridad moral como Derecho

Un amplio sector doctrinal identifica la integridad moral con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes¹⁷⁰. Así, MANJÓN-CABEZA OLMEDA considera que la integridad moral “es el derecho a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos que puedan suponer, en distinta medida, humillación, envilecimiento, cosificación o

¹⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 173”, cit., p. 1210; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 169; CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, cit., p. 20; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 64; CUERDA ARNAU, M. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 179.

instrumentalización”¹⁷¹. Por su parte, MUÑOZ SÁNCHEZ¹⁷² sostiene que es “el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes vejatorios o envilecedores” y CONDE-PUMPIDO TOURÓN¹⁷³ que se trata del “derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad, y a no ser degradado a una condición inferior a la de persona”.

Sin embargo, un bien jurídico no es un derecho sino una determinada realidad que por ser valorada por la mayoría de los consociados como indispensable para la convivencia social -consenso que ha de traducirse, según la tesis adoptada en esta investigación, en su relevancia constitucional- ha sido jurídico-penalmente seleccionada como objeto de protección por una norma¹⁷⁴. Por tanto, cualquier descripción del valor representado por la integridad moral como “derecho a” debe de reputarse insatisfactoria¹⁷⁵. Resultan esclarecedoras, en este sentido, las palabras de BARQUÍN SANZ¹⁷⁶ cuando afirma que no cabe confundir los conceptos de

¹⁷¹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”, cit., p. 431.

¹⁷² MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, p. 24.

¹⁷³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal”, en *La Ley*, n.6, 1996, p. 1669.

¹⁷⁴ En este sentido, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coords.), *Violencia y género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales*, Sevilla, 2004, p. 131.

¹⁷⁵ En los mismos términos lo definen GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 64; CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, cit., p. 20.

¹⁷⁶ BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Madrid, 1992, pp. 222 a 223.

bien jurídico y derecho fundamental. Así, “del mismo modo que el derecho al honor protege el honor de la personas, el delito de injurias protege el honor de las personas y no el derecho al honor. La norma constitucional, el derecho fundamental en este caso, es un concepto y su objeto de protección, otro distinto”. De este modo, considera que afirmar que la prohibición de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes contenida en el art. 15 CE es un valor objeto de tutela “es no decir nada” y nada aclara acerca del bien jurídico protegido por la disposición penal.

En idéntico sentido, OLMEDO CARDENETE¹⁷⁷ señala que si nos preguntáramos acerca del bien jurídico protegido en el delito de homicidio -art. 138 CP- no dudáramos en responder que el objeto de su tutela es la vida y no “el derecho a no ser matado”. De lo contrario, no se diría nada acerca del contenido y límites del valor protegido a través del delito de homicidio, siendo que “lo que interesa al análisis jurídico-penal es saber qué se entiende por vida y cuáles son sus límites mínimo y máximo para poder diferenciar el homicidio del aborto y una modalidad eutanásica impune de un homicidio, un asesinato o un auxilio ejecutivo al suicidio”¹⁷⁸.

2.2.3.2. “Cosificación” como lesión a la integridad moral

En ocasiones, se intenta definir el bien jurídico protegido partiendo del análisis de la conducta incriminada y, finalmente, se termina por describir las conductas a través de las cuales se puede lesionar el valor

¹⁷⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 43 y 44.

¹⁷⁸ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 44.

objeto de tutela pero sin definir este. Así, OLMEDO CARDENETE¹⁷⁹ dice que “la nota esencial de la integridad moral es que la persona, en cuanto tal, posee una dimensión espiritual y valorativa que la diferencia de los animales y de las cosas y que se ve menoscabada cuando aquélla es tratada como un simple objeto”, pero no define esa dimensión espiritual o valorativa que se ve dañada como consecuencia de tal comportamiento. En igual sentido, REBOLLO VARGAS¹⁸⁰ considera que “se afecta a la integridad moral cuando a la persona se la cosifica, cuando se la trata como un objeto, es decir, cuando se la circunscribe a una pura realidad física que se instrumentaliza, quebrándose con ello un conjunto inescindible que le es inherente a su condición de persona, como es lo físico y lo moral”. GARCÍA ARÁN¹⁸¹, por su parte, señala que lo que caracteriza al delito en cuestión es “el sometimiento a la víctima a unas condiciones que la degradan personalmente y que, en este caso, son reflejo de una determinada concepción patrimonial de las relaciones familiares por las que el autor se comporta con el cuerpo de la víctima como si se tratara de un objeto a su libre disposición”¹⁸².

Sin ser falsas ninguna de las afirmaciones anteriores, lo cierto es que no explican qué debe entenderse por integridad moral, sino que se limitan a caracterizar las conductas capaces de lesionar dicho valor y cuya nota

¹⁷⁹ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 44 y 45.

¹⁸⁰ REBOLLO VARGAS, R., “Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 2004, p. 240.

¹⁸¹ GARCÍA ARÁN, M. M., “La protección penal de la integridad moral”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 1256 y 1257.

¹⁸² Del mismo modo MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 78.

esencial y común sería la de reducir a la persona a la condición de una simple cosa -cosificación-.

2.2.3.3. La “humillación” como afectación a la integridad moral

DÍAZ PITA¹⁸³ considera que el contenido del bien jurídico integridad moral “sería el sentimiento de humillación o vejación que determinadas conductas producirían en el sujeto pasivo” y BARQUÍN SANZ¹⁸⁴ que la integridad moral se ve afectada “cuando la persona es objeto de humillación, de vejación, de envilecimiento”.

Nótese que a lo que hacen referencia estos autores es al sentimiento que provoca en la víctima las conductas susceptibles de lesionar el bien jurídico, esto es, a la consecuencia de la acción lesiva de la integridad moral. Esa consecuencia sería la humillación o vejación que sufre el sujeto pasivo, pero no el bien jurídico protegido.

¹⁸³ DÍAZ PITA, M. M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral” en *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997, p. 95.

¹⁸⁴ BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona, 2001, p. 58.

2.2.3.4. La integridad moral como “respeto a la persona”

CASTELLÓ NICÁS¹⁸⁵ identifica la integridad moral con el respeto a la individualidad personal, el respeto al otro como persona, como entidad con personalidad y capacidad de decisión en cada momento. También RODRIGUEZ MESA¹⁸⁶ ofrece una consideración semejante y lo entiende como la inviolabilidad de la conciencia y el respeto de la condición de persona.

Sin embargo, esta concepción no es capaz de definir el contenido y límites del bien jurídico “integridad moral”. Constituye, más bien, la sustantivación de una pauta de conducta que es positivamente valorada por ser respetuosa con el bien jurídico seleccionado. Me explico: según la concepción de la norma primaria adoptada en la primera parte de esta investigación, esta presenta tres aspectos o momentos. El primero sería el aspecto valorativo, que supone la selección de un determinado valor o interés como objeto de protección. En el segundo momento se establecería una determinada pauta de conducta que, por ser respetuosa con el interés previamente seleccionado, es valorada positivamente y, por último, dicha pauta se impondría como de cumplimiento obligatorio en la norma de determinación, constituyendo el tercer aspecto de la norma primaria. Así, según este planteamiento, el bien jurídico seleccionado por la norma primaria contenida en el art. 173.2 CP sería la integridad moral, mientras que el “respetar al otro como persona” sería una pauta de conducta positivamente valorada por ser respetuosa con el bien jurídico seleccionado.

¹⁸⁵ CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, cit., p. 76.

¹⁸⁶ RODRIGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000, p. 174.

No obstante, dicha pauta de conducta es demasiado imprecisa para constituir el segundo momento de la norma primaria implícita en el tipo delictivo en cuestión, al igual que, por ejemplo, en el delito de homicidio la pauta de conducta no puede ser “respetar a otro como ser vivo”, sino “no matar”. En este sentido, para poder determinar cuál sea la pauta de conducta que contiene el delito que analizamos, será preciso definir, con carácter previo, la integridad moral como valor tutelado en el mismo, para conocer su contenido y sus límites.

2.3. PLANTEAMIENTO PERSONAL Y PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LA INTEGRIDAD MORAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 173.2 CP

Llegados a este punto, y constatada la inexistencia de un concepto único de integridad moral que pueda considerarse satisfactorio, desde un punto de vista dogmático-penal, a los efectos de configurar el bien jurídico protegido en un tipo delictivo, puede afirmarse la necesidad de redefinir el concepto de integridad moral como bien jurídico protegido por el delito de violencia habitual.

Para comprender qué es la integridad moral es preciso partir, a mi modo de ver, de la tradicional distinción entre Moral y Derecho -penal- como medios de control social¹⁸⁷. En efecto, Moral y Derecho penal tienen en común el ser sistemas de ordenación de conductas en atención a unos

¹⁸⁷ Véase, SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, 1997, pp. 213 a 229.

valores predeterminados, pero poseen ámbitos de actuación diferentes¹⁸⁸. En este sentido, podemos reconocer en toda persona lo que denominaré, siguiendo a SORIANO¹⁸⁹, “actos internos del pensamiento y de la conciencia” y “actos externos de la vida de relación social”. Respecto de los primeros no existe discusión: son totalmente ajenos a la regulación jurídica y serán objeto de la Moral¹⁹⁰. La Moral puede abarcar tanto el ámbito externo como el interno, mientras que el Derecho penal únicamente rige en el ámbito de la conducta externa, es decir, el de aquellos actos que sean exteriorizados por el agente y que, por tanto, tengan trascendencia social¹⁹¹. Pero, en relación con los actos exteriores, su ámbito de actuación será exclusivamente el de aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro valores previamente seleccionados como dignos de protección por ser reconocidos de forma absolutamente mayoritaria como imprescindibles para la convivencia -bienes jurídicos-. Por el contrario, las normas morales impondrán pautas de conducta en atención a los valores que el sujeto haya asumido como propios y que no tienen por qué ser aceptados por los grupos mayoritarios. La asimilación personal de determinados valores vendrá condicionada por muy variados factores, como el momento histórico y socioeconómico, la educación, las experiencias vitales, etc.

Podemos distinguir, en este punto, entre la Moral social y la Moral individual. Las normas constitutivas de la Moral social sí tienen pretensión

¹⁸⁸ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2003, pp. 62, 74 y 228; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, cit., pp. 44 y ss.; SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, cit., pp. 213 y ss.

¹⁸⁹ SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, cit., p. 215.

¹⁹⁰ Véase, MIR PUG, S, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 346 y 347.

¹⁹¹ Así, como afirma MIR PUG, “En el Derecho penal moderno se parte de la distinción entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos”. (MIR PUG, S, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 346).

de validez general en un grupo social y, por tanto, responderán a los valores mayoritariamente asumidos por la sociedad o por ese grupo social¹⁹². Por su parte, las normas pertenecientes a la Moral individual, que es la que aquí interesa, son propias de cada individuo y rigen para él –aunque, por lo general, existirá una coincidencia entre los valores social e individualmente reconocidos-. Así, las normas morales individuales son, a diferencia de las normas penales, autónomas: el individuo se dota de “sus” propias normas que le determinarán a actuar de forma respetuosa con el catálogo de valores que haya interiorizado como propio. Por tanto, la coactividad de estas normas morales va a derivar de los imperativos de la propia conciencia, distinguiéndose, así, de las normas jurídicas que cuentan con una coactividad institucionalizada¹⁹³. Ello se debe a que la Moral y el Derecho penal persiguen fines distintos, y mientras que este pretende garantizar la convivencia, aquella busca la perfección y desarrollo de la personalidad, la perfección moral individual, que será mayor cuanto más se adecue su conducta al catálogo de valores interiorizado por el sujeto¹⁹⁴.

De este modo, podemos concluir que la Moral individual regula “el modo de vida” del sujeto, su “modo de ser” -de actuar y de pensar-, en tanto que este es expresión de su personalidad o identidad. Así, a los efectos de esta investigación, lo relevante es que dentro de este ámbito privado la persona goza de plena capacidad autonormativa y, por tanto, debe ser un espacio ajeno al Derecho¹⁹⁵.

¹⁹² SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, cit., p. 203 y 204.

¹⁹³ SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, cit., pp. 219 a 221.

¹⁹⁴ SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, cit., pp. 218 y 219.

¹⁹⁵ En este punto sigo a DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, cit., pp. 223 a 229.

El reconocimiento constitucional de esa capacidad autonormativa del sujeto lo encontramos en el artículo 15 CE, que establece el derecho de todos a la integridad moral. Así, según DE LA CUESTA AGUADO¹⁹⁶, al hablar este precepto –y los arts. 173 y ss. CP- de la “moral”, está haciendo referencia a este «ámbito de relaciones “libre del Derecho” en el que se reconoce al individuo capacidad para auto-regir su conducta y modo de vida».

En suma, podemos definir la Moral individual como *el sistema normativo del que se dota el individuo para regir su modo de vida en atención al sistema de valores que haya asumido como propio*. Esta Moral individual debe ser respetada por la sociedad y el Derecho en aquellos ámbitos en los que el sujeto tiene competencia para dotarse de sus propias normas.

Así, partiendo como ya hiciera CASTELLÓ NICÁS del significado gramatical de “integridad” como “cualidad de íntegro”¹⁹⁷, siendo “íntegro”, lo “que no carece de ninguna de sus partes”¹⁹⁸, entiendo que la protección penal de la integridad moral se dirige a garantizar que el sistema normativo del que se ha dotado el sujeto, en ese ámbito en el que tiene reconocida plena capacidad autonormativa, permanezca libre de toda alteración antijurídica.

De este modo, en ese espacio sometido a la capacidad autonormativa del individuo, este no sólo ha de verse libre de la intromisión del Derecho, sino también de la de toda persona que quiera imponerle “sus” normas utilizando la violencia física o psíquica. Y esto es, precisamente, en mi opinión, lo que sucede en el delito de maltrato habitual: el sujeto activo del

¹⁹⁶ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, cit., pp. 227 y 228 (con negrita en el original)

¹⁹⁷ Diccionario de la RAE, en la 1ª acepción del término, 23ª edición.

¹⁹⁸ Diccionario de la RAE, en la 1ª acepción del término, 23ª edición.

delito, a través del ejercicio de violencia física, psíquica o de ambas, trata de dirigir el comportamiento y modo de vida del sujeto pasivo y pretende someterlo a “su” -del sujeto activo- sistema normativo. De ahí el sentimiento de humillación, de envilecimiento de la víctima, pues ve supeditado al dominio ajeno un ámbito en el que debería gozar de autonomía plena. Se le priva, de esta forma, del propio reconocimiento de la condición de persona, pues esta condición lleva aparejada el reconocimiento de un ámbito autonormativo.

Delimitado de esta forma el contenido de la integridad moral como bien jurídico protegido por el 173.2 CP, resta por tratar una última cuestión: la incidencia en la determinación del bien jurídico protegido de la posibilidad de apreciar la habitualidad en la conducta y, por tanto, la concurrencia del delito, teniendo en cuenta los actos de violencia dirigidos contra cualquiera de las víctimas comprendidas en el precepto.

Esta previsión, según ya he señalado anteriormente, constituye uno de los principales argumentos utilizados por aquel sector doctrinal que defiende que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual es la paz familiar, afirmando que la “intercambiabilidad de la víctima” impone la necesidad de considerar protegido un bien jurídico de carácter colectivo¹⁹⁹.

¹⁹⁹ ACALE SÁCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, cit., pp. 39 y 40, considera que este hecho pone de manifiesto que el bien jurídico ha de tener, necesariamente, titularidad compartida y que tal bien jurídico no es otro que la paz familiar. También TAMARIT SUMALLA, pese a no ser partidario de la tesis que halla en la paz familiar el interés tutelado, reconoce que este argumento “obliga a replantear el bien jurídico protegido en esta figura delictiva” y que “parece que el legislador opta por proteger a través de la misma relaciones familiares, lo cual resulta discutible en el plano político-criminal”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 173”, cit., pp. 1210 y 1211. En el mismo sentido, CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos

Ciertamente, con la introducción de la posibilidad de tener en cuenta, para integrar la conducta típica, actos violentos ejercidos sobre distintas víctimas, el Legislador penal no ha hecho sino incrementar las dificultades interpretativas ya existentes y contribuir a enturbiar la cuestión de cuál sea el bien jurídico al que pretende prestar protección, generando dudas acerca del carácter individual o colectivo del mismo. Sin embargo, en mi opinión, y dejando a un lado el hecho de que, descartada la convivencia o la paz familiar, no alcance a imaginar un bien jurídico cuya titularidad puedan compartir las distintas víctimas comprendidas en el tipo, no puede interpretarse esta cláusula entendiendo que la intención del Legislador haya sido la de introducir una dimensión colectiva del bien jurídico protegido por las razones que expondré seguidamente²⁰⁰.

Con la inclusión del artículo 173.2 CP entre los delitos contra la integridad moral, bien jurídico este de carácter personalísimo, el propio Legislador penal se adscribió a la tesis aquí defendida: que el injusto material del delito es la lesión a la integridad moral, lesión que deriva del padecimiento de violencia de forma habitual. Si esto es así, será preciso que la habitualidad en la violencia se produzca respecto de cada sujeto pasivo para que el menoscabo del bien jurídico haya tenido lugar.

Por tanto, y aunque ello pudiera inferirse del tenor del precepto, una interpretación atenta al injusto impide considerar que la habitualidad en la conducta pueda integrarse por actos dirigidos contra distintos sujetos, pero totalmente desconectados entre sí, de modo tal que ninguno haya sido

tratos en el ámbito familiar: valoración ética y desde la perspectiva del bien jurídico”, cit., p. 28.

²⁰⁰ De la misma opinión, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 101; NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, en NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de género*, Valencia, 2009, p. 186.

objeto de violencia de forma habitual. En tal caso, no se habría lesionado la integridad moral de ninguno de ellos. Otra cosa es que el Legislador penal haya querido considerar que dentro de un mismo ámbito convivencial las acciones violentas ejercidas sobre diversos sujetos se proyectan, también, sobre los demás. Es decir, si la habitualidad genera, según sostiene la Doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia, la creación de un “estado de agresión permanente”, es perfectamente posible que, habiéndose dirigido cada acto de violencia sobre distintos sujetos, se haya creado una violencia atmosférica o “situación agresiva” que lesione la integridad moral del resto los convivientes²⁰¹. Por ello, no será necesaria la acumulación de un determinado número de actos ejercidos sobre una sola persona, pues un episodio violento puede proyectarse también sobre quien no lo ha padecido de forma inmediata, pero que puede sufrir esa violencia en sentido psíquico: si se aprecia que, igual que alcanzó al otro, pues el agresor se limitó a golpear a quien tenía más cerca, podría haberle alcanzado a él; por la angustia provocada por el dolor sufrido por quien en ese momento fue el objeto directo de la violencia; por el temor a padecer nuevos episodios violentos en primera persona o en la persona de otros con quienes comparte tan estrechos vínculos; y, en fin, por vivir en un estado de agresión permanente. Imaginemos a un padre o a una madre que presencia un episodio de violencia dirigido a su hijo. No cabe duda de que él o ella sufrirán esa violencia en sentido psíquico y que esa violencia puede provocar la lesión de la integridad moral tal y como aquí se ha definido. Más aún cuando no es infrecuente que uno de los progenitores utilice la violencia sobre los hijos con el objeto de someter al otro. Igualmente, los

²⁰¹ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., pp. 82 a 86; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 95; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 188 y 189. En idéntico sentido la CFGE 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

hijos padecen la violencia ejercida contra los padres o contra los hermanos. Lo mismo sucederá con el sujeto que trabaja en un geriátrico y crea un clima de dominación permanente, con independencia de que los concretos episodios se dirijan contra una u otra víctima. Resulta obvio que todos los convivientes se encontrarán bajo un clima de violencia habitual susceptible de lesionar su integridad moral²⁰².

De este modo, creo que la previsión de que la habitualidad puede integrarse por actos dirigidos contra diferentes sujetos de los mencionados en el tipo fue introducida pensando en estos supuestos en los que en un mismo ámbito convivencial existen varias víctimas. Así, se facilita la prueba de la creación por parte del sujeto activo de un “estado de agresión permanente” que padecen diversos sujetos y es, por tanto, lesiva de la integridad moral de todos ellos -de lo contrario no podrían ser considerados sujetos pasivos del delito-, pero respecto de los cuales, quizá, no puede probarse que han sido objeto de un determinado número de actos de violencia de forma directa, aunque la hayan padecido indirectamente²⁰³.

Creo que esta interpretación, además, se revela coherente con la introducción de la violencia psíquica como medio comisivo y la amplitud de modalidades a través de las cuales la misma puede ejercerse y que serán analizadas al tratar la cuestión de la conducta típica del delito.

En este punto, conviene recordar que estamos ante un delito doloso, por lo que pese a reconocer la posibilidad de que es posible ser sujeto pasivo del delito aún cuando no se haya sido objeto directo de un determinado número de conductas violentas, sí que será necesaria la existencia, como

²⁰² En este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pp. 63 y 64.

²⁰³ En sentido contrario, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 58.

mínimo, de dolo eventual de someter a ese sujeto a tal situación de agresión permanente. Habrá dolo eventual en aquellos supuestos en que el agresor realice las conductas violentas sobre una determinada persona en presencia de otras, pudiendo estimarse que admite o acepta el riesgo de lesión de la integridad moral de estos. No es así en el caso, por ejemplo, de que el maltrato se dirija contra uno de los convivientes siempre que se encuentra solo y sin que sea presenciado por nadie.

No existirá dolo eventual, sino dolo directo, cuando se ejerza la violencia sobre un determinado sujeto con el objeto de someter a otro o provocarle un padecimiento psíquico, como en el ejemplo antes indicado en el que el agresor ejerce violencia sobre los hijos como medio para lesionar la integridad moral del otro progenitor. Lo mismo sucederá en el caso de que los actos de violencia se dirijan indistintamente contra unos u otros con el objeto de someter a todos los convivientes. En este último caso el dolo abarcará la creación de una situación y clima de violencia permanente que lesione la integridad moral de todos los que conviven y será, por tanto, irrelevante que los actos violentos se dirijan contra unos o contra otros.

Por tanto, sujeto pasivo del delito será todo aquel que haya visto lesionada su integridad moral por haber estado sometido a un clima o situación de agresión permanente, con independencia de que haya sido objeto directo o no de los concretos episodios violentos. En estos casos existirán tantos delitos del 173. 2 CP como sujetos pasivos, dando lugar al correspondiente concurso de delitos²⁰⁴, no siendo posible apreciar un único delito de maltrato habitual construyendo la habitualidad sobre agresiones

²⁰⁴ A favor del concurso de delitos, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 101; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., pp. 82 y 83; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 95 y 96; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, 2004, p. 123.

puntuales, totalmente desconectadas entre sí, a distintas víctima²⁰⁵. Ello resultaría inaceptable tanto desde un punto de vista dogmático como político-criminal.

Desde la perspectiva dogmática, supondría aceptar que nos encontramos ante un delito de autor, es decir, un delito que castigaría el hábito, la inclinación o tendencia agresiva del autor²⁰⁶. Esta concepción subjetiva de la habitualidad significaría centrar el injusto en la condición agresiva del autor y no en la lesión del bien jurídico, lo que sería inadmisibles en un sistema penal democrático basado en el hecho²⁰⁷. En este sentido, el sujeto activo puede haber ejercido violencia habitualmente sin que nadie la haya sufrido de forma habitual. Así, según este planteamiento, sería perfectamente posible condenar por un delito del 173.2 CP a un sujeto que agrede en el mismo día a su mujer, a su hijo y a su suegra que convive con ellos. Sin embargo, es claro que en este caso no podría hablarse de la creación de una situación de agresión permanente que haya lesionado la integridad moral de ninguno de ellos, sino que habrían de considerarse actos esporádicos de violencia, a condenar por los respectivos delitos en que tales conductas puedan subsumirse. Por tanto, no puede admitirse esta

²⁰⁵ Considera que existe una víctima colectiva y, por ello, un único delito, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 218. En el mismo sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”, cit., p. 537, admite la posibilidad de apreciar la habitualidad aunque el agredido sea distinto en cada uno de los actos violentos siempre y cuando las víctimas estén integradas en el mismo ámbito de convivencia o relacional, con lo que parece aceptar la tesis del delito único en estos supuestos.

²⁰⁶ Critican, también, esta concepción subjetiva OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 100 a 102; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 82; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 90 a 92.

²⁰⁷ Véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, p. 89.

interpretación de la habitualidad por más que la letra de la ley pueda inducir a ello.

Por otra parte, en el plano político-criminal el resultado sería contraproducente: se estaría privilegiando al autor que dirige sus agresiones contra varias personas, impidiéndose la aplicación de tantos delitos como sujetos pasivos existieran²⁰⁸.

Tampoco sería posible, si lo que se castiga es el hábito o inclinación del autor, tras una primera condena por el delito del 173.2 CP, imponer otras condenas futuras. Según señala OLMEDO CARDENETE²⁰⁹, si lo que se castigó fue la propensión a mostrarse agresivo en sus relaciones afectivas, una nueva condena vulneraría el principio *non bis in idem*. De esta forma, en el caso nada infrecuente de que, por ejemplo, el agresor se reconcilie con la víctima, no se le podría imponer una nueva pena por maltrato habitual si repitiera las mismas acciones violentas. Tampoco en el caso de que lo hiciera con una nueva pareja.

En conclusión, descartada la existencia de un bien jurídico colectivo cuya titularidad compartan los distintos sujetos pasivos mencionados en el tipo, la apreciación de un único delito, construyendo la habitualidad sobre la base de actos de violencia dirigidos contra distintos individuos, supondría aceptar que el artículo 173.2 CP es un delito de autor cuyo contenido de injusto se centraría en la personalidad del sujeto pasivo y no en los hechos por él cometidos. Asimismo, esta interpretación conduciría a

²⁰⁸ Véanse, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 101; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., pp. 84 y 85; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal, cit., p. 92.

²⁰⁹ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 101.

soluciones contraproducentes desde un punto de vista político-criminal. Por ello, la posibilidad de que los actos de violencia dirigidos contra distintos sujetos pasivos puedan ser tenidos en cuenta para la comprobación de la habitualidad, ha de ser interpretada, en mi opinión, como una previsión introducida por el Legislador con el objeto de facilitar la prueba en aquellos casos en los que un sujeto haya creado un clima de violencia permanente que haya lesionado la integridad de varias personas, sin que sea necesario acreditar el ejercicio directo de un determinado número de acciones violentas sobre cada uno de ellos.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

La incorporación al Código penal del delito de malos tratos habituales ha sido criticada por buena parte de la Doctrina científica, que lo considera como la manifestación de un modelo de Derecho penal simbólico carente de un injusto propio y diferenciado. A ello han contribuido, sin duda, los continuos vaivenes legislativos que el precepto ha sufrido desde su promulgación, así como la inexistencia de una opinión doctrinal unánime acerca del bien jurídico que se pretende proteger.

II

El delito objeto de estudio aparece 1989, sin parangón ni antecedente en nuestro Derecho Penal, entre los delitos de lesiones y con la exclusiva finalidad de incriminar el ejercicio de violencia física habitual sobre determinados sujetos especialmente vinculados al agresor y que convivieran con él. Desde entonces hasta la actualidad, el delito ha sufrido cuatro reformas, que han tenido por objeto, fundamentalmente, la ampliación del círculo de los posibles sujetos pasivos del delito y de la conducta típica, el cambio de ubicación del precepto al título dedicado a los delitos contra la integridad moral, la introducción de una cláusula concursal, que ordena la punición conjunta del delito de malos tratos habituales y de los delitos en que se hubieran concretado los diversos actos violentos, y la introducción de los criterios legales a los que es preciso atender para apreciar la habitualidad en la conducta.

III

La determinación del bien jurídico protegido en el delito del art. 173.2 CP ha dado lugar a planteamientos doctrinales sumamente heterogéneos, que es posible agrupar en tres posiciones fundamentales: una tesis que considera que el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física y mental, identificándose, así, el objeto de tutela con el de los delitos de lesiones; otra tesis minoritaria que entiende protegida la paz y la convivencia familiar, propugnada, fundamentalmente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; y finalmente la tesis mayoritaria que sostiene que el bien jurídico protegido en el tipo es la integridad moral.

IV

En relación con la tesis que defiende que el delito de malos tratos habituales protege la paz y la convivencia familiar, el carácter de *ultima ratio* del Ordenamiento Jurídico-penal parece incompatible con su intervención en la esfera privada para proteger una convivencia familiar afectiva y armoniosa. Pero, además, la exclusión de la necesidad de convivencia para ser sujeto pasivo del delito y la incorporación al círculo de personas protegidas de aquellas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, impide afirmar que la existencia de un núcleo familiar constituya un requisito típico para la concurrencia del delito.

V

Tampoco es posible aceptar que el tipo penal del 173.2 CP protege el mismo bien jurídico que los delitos de lesiones. La existencia de la cláusula concursal que ordena la punición separada de los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física y psíquica supone que el menoscabo

de la integridad corporal y salud psíquica y/o mental ya va a ser desvalorado a través del castigo de los tipos correspondientes, por lo que el respeto al principio *non bis in idem* obliga a considerar que lo que se pretende proteger en el delito que nos ocupa es un bien jurídico distinto. Este obstáculo no puede ser obviado configurando el delito de maltrato habitual como un delito de peligro abstracto, porque, en tal caso, de producirse la lesión, habría que dejar de castigar los malos tratos anteriores, pues el peligro quedaría absorbido por el resultado ulterior. Sin embargo, el castigo únicamente por los resultados lesivos no abarca el desvalor que implica el sometimiento del sujeto pasivo al ejercicio habitual de violencia. Así, es preciso hallar el bien jurídico lesionado como consecuencia de la violencia reiterada, más allá de los distintos bienes jurídicos que pueden resultar menoscabados por cada acto aisladamente considerado.

VI

La Doctrina mayoritaria -y, desde la reforma de 2003, el Legislador penal- considera que el bien jurídico protegido por el delito objeto de esta investigación es la integridad moral. El problema surge, sin embargo, a la hora de determinar su contenido, pues las distintas definiciones que de la integridad moral se han proporcionado no resultan satisfactorias, desde el punto de vista dogmático, a los efectos de configurar el bien jurídico protegido por un tipo delictivo. Así, es común identificar la integridad moral con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, confundiendo, de este modo, el concepto de bien jurídico con el de derecho, o limitarse a caracterizar las conductas susceptibles de lesionar la integridad moral, asignándolas como nota esencial y común su idoneidad para producir en la víctima sentimientos de humillación o vejación. Ello justifica la necesidad de delimitar el concepto de integridad moral como bien

jurídico protegido en el tipo penal del 173.2 CP, con el objeto de proporcionar una definición del mismo que supere el análisis dogmático.

VII

Entiendo que esta tarea debe partir de la tradicional distinción entre Moral y Derecho -penal- como medios de control social. Ambos tienen en común el ser sistemas de ordenación de conductas en atención a unos valores predeterminados, pero se diferencian en sus ámbitos de actuación. Los “actos internos” son ajenos a la regulación jurídica y serán objeto de la Moral. Sin embargo, en el ámbito de los “actos externos” pueden aún incidir ambos órdenes normativos, de forma que el Derecho penal solo podrá intervenir en relación con aquellos que comprometan la convivencia social, por lesionar o poner en peligro valores reconocidos como imprescindibles para la misma -bienes jurídicos-.

VIII

En relación con las normas morales debemos distinguir aún entre la Moral social y la Moral individual. Las normas constitutivas de la Moral social tienen pretensión de validez general en un determinado grupo social, mientras que las normas pertenecientes a la Moral individual, que es la que aquí interesa, son propias de cada individuo y serán expresión de su personalidad e identidad. Por tanto, podemos definir la Moral individual como el sistema normativo del que se dota el individuo para regir su modo de vida en atención al sistema de valores que haya asumido como propio. Esta Moral individual debe ser respetada por la sociedad y por el Derecho en aquellos ámbitos en los que el individuo tiene competencia para dotarse de sus propias normas.

IX

El reconocimiento constitucional de esa capacidad autonormativa del individuo se encuentra en el art. 15 CE, que establece el derecho de todos a la integridad moral. Así, entiendo que la protección penal de la integridad moral se dirige a garantizar que el sistema normativo del que se ha dotado el sujeto, en ese ámbito en el que tienen reconocida plena capacidad autonormativa, permanezca libre de toda alteración antijurídica. Por tanto, considero que lo que el delito de malos tratos del art. 173.2 CP prohíbe es el sometimiento, a través del ejercicio de violencia -física y/o psíquica-, del sujeto pasivo a normas de comportamiento y valores -en definitiva, a un sistema normativo- impuesto por el sujeto activo. Este es el desvalor que independiza el delito objeto de estudio y que justifica su tipificación autónoma.

X

El bien jurídico protegido por el delito del art. 173.2 CP es, por tanto, de titularidad individual, por más que el tipo establezca la posibilidad de apreciar la habitualidad en la conducta con independencia de que los actos de violencia se hayan dirigido contra distintas víctimas de las comprendidas en el precepto. Considero que, con esta previsión, el Legislador penal ha querido dar cabida en el tipo a aquellos supuestos en los que, dentro de un mismo ámbito convivencial, el sujeto activo ha creado una situación de violencia permanente o atmósfera de violencia a la que están sometidos varios sujetos, con independencia de que los mismos hayan padecido un determinado número de actos de forma directa.

CONCLUSIONI PROVVISORIE

I

L'inserimento nel Codice penale del delitto di maltrattamenti abituali è stato criticato da ampi settori della Dottrina, in quanto ritenuto la manifestazione di un censurabile "diritto penale simbolico" carente di un proprio e distinto nucleo di offensività. A ciò hanno contribuito, indubbiamente, i continui interventi legislativi che la fattispecie incriminatrice *de quo* ha subito sin dalla sua introduzione nell'ordinamento, così come i contrasti dottrinali riguardanti l'individuazione del bene giuridico tutelato.

II

Il delitto in esame appare nel 1989, senza alcun antecedente o previsione simile nel nostro diritto penale, tra i delitti di lesioni e con la finalità esclusiva di incriminare la commissione di condotte violente abituali a danno di soggetti caratterizzati da specifiche relazioni con l'aggressore, e con costui conviventi. Da allora ad oggi, il delitto è stato soggetto a quattro distinti interventi di riforma aventi ad oggetto, fondamentalmente: l'estensione del novero dei possibili soggetti passivi del delitto e della condotta tipica; il collocamento della fattispecie nel titolo dedicato ai delitti contro la libertà morale; l'introduzione di una clausola sul concorso di reati, che impone il concorso - e dunque l'applicazione congiunta - del delitto di maltrattamenti abituali e degli altri reati integrati dalle condotte violente; ed infine la tipizzazione dei criteri per determinare l'abitudine della condotta.

III

L'individuazione del bene giuridico protetto nel delitto di cui all'art. 173.2 CP ha originato posizioni dottrinali tra loro molto eterogenee, che è possibile raggruppare in tre fondamentali orientamenti: una tesi secondo la quale il bene giuridico tutelato è l'integrità fisica e la salute fisica e mentale, identificandosi in tal modo l'oggetto della tutela con quello dei delitti di lesioni; una ulteriore tesi minoritaria in base alla quale ad essere tutelate sono la pace e la convivenza familiari, propugnata fundamentalmente dalla Giurisprudenza del Tribunale Supremo; e da ultimo la tesi maggioritaria per cui il bene giuridico sotteso alla presente incriminazione va individuato nella libertà morale -“*integridad moral*” nel lessico giuridico spagnolo- .

IV

Con riferimento alla tesi secondo la quale il delitto di maltrattamenti abituali è posto a salvaguardia della pace e della convivenza familiari, il principio di *extrema ratio* dell'intervento penalistico appare ostare alla tipizzazione di reati che ingeriscano nella sfera privata per tutelare l'interesse ad una convivenza familiare armoniosa. In aggiunta a ciò, la non richiesta convivenza del soggetto passivo con l'agente e l'inclusione nel novero delle persone tutelate di quelle che, per la loro speciale vulnerabilità, siano soggette a cura o custodia in centri pubblici o privati, impediscono di considerare l'esistenza di un nucleo familiare come presupposto delle condotte di maltrattamento tipizzate.

V

Non si può poi neppure asserire che l'incriminazione di cui all'art. 173.2 CP tuteli il medesimo bene giuridico dei delitti di lesioni. La presenza di una clausola di concorso, che dispone l'applicazione congiunta dei delitti

i cui requisiti tipici vengano integrati dalla commissione degli atti di violenza fisica e psichica, implica che la lesione dell'integrità fisica e della salute psichica e/o mentale sia già sanzionata mediante la condanna per i singoli delitti (lesioni, ecc.) corrispondenti, per cui il principio del *ne bis in idem* impone di concludere che il delitto *de quo* sia finalizzato alla salvaguardia di un proprio distinto bene giuridico. Questo ostacolo non può essere superato attribuendo al delitto di maltrattamenti abituali la natura di reato di pericolo astratto, posto che in tal caso, al verificarsi della lesione, occorrerebbe astenersi dal sanzionare i maltrattamenti anteriori, venendo all'uopo il pericolo assorbito dal subentrare del danno. Al riguardo, del resto, è da rilevare come il sanzionare unicamente i risultati lesivi dei maltrattamenti porterebbe ad una *deminutio* di tutela della vittima, non riflettendo invero la sanzione il disvalore ulteriore dato dall'esercizio abituale di violenza ai suoi danni. In conseguenza di ciò, è necessario dunque individuare il bene giuridico, leso come conseguenza della violenza reiterata, andando oltre i distinti beni giuridici che possano risultare compromessi da ogni singolo atto violento.

VI

La Dottrina maggioritaria - e, a partire dalla riforma del 2003, il Legislatore - ritiene che il bene giuridico tutelato dal delitto oggetto di questa ricerca sia la libertà morale. Taluni profili problematici, in ogni caso, emergono nel momento di determinarne il contenuto, posto che le diverse definizioni di libertà morale proposte finora non risultano adeguate, sotto il profilo dogmatico, allo scopo di stabilire il bene giuridico tutelato da una fattispecie criminosa. È invero comune far coincidere la libertà morale con il diritto a non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, confondendo di tal guisa il concetto di bene giuridico con quello di diritto soggettivo; oppure limitarsi ad enumerare le condotte suscettibili di ledere

l'integrità morale, contrassegnandole con la caratteristica essenziale e comune dell'idoneità a provocare nella vittima sentimenti di umiliazione o vessazione. Ciò giustifica l'esigenza di delimitare il concetto di integrità morale come bene giuridico tutelato dalla fattispecie criminosa *ex art. 173.2 CP*, con l'obiettivo di elaborare una definizione del medesimo che vada oltre l'analisi dogmatica.

VII

A tal fine è necessario iniziare dall'approfondimento della tradizionale distinzione tra Morale e Diritto - penale - come mezzi di controllo sociale. Entrambi sono accomunati dall'essere sistemi di qualificazione delle condotte in relazione a taluni valori predeterminati, però presentano differenziati ambiti di applicazione. Gli "atti interni" sono esclusi dall'ambito di regolamentazione giuridica, e pertanto oggetto della morale. Al contrario, ciascuno dei due ordini normativi potrà assumere rilievo ove si tratti di "atti esterni", intervenendo tuttavia il Diritto penale unicamente a fronte di quelle condotte che compromettano la convivenza sociale, offendendo o mettendo in pericolo valori - i beni giuridici - ritenuti per quest'ultima imprescindibili.

VIII

Riguardo alle norme morali occorre altresì distinguere tra la Morale sociale e la Morale individuale. Le norme costitutive della Morale sociale hanno pretesa di validità generale in un determinato gruppo sociale, mentre le norme attinenti alla Morale individuale, quella che in questa sede interessa, sono proprie di ciascun individuo e rappresentano l'espressione della personalità e dell'identità di quest'ultimo. Possiamo perciò definire la Morale individuale come il sistema normativo del quale si munisce l'individuo per regolare le sue condotte di vita in riferimento al sistema di

valori che abbia assunto come proprio. Questa morale individuale deve essere rispettata dalla società e dal Diritto in quegli ambiti nei quali l'individuo ha potestà di dotarsi delle sue personali norme.

IX

Il riconoscimento costituzionale di questa capacità 'autonormativa' dell'individuo si può rinvenire nell'art. 15 CE, che stabilisce il diritto di tutti alla libertà morale. Intendo così evidenziare come la tutela penale della libertà morale sia rivolta a garantire che il sistema normativo, del quale si sia munito il soggetto nei limiti in cui gli sia stata riconosciuta piena capacità 'autonormativa', permanga libero da ogni alterazione antigiuridica. Sostengo pertanto come ciò che il delitto di maltrattamenti abituali di cui all'art. 173.2 CP proibisca sia la sottomissione, mediante l'esercizio di violenza fisica e/o psichica, del soggetto passivo a norme di comportamento e valori -in definitiva, a un sistema normativo- imposto dal soggetto attivo. Ed è appunto questo il disvalore che caratterizza in modo peculiare il delitto *de quo*, e che giustifica la sua tipizzazione quale fattispecie autonoma.

X

Il bene giuridico tutelato dal delitto *ex art.* 173.2 CP è, di tal guisa, di titolarità individuale, e ciò indipendentemente dal fatto che la fattispecie preveda la possibilità di ravvisare l'abitualità della condotta anche ove gli atti di violenza siano stati realizzati contro una pluralità di vittime, tra quelle comprese nella norma incriminatrice. Ad avviso della scrivente, con questa previsione il Legislatore ha inteso includere nel fuoco dell'incriminazione quelle ipotesi in cui, nel medesimo ambito di convivenza, il soggetto attivo abbia creato una situazione di violenza permanente o un'atmosfera violenta alla quale siano sottoposti vari

soggetti, a prescindere dall'averne gli stessi subito direttamente, o meno un determinato numero di condotte lesive.

**CAPÍTULO II: EL DELITO DE
MALTRATTAMENTI
CONTRO FAMILIARI E
CONVIVENTI EN EL
CÓDIGO PENAL ITALIANO**

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El análisis de la cuestión del bien jurídico protegido por el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, realizado en el Capítulo anterior, ha tenido la virtud de poner de manifiesto las dificultades interpretativas que van a surgir a medida que se vaya profundizando en el estudio de los distintos elementos del tipo. Dificultades similares son las que ha afrontado la Doctrina italiana al analizar el art. 572 CPi, precepto de características análogas a nuestro art. 173.2 CP²¹⁰. Por esta razón, y porque el delito goza de una larga tradición legislativa en el Ordenamiento Jurídico-penal italiano, lo que se ha traducido en la existencia de exhaustivos trabajos doctrinales, el presente Capítulo se dedicará al estudio del delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi* del art. 572 CPi.

²¹⁰ No sucede lo mismo con el § 225 StGB, que incrimina, entre los delitos de lesiones, el daño provocado a la salud de determinadas personas especialmente vulnerables, ocasionado a través de diversas conductas: atormentar, maltratar brutalmente, o por malicioso abandono del deber de asistencia del autor. Este precepto, a diferencia de nuestro art. 173.2 CP, sí es un auténtico tipo de lesiones, pues exige la producción de un resultado: el menoscabo de la salud de la víctima. Además, el círculo de sujetos pasivos del delito alemán se aleja considerablemente del previsto en el art. 173.2 CP, pues solo abarca a los menores de dieciocho años y a las personas indefensas a causa de su debilidad o enfermedad, exigiendo, además, en ambos casos, que se encuentren sujetas al cuidado o custodia del sujeto activo, que pertenezcan a su ámbito doméstico, que hayan sido confiadas a él por la persona obligada a su cuidado, o estén sometidas a él en el marco de una relación laboral o de servicio.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE MALOS TRATOS EN EL DERECHO PENAL ITALIANO

El Código penal italiano tipifica, en su art. 572²¹¹, el delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi*²¹² entre los delitos contra la familia y, concretamente, en el capítulo dedicado a los delitos contra la asistencia familiar. Dicho precepto incrimina el maltrato ejercido contra los familiares y convivientes del sujeto activo, así como contra las personas sujetas a su autoridad o a él confiadas para su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte.

Sin embargo, antes de comenzar con el estudio del actual art. 572 CPI resulta indispensable hacer un breve repaso de la evolución que el delito de malos tratos ha experimentado desde su introducción por primera vez en el Ordenamiento penal italiano.

²¹¹ La redacción actual del art. 572 Cpi procede del Decreto Ley n. 93, de 14 de agosto de 2013, por el que se adoptan disposiciones urgentes en materia de seguridad y para la lucha contra la violencia de género, convertido, con modificaciones, en la Ley n. 119, de 15 de octubre de 2013.

²¹² Denominación introducida por la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, de ratificación e implementación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

2.1. CODICE PENALE SARDO DE 1839

Sorprendente se revela para el jurista español lo temprano que el Legislador penal italiano sintió la necesidad de intervenir en esta materia. En efecto, ya el *Codice penale sardo* de 1839 introdujo en su art. 561 el delito de malos tratos entre cónyuges²¹³. Dicho precepto tuvo, en mi opinión, y a pesar de que, como se verá, gozaba de un ámbito de aplicación bastante restringido, un enorme valor simbólico, pues supuso una temprana irrupción del Derecho penal en un ámbito que, tradicionalmente, se consideraba estrictamente privado y cuyo primer antecedente legislativo en el Ordenamiento penal español data de 1989, es decir, ciento cincuenta años después.

El art. 561 del Código de 1839 se ubicaba en el Título *dei reati contro l'ordine delle famiglie* y tipificaba los malos tratos entre los cónyuges, en el caso de que fueran graves o frecuentes²¹⁴. El castigo previsto para tales

²¹³ Art. 561 del Código de 1839: *i cattivi trattamenti fra coniugi quando siano gravi o frequenti saranno puniti coll'amonizione, con comminatoria degli arresti in caso di recidiva.*

Per questi fatti avrà soltanto luogo l'azione privata, salvi sempre i casi di reati più gravi.

²¹⁴ Véanse, MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia. Trattato di Diritto penale. Parte Speciale*, vol. IV, Torino, 2010, p. 215; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, Milano, 2006, p. 159; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, pp. 12 y 13; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2006, p. 371.

supuestos era la *ammonizione*²¹⁵ o, en caso de reincidencia, el arresto²¹⁶.

2.2. CODICE PENALE SARDO-ITALIANO DE 1859

Prácticamente idéntico era el art. 515 del posterior Código sardo-italiano de 1859, que mantuvo la misma sede -entre los delitos contra el orden de la familia- y la misma pena. La única modificación al tenor precedente se encontraba en la exigencia de que los malos tratos ejercidos por un cónyuge contra el otro fueran graves “y” frecuentes, sustituyendo, así, la fórmula disyuntiva utilizada por el Legislador anterior²¹⁷.

Tales preceptos tenían, como he dicho, un ámbito de aplicación muy limitado, como consecuencia de la previsión *salvi sempre i casi di reati più gravi*. Ello suponía que el delito de malos tratos solo entraba en juego cuando los actos singulares a través de los que se exteriorizaba la conducta no fueran ya constitutivos de otros delitos, como las amenazas, las lesiones, las injurias u otros contra la persona, pues estos preveían una pena más

²¹⁵ La *ammonizione* consistía, según el art. 54 del Código penal de 1839, en reprender al reo sobre un hecho, un dicho o un escrito reprobado por la Ley, con la advertencia de que, en el caso de reincidencia, incurriría en la pena más grave establecida por la Ley. Véase COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., nota n. 3, p. 12.

²¹⁶ Vénase, POMANTI, P. “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p.159; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit, pp. 371 y 372; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 12.

²¹⁷ El art. 615 del Código penal sardo-italiano de 1859 rezaba: *i cattivi trattamenti di un coniuge verso l'altro, quando siano gravi e frequenti, sono puniti coll'ammonizione, con comminatoria in caso di recidiva. Per questi fatti avrà soltanto luogo l'azione privata, salvi sempre i casi di reati più gravi.*

severa que aquel²¹⁸. Así, el delito de maltrato entre cónyuges era aplicable, únicamente, cuando se tratara de “conductas contrarias a las reglas de la pacífica convivencia entre los cónyuges impuestas por la ley civil y las costumbres sociales”²¹⁹. Sin embargo, lo cierto es que la conducta de malos tratos debía ser grave o frecuente, según el Código penal de 1839, y grave y frecuente, conforme al de 1859, por lo que, atendiendo a la entidad del injusto, la sanción prevista se revelaba, a mi juicio, insignificante. Por ello, coincido con COPPI²²⁰ en que lo modesto de la pena aparejada al delito responde al tradicional planteamiento de preservar la familia como terreno ajeno al Derecho penal.

La ubicación sistemática del delito en ambos Códigos sardos, entre aquellos contra el orden de la familia, parece justificada si se atiende a que el mismo solo podía tener lugar en el estricto ámbito familiar y, en concreto, únicamente entre los cónyuges y solo a través de actos que no fueran de por sí constitutivos de delito²²¹.

Es preciso resaltar, por otra parte, que la intervención penal en el terreno de las relaciones conyugales se vió dulcificada con la configuración del delito como perseguible a instancia de parte. Así, el delito de malos tratos se declaró de *azione privata*, lo que garantizaba que la actuación del juez penal quedara limitada a los casos en que fuera requerido por el sujeto

²¹⁸ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 372; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 23.

²¹⁹ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 372.

²²⁰ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 17.

²²¹ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 372; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 24.

pasivo²²², cosa que, probablemente, convirtiera al delito en inaplicable en la práctica por miedo a las represalias, teniendo en cuenta que, tras la *ammonizione*, el sujeto activo volvería al domicilio común en un Ordenamiento que no contemplaba el divorcio.

En el curso de los trabajos que precedieron a la promulgación del denominado *Codice Zanardelli* de 1889, numerosos aspectos del delito de malos tratos fueron sometidos a discusión²²³. Centro de polémicas fue la cuestión de la ubicación sistemática del delito. Frente a quienes defendían que el mismo debía permanecer entre los delitos contra la familia, surgió con fuerza la opinión de que su correcta ubicación se hallaba en el título dedicado a los delitos contra la persona, arguyendo que los actos a través de los que se podía manifestar la conducta maltratadora eran, en todo caso, lesivos de la salud y la integridad del sujeto pasivo²²⁴. En consonancia con esta línea de pensamiento, surgió la tesis según la cual los malos tratos no debían castigarse únicamente cuando tuvieran lugar entre cónyuges, sino, también, cuando estos se cometieran por cualquier miembro de la familia o contra sujetos como los niños, a quienes se consideraba necesitados de una particular protección frente a cualquier tipo de abuso, con independencia de que entre el menor y el sujeto activo del delito no mediara ninguna

²²² COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p.17. Afirma COPPI que *un contrasto fra marito y moglie mantiene la possibilità di essere appianato finché rimane custodito nell'intimo segreto della casa coniugale e non viene portato a conoscenza di altri, mentre può trasformarsi in una causa di irreparabili fratture e in una fonte inarrestabile di amarezze quando esso si tramuta in una controversia giudiziaria da soppesare e da decidere, nella tensione, nella inevitabile pubblicità e nella conseguente cattiveria di un processo penale, con la bilancia e con la spada di un giudice.*

²²³ Véanse, a este respecto, MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 372 a 374; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 33 a 42.

²²⁴ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 373; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 44.

relación específica²²⁵.

Por otra parte, comienza a imponerse en este periodo un nuevo planteamiento en relación con los actos a través de los que podía realizarse la conducta típica. Así, contra la postura que habían adoptado los Códigos anteriores, se observó que los malos tratos podían venir integrados por actos que fueran ya de por sí constitutivos de delito, sobre la base de que los mismos podían asumir un significado propio y diverso cuando tuvieran lugar de forma repetida en el ámbito familiar, o entre personas ligadas por determinadas relaciones²²⁶.

Tales enfoques ponen de manifiesto la precocidad de la Doctrina italiana que, en una sociedad en tantas cosas similar a la española de su tiempo, supo avanzar abordando temas hasta hace muy poco tabúes en España.

2.3. CODICE ZANARDELLI DE 1889

Todos estos nuevos planteamientos tuvieron su reflejo en el art. 391

²²⁵ Véase MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VII, Torino, 1984, nota n. 3, p. 925 de. Igualmente, POMANTI, P. “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p.150; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 373; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 44.

²²⁶ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 60 a 67; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 372 y 373.

del Código penal de 1889²²⁷. Finalmente, el delito encontró su sede en el Título dedicado a los delitos contra la persona, imponiéndose la idea de la Doctrina dominante, que consideraba que el bien jurídico que se veía comprometido, siempre y en todo caso -ya fuera en forma de lesión o de peligro-, era la salud y la integridad del sujeto pasivo.

El *Codice Zanardelli* de 1889 amplió el círculo de posibles sujetos activos y pasivos del delito. A partir de ese momento, sujeto activo, a los efectos del art. 391, podría ser cualquiera, mientras que el ámbito de protección del precepto se extendió más allá del cónyuge para alcanzar a las personas de la familia del autor y a los niños menores de doce años. La inclusión de estas categorías de sujetos pasivos sin ninguna otra precisión, suscitó numerosas dudas a la hora de interpretar, por una parte, quiénes debían ser consideradas personas de la familia y, por otra, si cualquier niño menor de doce años podía ser sujeto pasivo del delito, con independencia de que no tuviera vinculación alguna, de hecho ni de derecho, con el sujeto activo del mismo.

Comoquiera que el Legislador penal de 1930 tampoco despejara de forma clara estas incógnitas y volviera a repetir las mismas fórmulas ambiguas, las diversas interpretaciones que de tales términos se han ido perfilando en la Doctrina y la Jurisprudencia italianas a los largo de estos años serán expuestas al hilo del estudio del artículo 572 del *Codice Rocco* que, hasta su primera modificación, en octubre de 2012, contenía el delito de *maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, denominado ahora *maltrattamenti contro familiari e conviventi*.

En cuanto a la conducta típica del art. 391 del *Codice Zanardelli*, esta

²²⁷ Párrafo primero del art. 391 del Código penal de 1889: *chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, usa maltrattamenti verso persone della famiglia o verso un fanciullo minore dei dodici anni é punito con la reclusione sino a trenta mesi.*

consistía, al igual que en los Códigos sardos, en ejercer malos tratos contra alguna de las personas previstas en el tipo como posibles sujetos pasivos. Sin embargo, parece que caló en el Legislador la opinión doctrinal según la cual los actos a través de los que se ejecutara la conducta típica podían ser ya constitutivos de otros delitos autónomos y que, como he anticipado, se fue imponiendo en el transcurso de los trabajos preparatorios del nuevo Código. En efecto, el nuevo precepto prescindió de la antigua cláusula, utilizada por ambos Códigos sardos, en cuya virtud quedaban siempre excluidos del tipo los casos de delitos más graves, lo que se traducía, según he dicho más arriba, en la limitación del delito de malos tratos a los supuestos en que las distintas acciones -a través de las que este se exteriorizaba-, consideradas de forma aislada, no fueran típicas a los efectos de otras figuras delictivas²²⁸.

Desaparecidas ya las restricciones legales y aunque, ciertamente, el texto del delito tampoco aclaraba el problema en sentido positivo, se implantó en la Doctrina la tesis según la cual determinados actos, aún cuando fueran constitutivos de otros delitos, debían asumir un significado propio y diverso cuando tuvieran lugar de forma repetida en el ámbito familiar o entre personas unidas por determinados lazos. Afirma COPPI²²⁹, a este respecto, que los actos singulares de maltrato, a los efectos del delito en estudio, adquieren una “dimensión lesiva propia”. Así, la conducta típica de maltratar podía venir integrada por acciones de por sí delictivas o por acciones que, sin serlo de manera aislada, alcanzaban tal condición como consecuencia de su repetición²³⁰. De este modo, se entendía que el

²²⁸ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 372 y 373; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 60 a 67.

²²⁹ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 34.

²³⁰ Afirma COPPI que esta convicción se funda a su vez *nella constatazione che la vita in comune può offrire continue occasioni di torti che, se restano isolati, vengono assorbiti facilmente dalla continuità stessa della vita familiare e, se invece vengono*

delito de malos tratos absorbía aquellas acciones que, siendo ya típicas, llevaran aparejada una pena menor a la prevista por aquel. Por el contrario, aquellas conductas constitutivas de delitos más gravemente castigados, habrían de concurrir con el delito de malos tratos para su punición²³¹.

Otras novedades del *Codice Zanardelli* fueron:

a) La inclusión, en el párrafo segundo del art. 391, de un tipo agravado para el caso de que el sujeto pasivo del delito de malos tratos fuera un descendiente, un ascendiente o un afín en línea recta;

b) Y, en el párrafo tercero, la declaración del delito como perseguible a instancia de parte cuando se cometiera por un cónyuge contra el otro, manteniendo, en este punto, cuanto ya había sido establecido por los dos Códigos penales anteriores²³².

Por último, en relación con las modificaciones introducidas por el Código penal de 1889, resta por tratar una cuestión que, desde su incorporación en el delito de *maltrattamenti*, ha planteado -y aún plantea, pues se mantiene en idénticos términos en el vigente Código- importantes

ripetuti, possono assumere dimensioni non più tollerabili e rispetto alle quali la legge penale non può restare indifferente (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 34).

²³¹ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 66 y 67.

²³² Párrafos segundo y tercero del art. 391 del Código penal de 1889: *se i maltrattamenti siano commesi verso un discendente o un ascendente od un affine in linea retta la pena é della reclusione da un anno a cinque anni.*

Se i maltrattamenti siano comessi verso il coniuge, non si procede che a querela dell'offeso e, si questi sia minore, anche a querela di coloro che, ove non fosse coniugato, avrebbero sopra di lui la potestà patria o l'autorità tutoria.

Señala COLACCI, a este respecto, como *il reato era poi perseguibile a querela di parte se ofeso fosse stato il coniuge e detta disposizione fu ritenuta saggia, in quanto intesa a pacificare gli animi e ad impediré che in tal caso l'intervento della pubblica autorità, in luogo di influiré benéficamente, producesse danni maggiori, ovvero la irrimediabilità dei coniugi stessi* (COLACCI, M.A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, 1963, pp. 3 y 4).

dudas interpretativas. Me estoy refiriendo a la relación entre el delito de abuso de medios de corrección o disciplina y el delito de malos tratos. El *Código Zanardelli* estableció la aplicabilidad del delito de malos tratos *fuori dei casi indicati nell'articolo precedente*, esto es, fuera de los casos en que tuviera aplicación el delito de abuso en los medios de corrección o de disciplina. Esta previsión legislativa impuso la necesidad de determinar cuándo debían entrar en juego uno u otro delito.

En realidad, la historia de estos dos tipos penales aparece unida desde el primer Código sardo de 1839. Ya en aquel momento el Legislador penal tomó la decisión de incluirlos en el mismo capítulo: el dedicado a los delitos contra el orden de la familia. Así, el art. 560 del citado Texto Punitivo incriminaba el *exceso en la corrección* cometido por los padres contra los hijos²³³.

El Código penal de 1859, por su parte, mantuvo la misma ubicación sistemática del delito, pero abandonó la expresión “excesos en la corrección” a favor de la de “abuso en los medios de corrección o de disciplina”, adoptando una terminología que se mantendrá hasta el Código vigente²³⁴. Además, el delito vio ampliada su esfera de posibles sujetos activos y pasivos, incluyéndose, a partir de entonces, el abuso en los medios de corrección o disciplina cometido por tutores, institutores y maestros contra menores, alumnos y escolares.

Por lo que interesa a esta investigación, durante la vigencia de los

²³³ Art. 560 del Código penal de 1839: *Si puniscono cogli arresti o colla ammonizione, salvo la pena maggiori nei reati piú gravi, secondo le circostanze, gli eccessi nella correzione che potessere commetersi dei padri verso i figli.*

²³⁴ Art. 514 del Código penal de 1859: *Ogni abuso nei mezzi di correzione o di disciplina che si cometesse dai genitori verso i figli, dai tutori verso i minori, dagli istitutori o maestri verso gli allievi o scolari, sarà punito cogli arresti o coll'ammenda, o coll'ammonizione secondo le circostanze.*

Códigos penales de 1839 y de 1859, las fronteras entre el delito de malos tratos y el de abuso en los medios de corrección o disciplina aparecían perfectamente claras, pues no existía coincidencia entre los sujetos activos y pasivos previstos en ambas figuras delictivas²³⁵: el delito de malos tratos solamente podía cometerse entre cónyuges, mientras que el delito de abuso en los medios de corrección o de disciplina era de aplicación en el seno de determinadas relaciones en las que una de las partes gozaba de un derecho de corrección frente a la otra.

Es en 1889, con la entrada en vigor del Código *Zanardelli*, que declara expresamente la aplicabilidad del delito de malos tratos de forma subsidiaria al delito de abuso en los medios de corrección o de disciplina, cuando los confines entre los dos delitos comienzan a difuminarse. Las razones son las que siguen:

- En primer lugar, porque el Legislador decidió trasladar de forma conjunta los dos tipos penales al Título dedicado a los delitos contra la persona, poniendo de manifiesto que las conductas constitutivas de uno y otro son lesivas, en todo caso, de un mismo bien jurídico;
- En segundo lugar, porque el ámbito de posibles sujetos activos y pasivos de ambas figuras delictivas se amplía. Así, el abuso en los medios de corrección podría ser cometido, a partir de entonces, contra cualquier persona sometida a la autoridad del autor, o a él confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte²³⁶. Por su

²³⁵ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 24 y 25.

²³⁶ Art. 390 del Código penal de 1889: *Chiunque, abusando dei mezzi di correzione o di disciplina, cagiona danno o pericolo alla salute di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, di istruzione, di cura, di vigilanza o di custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte, é punito con la detenzione sino a 18 mesi.*

parte, tal y como he indicado más arriba, el delito de malos tratos se podría ejercer, ya no solo contra el cónyuge, sino también contra cualquier miembro de la familia o cualquier niño menor de doce años. Se estableció, así, un ámbito subjetivo en cuyo seno podrían ser cometidos ambos delitos.

Con el Código penal de 1889 nos encontramos, de este modo, con la siguiente situación: de un lado, con la coincidencia en cuanto al bien jurídico que los dos tipos tratan de proteger; de otro, con que determinadas personas podían ser sujetos -activos y pasivos- de ambos delitos; y, por último, con la existencia de una cláusula de subsidiariedad en cuya virtud el delito de malos tratos solo encontraría aplicación en aquellos supuestos que no fueran subsumibles en el delito de abuso de medios de corrección. Ello implicaba la existencia de un determinado ámbito, objetivo y subjetivo, en el que confluían ambas figuras delictivas y cuya línea divisoria era preciso trazar, a falta de un criterio específico proporcionado por el Legislador penal.

Desde entonces, el problema de su relación con el abuso de medios de corrección o disciplina se convierte en una de las cuestiones centrales del debate sobre el delito de malos tratos. En este sentido, afirma COPPI²³⁷ que la interpretación de la norma reguladora de los malos tratos ha estado siempre subordinada a la de la norma sobre el abuso, situación que se repite con el vigente Código penal que, al igual que el anterior, colocó ambos delitos en preceptos contiguos y estableció entre ellos una idéntica relación de subsidiariedad. Por ello, y para evitar repeticiones, este asunto será tratado, en su momento, al afrontar el examen del vigente art. 572 Cpi.

²³⁷ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 26.

3. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS MALOS TRATOS

Tras este breve recorrido por sus antecedentes históricos, es momento de abordar el estudio del delito de malos tratos en el vigente Código penal italiano. El *Codice Rocco* de 1930 dedicó el art. 572 al delito de *maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*²³⁸, precepto que ubicó, nuevamente, tal como habían hecho los Legisladores sardos, entre los delitos contra la familia. El texto del delito permaneció inalterado hasta la reforma operada por la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, *de ratificación e implementación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007*, que sustituyó su tradicional denominación por la de *maltrattamenti contro familiari e conviventi* e introdujo algunas modificaciones, aunque sin alterar en nada la estructura típica del delito. Finalmente, la redacción actual del art. 572 Cpi procede del Decreto Ley n. 93, de 14 de agosto de 2013, *por el que se adoptan disposiciones urgentes en materia de seguridad y para la lucha contra la violencia de género*, convertido, con modificaciones, en la Ley n. 119, de 15 de octubre de 2013:

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per

²³⁸ El texto originario del art. 572 del Código penal de 1930 rezaba: *chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, é punito con la reclusione da uno a cinque anni.*

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni.

l'esercizio di una professione o di un'arte, é punito con la reclusione da due a sei anni.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

3.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido por el art. 572 del Código penal italiano ha sido -y sigue siendo- un tema controvertido²³⁹. Ello no resulta extraño tratándose de un tipo delictivo como el mencionado, caracterizado, al igual que el art. 173.2 CP, por una conducta típica susceptible de ser integrada por actos de la más diversa índole -lesivos, a su vez, de diversos bienes jurídicos-, por un ámbito de sujetos pasivos heterogéneo y por las continuas modificaciones en su ubicación sistemática dentro del Código.

La Doctrina penal italiana se encuentra, a este respecto, dividida en dos grandes grupos: por un lado, aquellos que entienden que el delito de *maltrattamenti* tutela la familia como un ente con intereses distintos al de cada uno de sus singulares miembros y, por otro, quienes estiman que la

²³⁹ Es preciso tener en cuenta que el Código penal italiano es previo a la Constitución de la República italiana de 1948. Por este motivo, en el repaso a las opiniones doctrinales en torno al bien jurídico protegido por el delito de malos tratos, he tomado en consideración, únicamente, aquellas postconstitucionales, y ello porque la entrada en vigor de la Constitución supuso, como no puede ser de otra manera, la asunción de unos determinados valores sociales a la luz de los cuales ha de ser interpretado todo el Ordenamiento jurídico.

misma no puede ser considerada como entidad portadora de intereses diversos a los de sus componentes y, en consecuencia, que el delito en cuestión no puede sino proteger un bien jurídico de carácter personalísimo.

3.1.1. LA FAMILIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE MALOS TRATOS

Los partidarios de la primera de las tesis citadas²⁴⁰, aplauden la reubicación del delito de malos tratos, operada por el Legislador de 1930, entre los delitos contra la familia y, más en concreto, contra la asistencia familiar. Así, afirma COLACCI²⁴¹ que, si bien es cierto que la incolumidad física y psíquica de la persona constituye el objeto subespecífico del delito, el objeto específico de la tutela es la familia. Dicho autor concibe la familia como un ente, si bien no dotado de personalidad jurídica, sí distinto de cada uno de sus miembros y “portador de un propio orden, una propia moral, de un propio honor, y merecedor, por tanto, de autónoma protección penal”²⁴². Desde esta perspectiva, la integridad del individuo, singularmente considerado, pasa a un segundo plano como objeto de tutela, mientras que el maltrato se castiga en cuanto lesiona la familia misma, su orden y su estabilidad²⁴³.

En la misma línea, MANZINI²⁴⁴ reconoce como objeto específico de

²⁴⁰ COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 17.

²⁴¹ COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 25

²⁴² COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 30; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 205.

²⁴³ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 209.

²⁴⁴ MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., pp. 926 y 927.

la protección penal “el interés del Estado de salvaguardar la familia como núcleo elemental, conyugal y parental, de la sociedad y del Estado y como instituto de orden público, contra aquellos excesos que consisten en malos tratos infligidos por un fin diverso de aquel de corrección o de disciplina”.

3.1.2. LA BÚSQUEDA DE UN BIEN JURÍDICO DE TITULARIDAD INDIVIDUAL COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

No obstante, y a pesar de la ubicación del artículo 572 dentro del Código penal vigente, la opinión dominante en la Doctrina penal italiana, en relación con el objeto de protección, es la segunda de las apuntadas, esto es, que el delito de *maltrattamenti* protege un bien jurídico de titularidad individual. Sin embargo, no se ha alcanzado una postura unánime a la hora de concretar su contenido²⁴⁵.

Este segundo sector doctrinal parte de la premisa, generalmente aceptada, de que el emplazamiento de un delito no es absolutamente decisivo a la hora de determinar cuál es el bien jurídico que el mismo protege; labor que, por el contrario, requiere el análisis de todos los elementos contenidos en la norma²⁴⁶. Señalan estos autores que ya durante

²⁴⁵ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in familia*, Milano, 1965, pp. 260 a 269; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, en *Diritto penale. Parte Speciale*, vol. II, tomo primero, Bologna, 2011, pp. 377 y 378; SPENA, A., “Reati contro la familia”, en GROSSO, C.F., PADOVANI, T. y PAGLIARO, A. (Dirs.), *Trattato di Diritto penale. Parte Speciale*, vol. XIII, Milano, 2012, p. 351; PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, cit., pp. 36 y ss.; POMANTI, P. “Maltrattamenti in familia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., pp. 161 y 162; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 375 a 381; COPPI, F., *Maltrattamenti in familia*, cit., pp. 198 a 230.

²⁴⁶ COPPI, F., *Maltrattamenti in familia*, cit., p. 214.

los trabajos preparatorios del *Codice Zanardelli* el tema de la colocación del delito fue objeto de duras polémicas²⁴⁷, pues, si bien con los Códigos sardos la ubicación del delito de malos tratos entre aquellos contra la familia parecía apropiada, por el limitadísimo ámbito de aplicación previsto para el mismo - únicamente de un cónyuge contra el otro y cuando los actos de maltrato no fueran ya constitutivos de figuras delictivas autónomas-, con el Código de 1889 dejó de serlo, por dos órdenes de motivos: la expansión de la esfera de sujetos protegidos más allá de la familia; y la posibilidad de que la conducta típica viniera integrada por acciones de por sí delictivas²⁴⁸. Así, con el *Codice Zanardelli* se impuso la tesis de que, con independencia del carácter de los actos en que los malos tratos pudieran concretarse, el valor que siempre y en todo caso se veía comprometido era la integridad individual. Por ello, según ya he señalado en otra parte de esta investigación, el delito de malos tratos se ubicó en el Título dedicado a los delitos contra la persona.

Con la entrada en vigor del *Codice Rocco*, y al situar el delito de malos tratos, de nuevo, entre los delitos contra la familia, el Legislador penal de 1930 puso de relieve cuál era el interés que, al menos de forma prioritaria, pretendía proteger en dicha norma. Sin embargo, actualmente, la Doctrina mayoritaria no duda en afirmar que la decisión legislativa obedeció más al clima político-social de la época que a razones de índole científica²⁴⁹. A este

²⁴⁷ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. ; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 35

²⁴⁸ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 371 y 372; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 65.

²⁴⁹ PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, cit., p. 12; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 374 y 375; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 198 a 213.

respecto, señala COPPI²⁵⁰ que “dando consistencia al título dedicado a los delitos contra la familia, ya fuera creando nuevos delitos -como fue el caso del art. 570-, ya fuera insertando en dicho título delitos ya existentes pero colocados en diversa sede en el viejo Código -como sucedió con el delito de abuso de medios de corrección y con el delito de malos tratos en familia o contra niños-, el Legislador pretendía reforzar la tutela penal de la familia, como ente intermedio entre el individuo y el Estado, contra toda fuerza que pudiera minar su estabilidad y su unidad”.

No obstante, este sector doctrinal destaca el hecho de que el precepto, paradójicamente, no se limitó a tipificar los malos tratos ejercidos en el seno de la familia, sino también los ejercidos contra cualquier menor de catorce años y contra determinadas personas unidas al agente por una serie de vínculos que no eran los estrictamente familiares²⁵¹. Así, según MANTOVANI²⁵², el artículo 572 del Código de 1930 incurre en una contradicción, pues, por una parte, traslada nuevamente el delito de malos tratos del título dedicado a los delitos contra la persona al relativo a los delitos contra la familia, mientras que, por otra, en relación con los sujetos pasivos, la tutela se extiende mucho más allá del ámbito familiar. En palabras del citado autor, nos encontramos con que “el delito de malos tratos es ahora, a pesar de su nueva colocación, menos *familiar*²⁵³ que aquel que le precedía, cuando se encontraba insertado entre los delitos contra la

²⁵⁰ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 204.

²⁵¹ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 261; POMANTI, P. “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p.160; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 377; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 379; PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, cit., pp. 11 y 12.

²⁵² Véase MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 264.

²⁵³ La cursiva es mía

persona”²⁵⁴.

Los partidarios de esta tesis consideran que, sobremanera tras la entrada en vigor de la Constitución Republicana de 1948, el individuo y sus intereses personalísimos han de ser los protagonistas del debate en torno al bien jurídico protegido por el art. 572 CPi²⁵⁵. Así, la familia no puede erigirse en un ente merecedor de una protección penal distinta de la otorgada a las singulares personas físicas que la conforman.

En la búsqueda de este bien jurídico de carácter personal, la integridad física y psíquica como interés tutelado por el delito de *maltrattamenti*, tesis que fue dominante durante la vigencia del *Codice Zanardelli* y que aún se mantiene por algún autor²⁵⁶, ha perdido protagonismo, pues se afirma que la integridad física y psíquica, así como la libertad, el honor o la libertad sexual que, normalmente, se ven afectados por los actos de maltrato, ya se encuentran protegidos en otros tipos del Código penal. Además, cuando las diversas acciones que integren la conducta típica del art. 572 CPi sean constitutivas de alguno o algunos de aquellos, serán castigadas en concurso con el delito de malos tratos²⁵⁷. Por ello, este sector doctrinal se plantea la existencia de un interés que se ve menoscabado con la conducta de “maltratar” y que va más allá de los bienes

²⁵⁴ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 264.

²⁵⁵ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 198 a 207; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 375 a 381.

²⁵⁶ PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 747 y ss.

²⁵⁷ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 380 y 381, COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 216 y 217.

jurídicos que se lesionan con los actos singulares que la componen²⁵⁸.

En este sentido, se pone de manifiesto que la creación del art. 572 CPi, como delito autónomo, no puede justificarse en el juicio de desvalor que implicaría la repetición de actos lesivos contra bienes jurídicos personalísimos del sujeto pasivo, tipificados ya en otras figuras delictivas, pues para ello se prevén las normas relativas al concurso de delitos. Tampoco se puede hallar la razón de esta tipificación únicamente en la pretensión del Legislador penal de sancionar aquellos actos que, aisladamente considerados, carecen de relevancia penal, pero cuya repetición da lugar, también, al delito previsto en el 572 CPi. De ser así, la pena establecida para el delito de malos tratos resultaría desproporcionada en relación con hechos que no alcanzan una gravedad suficiente como para poseer una relevancia penal autónoma²⁵⁹.

Para descifrar cuál es el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos, según MANTOVANI, se debe partir del análisis de los elementos esenciales y característicos del tipo delictivo del art. 572 CPi. En dicho precepto se prevén toda una serie de relaciones que pueden unir al sujeto pasivo del delito con el autor, siendo presupuesto coincidente y fundamental en todas ellas la existencia de una posición de sujeción del sujeto pasivo, de la cual la actividad del reo se presenta como un persistente abuso. Tal estado, continúa el citado autor, “reduce o anula la capacidad de reacción y de resistencia del sujeto, lo sitúa en una posición de debilidad y de inferioridad, que termina por poner al alcance de la mano del reo el

²⁵⁸ Según COPPI, *il fatto che alcuni o tutti i cattivi trattamenti che integrano una condotta di maltrattamenti in sé corrispondano ad altre fati specie criminose può dunque far sorgere problemi di concorso di reati, ma non può esservi dubbio che l’oggettività giuridica del delitto di maltrattamenti non può essere identificata nei beni che “di passaggio” sono offesi dalla condotta di maltrattamenti* (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 2017).

²⁵⁹ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 216 y 217.

interés a ofender. Así, se puede afirmar que son posibles malos tratos en tanto en cuanto entre reo y víctima exista una concreta relación de supremacía-sujeción”²⁶⁰. Por ello, define el interés tutelado por la norma como aquel a no ser sometido a un sistema de vejación y de violencia, instaurado sobre el abuso de una posición de sujeción del sujeto pasivo²⁶¹.

En similar sentido, MUSCO y FIANDACA²⁶² cifran el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos en “el interés del más débil, de aquel que se encuentra expuesto a la supremacía o al arbitrio de un familiar o de un sujeto encargado de su cuidado o su educación contra la degeneración de la misma autoridad y, más precisamente, el interés del sujeto al respeto, más aún que de la propia incolumidad física y psíquica, de la propia personalidad en el desarrollo de la relación”²⁶³.

Otra corriente de pensamiento, a pesar de compartir las mismas premisas en su hipótesis de partida y de coincidir en muchos puntos de su razonamiento, termina por concretar el bien jurídico protegido por el art. 572 CPi en un interés diverso. Así, parten, igualmente, de la existencia de una específica relación entre sujeto activo y pasivo del delito, de la cual la conducta de malos tratos supone una degeneración²⁶⁴. También existe acuerdo en reconocer que el fundamento de la incriminación, en todos los supuestos previstos por la norma, se encuentra en la particular condición

²⁶⁰ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 247.

²⁶¹ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 247 y 267.

²⁶² FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 378.

²⁶³ En el mismo sentido, POMANTI, P. “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p.162; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 379 a 381.

²⁶⁴ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 350; PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, cit., p. 12; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 217.

de inferioridad en que tales relaciones colocan al sujeto pasivo del delito en relación con el sujeto activo y que determinan una enorme dificultad, cuando no imposibilidad, para sustraerse a la conducta del agente. Del mismo modo, existe consenso a la hora de afirmar que, con independencia de que las diversas acciones que puedan integrar la conducta típica de maltratar puedan ser constitutivas de otros delitos, su reiteración las dota de un desvalor propio y diverso al de la mera suma aritmética de los actos singularmente considerados²⁶⁵.

Sin embargo, los defensores de esta tesis entienden que el delito de malos tratos no puede tener por objeto, únicamente, castigar el abuso de una determinada posición de superioridad, pues a estos efectos el Legislador ya prevé una serie de circunstancias agravantes. Así, llegan a la conclusión de que el bien jurídico que se ve siempre lesionado por la conducta típica, en el seno de cualquiera de las relaciones indicadas en el art. 572 Cpi, es la dignidad humana²⁶⁶.

Por tanto, actualmente, se puede afirmar que la mayor parte de la Doctrina penal italiana coincide en entender protegido por el delito de malos tratos un bien jurídico de carácter personalísimo, aunque no existe una definición unánime del mismo y de su contenido.

Sin embargo, y a pesar de todo, lo cierto es que algunos autores consideran, todavía, como interés protegido en el tipo previsto en el art. 572

²⁶⁵ A este respecto, afirma COPPI, que la conducta de maltratar, provista de un adecuado elemento psicológico, incide sobre sujetos que están ligados al reo por una particular relación o que son de una edad menor a los catorce años (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 217).

²⁶⁶ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 221, 227 y 228; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 351; PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, cit., p. 42.

CPi, si bien con carácter secundario, la institución familiar²⁶⁷.

3.2. DISTINCIÓN CON EL DELITO DE ABUSO DE MEDIOS DE CORRECCIÓN

El art. 572 CPi establece, de forma expresa, su aplicabilidad *fuori dei casi indicati nell'articolo precedente*; esto es, con carácter subsidiario respecto de aquellos supuestos que sean subsumibles en el precepto inmediatamente anterior, que tipifica el delito de abuso de los medios de corrección o de disciplina²⁶⁸. Dicho de otra forma, entre ambos preceptos existe una relación de subsidiariedad expresamente ordenada por la Ley penal, en la que el delito previsto en el art. 571 CPi es ley principal²⁶⁹.

Según ya he tenido ocasión de señalar a lo largo de esta investigación, la historia del delito de malos tratos y la del delito de abuso en los medios de corrección o disciplina aparecen ya ligadas de algún modo en los Códigos penales sardos de 1839 y 1859. Durante la vigencia de dichos

²⁶⁷ Véase, en este sentido, MONTICELI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), “I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia”, cit., p. 381.

²⁶⁸ Artículo 571 del Código penal vigente: *Chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito, se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, con la reclusione fino a sei mesi. Se dal fatto deriva una lesione personale, si applicano le pene stabilite negli articoli 582 y 583, ridotte a un terzo; se ne deriva la morte, si applica la reclusione da tre a otto anni.*

²⁶⁹ Véase, COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 10 y 11.

textos legislativos las fronteras entre ambas figuras delictivas eran claras, pues no existía identidad de sujetos activos y pasivos: los malos tratos únicamente podían tener lugar entre cónyuges, mientras que el abuso de medios de corrección o disciplina era de comisión exclusiva, primero, con el Código de 1839, por los padres contra sus hijos y, después, con el de 1859, también en otra serie de supuestos en los que una de las partes gozaba de un derecho de corrección frente a la otra.

Sin embargo, y pese a que sus ámbitos de aplicación aparecían nítidamente separados, los Legisladores sardos los ubicaron, uno seguido del otro, en el mismo Título dedicado a los delitos contra la familia, poniendo así de manifiesto que se trataba de dos figuras coincidentes, al menos, en cuanto al bien jurídico que pretendían proteger.

Con la entrada en vigor del *Codice Zanardelli* se empezaron a cuestionar las relaciones entre el delito de malos tratos y el de abuso de medios de corrección, pues aquel se declara expresamente subsidiario respecto de este. En efecto, el delito del art. 391 del Código de 1889 preveía como conducta típica el “usar malos tratos” contra alguno de los sujetos enumerados en el mismo, “fuera de los casos indicados en el artículo precedente”, mientras que el art. 390 tipificaba el abuso en los medios de corrección o disciplina, ocasionando un daño o peligro para la salud de la víctima. No obstante, la creencia de que ambas figuras delictivas tratan de amparar un único bien jurídico permanece en el Legislador de 1889, pues ambas son trasladadas al título dedicado a los delitos contra la persona. Lo que cambia, por tanto, es la concepción sobre el propio bien jurídico que ha de reputarse protegido – de la familia a alguno de carácter personalísimo – por los dos delitos, pero que, en todo caso, será el mismo en uno y otro. A esta coincidencia en cuanto al objeto de protección se unió, según he explicado más arriba, la coincidencia entre algunos de los posibles sujetos

pasivos en los dos tipos penales.

Así, el panorama dibujado por el *Codice Zanardelli*, en relación con los delitos de malos tratos y de abuso de medios de corrección, era el de dos esferas secantes, con una zona de intersección, en la que resultaba preciso delimitar cuándo una determinada conducta, entre sujetos vinculados por una serie de relaciones, habría de ser reputada abuso de medios de corrección o disciplina y cuándo maltrato.

La misma situación se repite con el *Codice Rocco*. El Legislador de 1930 devuelve el delito de malos tratos y el delito de abuso en los medios de corrección o disciplina a su antigua ubicación entre los delitos contra la familia, pero mantiene entre ambos la misma relación de subordinación. Vuelve a ponerse de manifiesto, de este modo, que sea cual sea la opción que el Legislador adopte en torno al bien jurídico que estima protegido, este es, en todo caso, el mismo en ambos delitos.

El vigente Código penal tampoco proporcionó ningún criterio para delimitar las fronteras entre ambas figuras delictivas. Además, el ámbito de sujetos pasivos coincidente en uno y otro delito se extendió, al incluirse en el art. 572 CPi, de forma expresa, a cualquier persona sometida a la autoridad del agente o a este confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte, como sujetos protegidos por el tipo.

En definitiva, con la entrada en vigor del Código de 1930, en relación con aquellos sujetos respecto de los que existe un derecho de corrección, surge la cuestión de en qué tipo – o bien el de malos tratos, o bien el de abuso de medios de corrección- deben subsumirse determinadas conductas y, a falta de criterios proporcionados por el Legislador, será tarea de la Doctrina y la Jurisprudencia ofrecer respuesta al interrogante acerca de los elementos

en los que debe fundarse dicha distinción.

Tradicionalmente, ya desde los trabajos preparatorios del *Codice Zanardelli*, el criterio distintivo entre el delito de maltrato y el de abuso de medios de corrección y disciplina se establecía en el denominado *animus corrigendi*, como elemento esencial y característico del delito contenido en el art. 571 CPi²⁷⁰. De este modo, desde el punto de vista objetivo, el hecho constitutivo de uno y otro delito podía ser exactamente el mismo y lo único que distinguía a ambas figuras delictivas era la intención con la que el agente hubiera realizado la conducta: con ánimo o finalidad correctiva o pedagógica, en el abuso de medios de corrección, o con “mera maldad” o “propósito maligno” -se decía-, en el caso de los malos tratos²⁷¹. La consecuencia de este planteamiento era que un mismo hecho podía integrar tanto el delito de *abuso dei mezzi di correzione o di disciplina* como el de *maltrattamenti*, según fuese o no cometido con *animus corrigendi*, y ello con importantes consecuencias a efectos sancionatorios²⁷².

Con el paso del tiempo la Doctrina penal comenzó a denunciar que el fin correctivo o disciplinario no podía ser el único criterio diferenciador entre los delitos contenidos en el art. 571 y 572 CP. La concepción del *animus corrigendi* como elemento esencial del delito de abuso de medios de corrección, más allá de los concretos hechos en los que aquel se materializara, llevo a incluir en el tipo actos “difícilmente conciliables con

²⁷⁰ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 45 a 47; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 348.

²⁷¹ Se hablaba, en el delito de malos tratos, destaca COPPI, de un dolo caracterizado por una única voluntad de causar daño, en contraposición con el delito de abuso de medios de corrección, marcado siempre por una finalidad pedagógica (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 40, 45 y 146). Véase, también, SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 348.

²⁷² Véase COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 348.

los principios que deberían gobernar el uso de los poderes de corrección”²⁷³, siempre y cuando fueran cometidos por el titular del *ius corrigendi* con la citada finalidad educativa. Estas conductas escapaban, de este modo, a la aplicación de tipos más gravemente penados, como los delitos de lesiones u otros contra las personas y del delito de malos tratos.

Actualmente, es Doctrina pacífica que fundar la distinción entre ambos delitos en la presencia o ausencia del propósito correctivo de la acción es inadecuado²⁷⁴. El *animus corrigendi* no basta, por sí solo, para convertir cualquier conducta en típica a los efectos del delito de abuso de medios correctivos y sustraerla, automáticamente, a la aplicación del art. 572 CPi. De este modo, el delito contenido en el art. 571 CPi se caracteriza, no ya por la mera presencia de una determinada intención en el agente, sino por la aplicación excesiva de una sanción correctiva o disciplinaria que el sujeto activo sería, en principio -no, precisamente, para el abuso-, competente para infligir²⁷⁵, es decir, por el contenido de la conducta típica. Ello conduce, como no podría ser de otro modo, a reconocer que la diferencia entre ambos tipos se encuentra ya en el tipo objetivo.

Aceptado de forma unánime lo anterior, se hacía preciso dar un nuevo sentido a la cláusula “fuera de los casos indicados en el artículo precedente”, prevista en el art. 572 CPi. Para ello, era necesario determinar, en primer lugar, los requisitos y presupuestos de aplicación del delito de

²⁷³ COPPI, F., *Maltrattamenti in familia*, cit., pp. 46 y 47.

²⁷⁴ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, Milano, 2008, p. 530; SPENA, A., “Reati conroto la famiglia”, cit., p. 348; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 295.

²⁷⁵ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 530; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 348; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 295.

abuso de medios de corrección o disciplina. Siguiendo a SPENA²⁷⁶, estos son:

1. Objetivos: a) que entre autor y víctima exista un cierto tipo de relación -las enumeradas en el tipo-, dentro de la cual al primero le corresponde un poder -no meramente de hecho, sino normativamente definido- de infligir sanciones correctivas o disciplinarias al segundo; b) que estemos en presencia de un hecho que justificaría su ejercicio -esto es, de una infracción del sujeto sometido al derecho de corrección-; c) que el autor abuse de esta potestad, infligiendo al sujeto pasivo en manera excesiva -cuantitativa o cualitativamente- una sanción correctiva o disciplinaria; d) que dicha sanción se inscriba en el ámbito normativamente definido de su competencia.
2. Subjetivos: que el agente aplique tal sanción con voluntad de corregir o disciplinar al sujeto pasivo.

En consecuencia, solo quedan fuera de la órbita de aplicación del art. 572 CPi los hechos que se ciñan a la restringida noción de exceso disciplinario o correctivo: aquellos que presenten, conjuntamente, los citados requisitos objetivos y subjetivos²⁷⁷.

²⁷⁶ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 348 y 349. Esta cuestión es sintetizada de forma clara por COPPI, quien afirma que el delito de abuso en los medios de corrección o disciplina tendrá aplicación “solamente cuando, subsistiendo objetivamente una razón de intervención disciplinaria o correctiva y actuando, precisamente, con la intención de realizar dicha finalidad, por exceso de medida o de modalidad aplicativa, el sujeto activo supera los límites propios de la sanción correspondiente a la realidad concreta del episodio y del hecho deriva un peligro de enfermedad” (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p.395).

²⁷⁷ Véanse, SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 349; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 295.

A pesar de sus innegables similitudes, ambas figuras delictivas parten de dos presupuestos diferentes. El abuso de medios correctivos es el ejercicio excesivo de un poder del cual el autor es normativamente titular; su premisa es, por tanto, la titularidad de un derecho *-ius corrigendi-*, otorgada por una norma al sujeto activo del delito, del que este abusa. Por contra, el delito de malos tratos no presupone la atribución normativa de un poder a un sujeto frente a otro, sino, más bien, la circunstancia de que un sujeto se encuentra en condiciones de supremacía de hecho respecto de otro²⁷⁸. Así, el núcleo esencial del delito contenido en el art. 571 CPi se encuentra en el abuso de una posición jurídica, mientras que en el art. 572 CPi se halla en el abuso de una posición de hecho, una situación por la cual uno de los sujetos de la relación se encuentra, de hecho, en una posición de sujeción frente al otro²⁷⁹.

Todo lo dicho hasta ahora, por otra parte, no significa que estos dos delitos se encuentren en relación de mutua exclusión. Puede suceder que una reiteración de hechos constitutivos del delito de abuso de medios de corrección o disciplina termine por desembocar en un delito de malos tratos o, también, que singulares abusos de medios correctivos o disciplinarios vengan a integrar, junto con actos de otra naturaleza, la conducta típica del art. 572 CP²⁸⁰, pues, según he dicho, esta conducta puede incorporar actos que, aisladamente considerados, sean constitutivos de otros delitos.

Concluye SPENA²⁸¹, a este respecto, que la cláusula “fuera de los casos indicados en el artículo precedente” debe ser entendida en el sentido

²⁷⁸ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 349 y 350.

²⁷⁹ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 246.

²⁸⁰ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 349; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 295.

²⁸¹ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 351.

de que los malos tratos son “algo más” que el abuso en los medios de corrección o disciplina, lo que impide que un único hecho subsumible en el art. 571 CP pueda, a su vez, integrar también el tipo del art 572 CP. Así, uno o más abusos pueden formar parte de una conducta compleja de malos tratos, mientras no es posible, por el contrario, reducir una conducta constitutiva de *maltrattamenti* a abuso de medios de corrección, aunque este sea cometido con *animus corrigendi*²⁸².

3.3. LOS SUJETOS DEL DELITO

La reforma operada por la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, de *ratificación e implementación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007*, que, según he señalado ya, modificó la redacción del delito de *maltrattamenti*, tuvo incidencia, principalmente, sobre los sujetos del delito²⁸³.

²⁸² SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 351.

²⁸³ El tenor del art. 572 CPi, tras la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, era: *chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni.*

La pena é aumentata se il fatto é comesso in danno di persona minore degli anni quattordici.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

Antes de dicha reforma, el art. 572 CPi contenía el delito denominado *maltrattamenti in familia o verso fanciulli*, esto es, malos tratos en familia o contra la infancia, que castigaba el maltrato ejercido contra tres grupos de personas:

- una persona de la familia;
- un menor de catorce años;
- una persona sometida a la autoridad del sujeto activo o a él confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte.

Tras la citada Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, el delito pasó a designarse *maltrattamenti contro familiari e conviventi* y el ámbito de sujetos pasivos se vió modificado, incluyendo ahora:

- una persona de la familia o de cualquier modo conviviente con el autor;
- una persona sometida a su autoridad o a él confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte.

Además, se añadió un segundo párrafo al precepto, que prevía un incremento de la pena cuando el hecho fuera cometido contra una persona menor de catorce años²⁸⁴.

Sin embargo, estos cambios entraban en contradicción, a mi juicio, con la que, se suponía, era la finalidad perseguida por la reforma.

²⁸⁴ *La pena é aumentata se il fatto é comesso in danno di persona minore degli anni quattordici.*

En primer lugar, si la redacción del art. 572 CPi otorgada por la Ley de 2012 traía causa de la Convención de Lanzarote -cuyo objeto es, precisamente, ampliar y reforzar la protección de la infancia frente a cualquier abuso en el ámbito internacional-, resulta llamativo el cambio en la denominación del delito, de la que los niños quedaron excluidos de forma expresa.

En segundo lugar, y si bien es cierto que dicha reforma introdujo una agravación de la pena para el caso de que el delito fuera cometido contra un menor de catorce años, lo que, en principio, parecía apuntar en la dirección de otorgar una mayor protección a los menores, lo cierto es que el sujeto pasivo se vió considerablemente limitado en el caso de los niños. La anterior redacción del art. 572 CPi incluía, sin ninguna otra exigencia o limitación, a cualquier niño de edad inferior a los catorce años, con independencia de su particular relación con el sujeto activo²⁸⁵ -previsión que tiene su origen en el *Codice Zanardelli*²⁸⁶-. Por su parte, la Doctrina italiana se ha mostrado siempre conforme con esta previsión legislativa, señalando que, en tal caso, es la edad de la víctima -y la mayor vulnerabilidad física y psicológica que de ella deriva- la que colocaría al sujeto activo en una situación de preeminencia respecto del menor y

²⁸⁵ Aunque, en la práctica, la propia configuración de la conducta típica, que exigía -y exige- una pluralidad de acciones para la consumación del delito, venía a limitar esta previsión del Legislador, haciendo necesaria una cierta relación continuativa de hecho entre el sujeto activo y el menor, que permitiera la reiteración de los actos de maltrato. Véase COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 257; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 535.

²⁸⁶ Con la única diferencia de en que el Código de 1889 fijaba la edad del menor en doce años. Huelga decir que debía tratarse de un menor que no incluido en alguna de las otras categorías de personas que el art. 572 CPi enumeraba como posibles osujetos pasivos del delito, pues de otro modo hubiera carecido de sentido su mención separada.

justificaría la renuncia a la exigencia de cualquier específica ligazón entre ambos²⁸⁷.

Con la entrada en vigor de la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, desapareció, sin embargo, un genérico “delito de maltrato contra menor de catorce años” y dicha condición pasó a constituir, únicamente, un supuesto de agravación de la conducta típica que, en todo caso, habría de dirigirse contra una persona de la familia del autor o conviviente, o contra una persona sometida a su autoridad o a él confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte²⁸⁸.

Por otra parte, en relación con la clasificación del delito contenido en el art. 572 CPI, según la delimitación típica del sujeto activo, la citada reforma también tuvo consecuencias. Hasta ese momento la Doctrina distinguía, dentro del precepto, por un lado, como *reato proprio*²⁸⁹, los malos tratos ejercidos contra persona de la familia o contra una persona sometida

²⁸⁷ POMANTI, P. “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p.164; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 353; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 535; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 392 y 393.

²⁸⁸ Pone de manifiesto esta paradoja PAVICH, quien señala que la inclusión de la agravante no significaba que el menor de catorce años gozara de una tutela penal reforzada, independientemente de su pertenencia a las categorías de sujetos protegidas en el primer párrafo del delito (PAVICH, G., “Luci e ombre nel “nuovo volto” del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, disponible en línea en http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1811-luci_e_ombre_nel_nuovo_volto_del_delitto_di_maltrattamenti/ [citado: 15.05.2015]).

²⁸⁹ La distinción entre *reato proprio* y *reato comune* equivale a la que nuestra Doctrina penal realiza entre delito especial y delito común, según el delito pueda ser cometido por cualquier persona o solo por aquellas que reúnan los requisitos exigidos en el tipo para poder ser sujeto activo. Véanse al respecto, MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, Padova, 2002, pp. 45 a 47; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, cit., p. 235; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., pp. 96 y 97; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, pp. 164 y 165.

a la autoridad del sujeto activo o a él confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte; y, como *reato comune*, los malos tratos cometidos contra un menor de catorce años, puesto que, en este caso, la conducta podía llevarse a cabo por cualquier persona²⁹⁰. Sin embargo, ahora el delito previsto en el art. 572 CPi es siempre un *reato proprio*, ya que sujeto activo solamente podrá serlo el familiar o conviviente del sujeto pasivo o quien se halle vinculado a él por alguna de las otras relaciones que en el mismo se enumeran. En consecuencia, se ha producido una reducción del ámbito de protección del tipo del art. 572 CPi que, desde el punto de vista de los principios inspiradores de la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012 y la Convención de Lanzarote, de 25 de octubre de 2007, de la que trae causa, resulta, cuando menos, paradójica.

No habiendo transcurrido un año desde la comentada reforma, el art. 1 del Decreto Ley n. 93, de 14 de agosto de 2013, modificó los términos de la agravante recién incluida en el segundo párrafo del art. 572 CPi y estableció un aumento de la pena cuando el delito fuera cometido, no ya *in danno di persona minore degli anni quattordici*, sino *in danno o in presenza di minore degli anni diciotto*. Sin embargo, la posterior Ley de conversión n. 119, de 15 de octubre de 2013, deroga el párrafo segundo del art. 572 CPi e introduce una nueva circunstancia agravante en el art. 61 CPi -*circostanze aggravanti comuni*-, número 11 *quinquies*²⁹¹: el haber, en los delitos no culposos

²⁹⁰ Véanse, POMANTI, P. “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p.163; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, en *Dirito penale. Parte Speciale*, vol. II, tomo primero, cit., p. 379; MONTICELI, L., “Maltrattamenti in familia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), “I Delitti contro la moralità publica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia”, cit., p. 221; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 388.

²⁹¹ El nuevo apartado reza: *l’avere, nei delitti non colposi contro la vita e l’incolumità individuale, contro la libertà personale nonchè nel delitto di cui all’articolo*

contra la vida y la incolumidad individual, contra la libertad personal, así como en el delito previsto en el art. 572, cometido el hecho en presencia o contra un menor de dieciocho años o contra una persona embarazada²⁹².

Con la reforma de 2013 se ha ampliado considerablemente el radio de aplicación de la citada circunstancia agravante. Por un lado, se incluyen ahora, como sujetos merecedores de una especial protección penal, a los menores de entre catorce y dieciocho años -en su originaria redacción solo amparaba a los menores de catorce-. Por otro, se prevé el aumento de la pena no solo para los malos tratos cometidos contra dichos sujetos, sino también “en su presencia”, equiparando, de este modo, la denominada *violenza assistita* a aquella padecida de forma directa por el menor²⁹³. Finalmente, se le otorgan efectos agravatorios al estado de embarazo del sujeto pasivo del delito.

3.3.1. PERSONA DE LA FAMILIA

El art. 572 CPi tipifica, en primer lugar, el maltrato ejercido contra

572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza

²⁹² Antes de la introducción del número 11 *quinqüies* en el art. 61 Cpi, la comentada agravante afectaba, únicamente, al párrafo primero del art. 572 Cpi. Sin embargo, con su inclusión entre las circunstancias agravantes comunes, la misma afectará también, a partir de ahora, al párrafo segundo de dicho precepto.

²⁹³ Véanse, MACRI, F., “Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenómeno della violenza di genere”, en *Diritto penale e Processo*, n. 1, 2014, p. 14; RECCHIONE, S., “Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, disponible en línea en http://www.penalecontemporaneo.it/materia/2-/28-/-/2475-il_decreto_legge_sul_contrasto_alla_violenza_di_genere__una_prima_lettura/ [citado: 15.05.2015].

“una persona de la familia”. Esta categoría de posibles sujetos pasivos del delito se introduce, por vez primera, en el art. 391 del *Codice Zanardelli* de 1889 que, al igual que el Código penal actual, incluía tal expresión sin más especificación. Así, la interpretación de la noción “familia” se convirtió en una de las cuestiones más controvertidas en materia de malos tratos y dividió a la Doctrina entre quienes consideraban que el término había de ser entendido en sentido estricto, comprensivo únicamente de la familia legítima, tal y como era configurada en el Código civil, y quienes se mostraban partidarios de acoger una interpretación amplia del mismo y no estrictamente jurídica²⁹⁴.

El Legislador penal de 1930, lejos de arrojar luz al debate, se limitó a reproducir la misma fórmula, dejando una cuestión tan delicada como la delimitación del ámbito de aplicación de la norma abierta a las diversas interpretaciones.

Actualmente, la Doctrina mayoritaria ha acogido una concepción amplia de la expresión “persona de la familia” en el contexto del art. 572 CPi²⁹⁵. Así, se afirma que lo relevante no es el carácter formal de las relaciones por las que se encuentren unidos los sujetos del delito, sino la situación de sujeción o de sometimiento en que tales relaciones colocan al sujeto pasivo respecto del activo y cuyo abuso caracteriza, precisamente, la conducta maltratadora²⁹⁶. Por tanto, resulta indiferente que la posición de

²⁹⁴ Véase, para un análisis en profundidad del tema, COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 67 a 97.

²⁹⁵ En contra, MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 928, quien asigna a la familia un significado estrictamente jurídico, comprensiva solo de los cónyuges, ascendientes y descendientes – hijos legítimos, naturales y adoptivos-, parientes en línea colateral y afines. Para este autor, cualquier otra persona que conviva dentro de la familia podrá considerarse como sometida a la autoridad del culpable, para ser sujeto pasivo del delito. En el mismo sentido, COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 49 y ss.

²⁹⁶ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp.351 a 355; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y

“inferioridad” de un sujeto frente a otro derive de situaciones de mero hecho. De otra parte, se pone de relieve como, con independencia de cuál fuera originariamente la intención del Legislador, la evolución normativa y cultural de los últimos decenios y la progresiva relevancia del fenómeno de la “familia de hecho” en el ámbito del Derecho civil, imponen una interpretación del termino “familia” como un estado de hecho y no como un instituto jurídico²⁹⁷.

La Jurisprudencia, por su parte, ha dejado atrás el concepto restringido de “familia legítima”, fundada sobre el matrimonio, para extender la tutela penal no solo a los supuestos de convivencia *more uxorio*, sino a las relaciones sentimentales estables de cualquier género. Así, a los fines de la configuración del delito de *maltrattamenti*, familia es “todo consorcio de personas entre las cuales, por íntimas relaciones o costumbres de vida, existan una suerte de vínculos de recíproca asistencia y solidaridad, sin la necesidad de la convivencia y de la cohabitación” -*Cass. Pen. Sez. III*,

PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 390 y 391; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 352 y 353; PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., 746; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 379; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., p. 221.

²⁹⁷ La introducción del divorcio en el año 1970 eliminó el presupuesto sobre el que se asentaba la diferente tutela de la “familia legítima” y de la “familia de hecho”: la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Asimismo, el progresivo protagonismo adquirido por “la familia de hecho” en la sociedad italiana moderna y los pronunciamientos de la Corte Constitucional afirmando que el Legislador está constitucionalmente obligado a tratar en manera idéntica a la “familia legítima y a la familia de hecho” (en este sentido, la Sentencia de la 140/2009, de 4 de mayo, de la *Corte Costituzionale*), hacen que esta sea la única interpretación coherente con los principios inspiradores del Ordenamiento jurídico y con la realidad actual de la sociedad italiana. Véase, al respecto, COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 241 y ss.; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 355; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 389.

16 maggio 2013, n. 38003²⁹⁸-. Esta es, también, la opinión prevalente en la Doctrina²⁹⁹. Sin embargo, la propia configuración de la conducta típica -que requiere una pluralidad de actos- exigirá la existencia de algún tipo de relación continuada, aunque no consista necesariamente en la convivencia³⁰⁰.

Precisamente por no ser la convivencia presupuesto esencial del delito, se entiende que el mismo puede cometerse también por el cónyuge en caso de separación -consensual o judicial-, pues el estado de separación, aún dispensando a los cónyuges de los deberes de cohabitación y de fidelidad, deja íntegros los de recíproco respeto y asistencia moral y material³⁰¹. Por tanto, dicho estado no excluye el delito de *maltrattamenti*, “cuando la acción persecutoria se valga, o de alguna manera incida, sobre aquellos vínculos que permanecen intactos tras la resolución judicial y que

²⁹⁸ En idéntico sentido, *Cass. Pen. Sez. VI*, 18 marzo 2014, n. 31121; *Cass. Pen. Sez. VI*, 13 novembre 2012, n. 7369; *Cass. Pen. Sez. VI*, 24 novembre 2011, n. 24575; *Cass. Pen. Sez. VI*, 17 marzo 2010, n. 24688.

²⁹⁹ Véanse, SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 356; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 379; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., p. 222; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 389. En contra, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 536, que aboga por una interpretación amplia del término “familia”, siempre y cuando se reconozca como indispensable para la configuración del delito el requisito de la convivencia.

³⁰⁰ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 255 y 256; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 390; MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 928; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., p. 221.

³⁰¹ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 388; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 163.

ponen a la parte ofendida en posición psicológica subordinada”³⁰².

3.3.2. PERSONA CONVIVIENTE

Tras la Ley de 1 de octubre de 2012, el texto del ar. 572 Cpi incluye como posibles sujetos del delito de malos tratos, de forma expresa, a los convivientes. Con ello, el Legislador penal no ha hecho más que confirmar cuanto ya era plenamente admitido por la Jurisprudencia que, como he apuntado más arriba, extendía la noción de familia a las relaciones de mera convivencia. Por tanto, en lo sustancial, la reforma no ha tenido consecuencias a este respecto. Sin embargo, no se han incluido aquellas relaciones de afecto sin convivencia a las que la Jurisprudencia había extendido, asimismo, el concepto de familia. El Legislador penal, de este modo, ha quedado rezagado en relación con la interpretación jurisprudencial del tipo, mucho más apegada a la realidad social³⁰³.

³⁰² MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., p. 223.

³⁰³ Véase, PAVICH, G., “Luci e ombre nel “nuovo volto” del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote”, cit., disponible en línea en http://www.penalecontemporaneo.it/materia/2-/28-/-/1811-luci_e_ombre_nel_nuovo_volto_del_delitto_di_maltrattamenti/c [citado: 15.05.2015].

3.3.3. PERSONA SOMETIDA A LA AUTORIDAD DEL AUTOR O A ÉL CONFIADA POR RAZÓN DE SU EDUCACIÓN, INSTRUCCIÓN, CUIDADO, VIGILANCIA O CUSTODIA, O PARA EL EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN O DE UN ARTE.

Junto a los anteriores, el art. 572 CPi incluye como posibles sujetos pasivos a aquellas personas sometidas a la autoridad del autor o a él confiadas por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o de un arte, con la finalidad de extender la protección típica a un conjunto de relaciones que colocan a determinados sujetos en una posición de “supremacía-sujeción” y que determinan, de forma análoga a los vínculos familiares, una situación de especial vulnerabilidad ante una eventual conducta maltratadora.

Ahora bien, pese a que dicha categoría de sujetos pasivos del delito se introdujo con la entrada en vigor del *Codice Rocco* de 1930, su interpretación continúa dividiendo a la Doctrina. Así, algunos autores entienden que, para cumplir este requisito típico, la condición de sujeción del sujeto pasivo debe derivar de una relación jurídica formal -de Derecho público o privado- y no de una mera situación de hecho³⁰⁴. En este sentido, afirma POMANTI³⁰⁵ que el delito en cuestión puede cometerse solo en el ámbito de una relación de autoridad o de subordinación jurídicamente relevante, pues en la hipótesis de autoridad de hecho la relación de confianza resultaría voluntaria y no jurídicamente impuesta y, por tanto,

³⁰⁴ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 257 y 258; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 165.

³⁰⁵ POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 165.

merecería un juicio de desvalor menor, que lo excluiría del tipo.

Sin embargo, la opinión Doctrinal mayoritaria y la Jurisprudencia prescinden del requisito de la relación formal, estimando suficiente para la concurrencia del delito la existencia de una situación de supremacía o sujeción de hecho³⁰⁶. Ello, apunta MANTOVANI³⁰⁷, porque “está ínsito en el criterio de la interpretación de la norma en clave de conducta que el ámbito aplicativo del delito (...) puede sufrir limitaciones solo y en cuanto la ley, explícita o implícitamente, lo imponga, pues no hay duda de que por la noción lógica de los malos tratos resulta indiferente la naturaleza de la relación que produzca el estado real de supremacía-sujeción que hace las veces de presupuesto, interesando solo la existencia concreta de dicho estado”.

Como consecuencia de lo anterior, se ha incluido en el art. 572 CPi la conducta de *mobbing* o acoso laboral por parte del empleador a sus trabajadores³⁰⁸. Al no existir un delito específico en el Código italiano que tipifique esta clase de conductas, la Jurisprudencia ha estimado que la relación que se instaura entre el empleador y sus empleados, teniendo en

³⁰⁶ Véanse, MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 261 y ss.; PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 747; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 394 y 395; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 54; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 353 y 354, quien sostiene que la relación puede tener incluso un origen ilícito, como la establecida en el caso del secuestrador respecto del secuestrado, si aquel somete a este a maltrato.

³⁰⁷ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 261.

³⁰⁸ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 394; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 353; MONTICELLI, L., “maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., pp. 227 y 228.

cuenta el poder directivo y disciplinario que la ley atribuye al primero frente a los segundos, coloca a estos en la condición de sujetos sometidos a la autoridad de otro³⁰⁹.

3.4. LA CONDUCTA TÍPICA

La delimitación de la conducta típica del delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi* constituye otra de las cuestiones más controvertidas en relación con la interpretación de los elementos constitutivos de esta figura delictiva. La utilización por el Legislador penal del verbo “maltratar” plantea el problema de precisar en qué consiste exactamente dicha conducta o, mejor dicho, qué actos pueden integrarla. Ello obedece, y es Doctrina pacífica, al hecho de que se trata de un delito *a condotta plurima*, esto es, que presupone una multiplicidad de actos para su ejecución³¹⁰.

³⁰⁹ Esta interpretación de la norma no parece plantear problemas en el caso de que las acciones sean llevadas a cabo por un superior en el ámbito laboral *-mobbing vertical-*. Sin embargo, la conducta constitutiva de *mobbing* también puede provenir de sujetos con el mismo *status* laboral que el acosado *-mobbing horizontal-*, en cuyo caso no queda claro si la norma contenida en el art. 572 CPi es o no de aplicación. En todo caso, cuando el sujeto activo sea el empleador, será necesaria una reiterada actividad vejatoria y no únicamente el abuso de un poder disciplinario en el castigo de un hecho censurable, en cuyo caso sería aplicable el delito de abuso en los medios de corrección o disciplina del art. 571 CP, tal y como indican MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., pp. 227. Véase, más profundamente, BARTOLI, R., “Mobbing e diritto penale” en *Diritto penale e Processo* n.1, 2012, pp. 85 a 94.

³¹⁰ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 538; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 245; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 356 y ss.; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 396; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”,

A esta conclusión, afirma la Doctrina italiana, conducen necesariamente las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y a pesar de que el tipo describe la conducta con el verbo “maltratar” -lo que puede plantear dudas sobre si es suficiente un solo hecho para consumir el delito-, porque la propia rúbrica del precepto utiliza el plural *maltrattamenti*, haciendo clara referencia a un hecho compuesto por una pluralidad de acciones³¹¹.

En segundo lugar, porque esta interpretación es acorde con la tradición legislativa del delito en estudio, pues los Códigos sardos hablaban de *i cattivi trattamenti*, mientras que el *Codice Zanardelli* empleaba la expresión *usa maltrattamenti* para definir la conducta típica.

Pero, en tercer lugar y fundamentalmente, porque lo que dota de sentido a esta incriminación específica es “la repetición de actos que supone un salto cualitativo en el significado de los episodios singulares”³¹². De otro modo, el delito del 572 CP quedaría vacío de contenido: o bien los actos singulares son ya delictivos, en cuyo caso serían castigados en base a los concretos tipos vulnerados; o bien se trata de comportamientos que, de

cit., p 379; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 165; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 262; PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, cit., p. 62 y 63; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 74, quien define el *reato a condotta plurima* como “aquel en el cual -bajo el aspecto normativo- existe unidad de delito a pesar de la pluralidad de conductas que lo componen”. En contra, ACALE SÁNCHEZ, sostiene que el delito de malos tratos contra familiares y convivientes del art. 572 CPi “no exige la habitualidad, esto es, la repetición de los actos de maltrato, sino que el delito se consume con la realización de un acto aislado de las características descritas en el mencionado precepto” (ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 193).

³¹¹ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 262; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 74; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 356 y 357.

³¹² SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 357 y 358.

permanecer aislados, carecerían de relevancia penal.

Además, es precisa una *ripetizione abitudinaria*, no siendo suficiente la mera existencia de acciones esporádicas o totalmente desligadas entre sí³¹³. No obstante, la alternancia de los episodios violentos con otros de normalidad carece de relevancia³¹⁴. En atención a estas características, la Doctrina entiende, de forma prácticamente unánime, que el tipo penal del art. 572 CPi es un *reato abituale*³¹⁵ y no un *reato permanente*³¹⁶.

Por otra parte, se plantea la cuestión de qué comportamientos pueden integrar la conducta típica, teniendo en cuenta la elasticidad del verbo “maltratar”³¹⁷. A este respecto, la tesis mayoritaria considera que el hecho típico emerge de la reiteración de conductas susceptibles de provocar

³¹³ Afirma COPPI que è solo l’abitualità dei maltrattamenti che esprime idoneità lesiva per il bene protetto (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 262).

³¹⁴ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 397; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 167.

³¹⁵ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 245; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 396; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 257 y ss; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 167; PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., 749; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 269.

³¹⁶ A favor de su consideración como delito permanente, por constituir la instauración y el mantenimiento de un estado antijurídico, MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., pp. 935 y 936. En el mismo sentido, MAGGIORE, G., *Diritto penale, vol. II: Parte Speciale. Delitti e contravvenzioni*, tomo segundo (art. 545-art.734), Bologna, 1948, p. 689. Sin embargo, señala PISAPIA, como estos mismos autores reconocen la exigencia de una pluralidad de actos, lo cual, afirma, basta para excluir que se trate de un delito permanente (PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., 749.) En el mismo sentido, COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., nota n. 3, p. 749.

³¹⁷ Señala ANTOLISEI como *i confini tra il lecito e l’illecito in questo terreno sono non poco evanescenti e, perciò, come in tutti i casi simili, molto rimane affidato al saggio apprezzamento del giudice* (ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 537).

sufrimientos físicos y/o psíquicos en el sujeto pasivo, no siendo necesario que tales conductas, singularmente consideradas, sean constitutivas de otros delitos³¹⁸. Por tanto, el delito de *maltrattamenti* se configura como *reato abituale proprio*, en contraposición al *reato abituale improprio*, en el cual las acciones que pueden componer la conducta típica deben ser, por sí mismas, penalmente relevantes³¹⁹.

De otro lado, se entiende por la Doctrina mayoritaria y por la

³¹⁸ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 537; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 165; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 379; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 396; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 360 y 361.

³¹⁹ En contra, LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, pp. 154 y ss. y, más recientemente, PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, cit., pp. 67 y ss., quienes consideran que los singulares actos que pueden integrar la conducta típica del art. 572 CPi deben ser ya constitutivos de otros delitos autónomos. Niegan que el delito contenido en el art. 572 CPi sea un delito habitual y lo consideran un supuesto de *reato complesso* del art. 84 CPi (*le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato. Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79*). Afirma, en este sentido, PANNAIN que, de un lado, es imposible pensar en una singular acción de maltrato que en sí considerada no integre los extremos de un delito y, de otro, que a la hora de interpretar la palabra *maltrattamenti*, el *male*, que califica en sentido negativo el comportamiento incriminado, debe entenderse referido a desvalores prohibidos por la ley penal y no por meros juicios extrapenales o ético-sociales. Lo contrario supondría, continúa dicho autor, superar los límites del Principio de Legalidad. Sin embargo, este planteamiento ha sido criticado por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque el art. 84 CPi subordina la figura del *reato complesso* al hecho de que los diversos delitos que lo componen sean reclamados por la propia ley como sus elementos constitutivos, reclamo que debe ser explícito y que falta en el delito de *maltrattamenti* (COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 96; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 272). En segundo, porque existen innumerables modos de maltratar a una persona que no necesariamente se traducen en actos dotados de relevancia penal (vejaciones de cualquier índole, descortesías, disparidad de trato, olvidos intencionados, etc.), los cuales, sin embargo, dice SPENA, añaden un componente de burla, pues dejan a la víctima más indefensa, si cabe, al privarla de un hecho inequívoco contra el que defenderse. Excluir del concepto de malos tratos a estas conductas equivaldría a reducir considerablemente, en manera irrazonable, el ámbito de la tutela ofrecida por la norma (SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 363).

Jurisprudencia que la conducta constitutiva del delito de *maltrattamenti* puede manifestarse, también, a través de comportamientos omisivos por parte de quien está llamado a la protección o a la asistencia del sujeto pasivo³²⁰. Se incluyen aquí los supuestos de desatención de las las necesidades básicas, tales como la privación de alimentos, medicamentos, ropa, ect.³²¹.

3.5. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO

Con el objeto de salvaguardar la autonomía del delito de malos tratos, se han planteado desde la Jurisprudencia dos tesis fundamentales en relación con el elemento subjetivo de la figura delictiva en examen.

La primera de estas tesis considera que el delito de *maltrattamenti*

³²⁰ PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 740; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 166; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 538; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 398 y 399; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 379; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 262 y 263; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 245; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 365 y 366.

³²¹ Así lo ha declarado repetidamente la *Corte di Cassazione*. En su paradigmática sentencia 9724/2013, de 28 de febrero, confirma la condena por el delito del art. 572 CPi de la persona encargada del cuidado de un niño con síndrome de Down que a través de comportamientos activos –gritos, reproches- y omisivos –descuido absoluto en relación con la ropa del menor, alimentación escasa, falta de higiene- había generado en el niño un “evidente estado de turbación y de injustificado abatimiento y sufrimiento”. Recuerda la Corte que el delito de *maltrattamenti* puede integrarse no solo por actos comisivos, sino también por hechos omisivos “de deliberada indiferencia respecto de las necesidades elementales, asistenciales y afectivas, de una persona discapacitada” (*Cass. Pen. Sez. VI, 28 febbraio 2013, n. 9724*). En idéntico sentido, *Cass. Pen. Sez. VI, 27 maggio 2003, n. 3701*; *Cass. Pen. Sez. VI, 21 dicembre 2009, n. 8592* y *Cass. Pen. Sez. VI, 23 settembre 2011, n. 36503*.

exige lo que se ha dado en denominar un “dolo específico”, entendido este como la manifestación de sentimientos de odio o maldad, o la intención de procurar sufrimientos a la víctima³²². Sin embargo, la Doctrina ha criticado de forma contundente esta postura por los motivos que siguen:

En primer lugar, porque la norma no requiere, ni implícita ni explícitamente, que el sujeto activo persiga un fin ulterior a la comisión de la conducta típica³²³.

En segundo, porque, según afirma MANTOVANI³²⁴, el odio o la maldad son estados afectivos o psicológicos que nada tienen que ver con el concepto de fin de la acción. El Legislador penal, apunta el citado autor, “es ajeno a las motivaciones en las que el maltrato encuentre su fuente; motivaciones que, además, pueden ser exactamente las mismas que en otros delitos y que, sin embargo, nadie ha tratado de subordinar a la existencia de aquellas”³²⁵.

También se ha tratado de orientar este supuesto “dolo específico” a la finalidad de infligir sufrimientos físicos o morales a la víctima. Sin embargo, se ha señalado por la Doctrina -con razón- que no es este un fin ulterior a la comisión de la acción típica, sino que tal voluntad es inherente

³²² Véanse, SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 369; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 274; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 245. Para una amplia revisión jurisprudencial, véase, MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., pp. 228 y ss.

³²³ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 369; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 275.

³²⁴ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 250. En idéntico sentido, SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 369; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 111.

³²⁵ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 252.

a la propia idea de maltratar y, por tanto, a la voluntad que dirige dicha conducta³²⁶. Así, según SPENA³²⁷, “voluntad de procurar sufrimientos” equivale a “voluntad de maltratar”, que, a su vez, es un modo de expresar la verdadera dimensión del dolo –genérico- del delito.

La segunda de las tesis propuesta en relación con el tipo subjetivo del delito objeto de estudio, es la de concebir el dolo como un “dolo programático”, es decir, como voluntad programada de maltratar, preexistente a la conducta constitutiva del primer episodio; o, dicho de otro modo, como representación y voluntad del completo hecho típico desde el mismo momento en que se inicia la actividad delictiva³²⁸. Esta postura, sin embargo, es rechazada de forma unánime por la Doctrina penal actual, que la considera dogmáticamente incorrecta³²⁹. Según el art. 43 CPi el dolo requiere la representación y voluntad del hecho y de su desvalor; sin embargo, según COOPI³³⁰, “la estructura del dolo no puede ser congelada en una rígida noción indiferente a las peculiares características de la conducta típica de cada singular figura delictiva”. Por tanto, tratándose de un delito habitual, para cuya consumación es necesaria la reiteración en el

³²⁶ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 275; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 250.

³²⁷ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 370.

³²⁸ Véanse, FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 380; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 169; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 371; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 271; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 255. Para una amplia revisión jurisprudencial, véase, MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., pp. 228 y ss.

³²⁹ COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 109 y 110; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 371 y ss.; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 271; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 255 y ss.

³³⁰ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 277.

tiempo de actos de contenido análogo³³¹, no se puede exigir que la representación del desvalor de la conducta típica, constituida por el conjunto de los actos, deba preexistir al primer episodio de agresión y que, además, desde ese primer momento, el agente se deba representar toda la serie de acciones y las realice en ejecución de esta representación anticipada³³². Por el contrario, basta con que el sujeto activo entienda el significado que las mismas adquieren con su reiteración y, por ello, finalmente, se represente el específico desvalor derivado de la habitualidad en su conducta³³³. La tesis del “dolo programático”, por otro lado, convertiría en atípicos infinidad de casos en los que tal modalidad de dolo o bien no existe *ab initio*, o bien es imposible de probar³³⁴.

En resumen, por tanto, el dolo del delito contenido en el art. 572 CP es un dolo genérico, que requiere, exclusivamente, la conciencia y voluntad

³³¹ Entendiendo por actos de contenido análogo aquellos potencialmente lesivos del mismo bien jurídico protegido, con independencia de las concretas conductas a través de las cuales se realicen.

³³² COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 278.

³³³ FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 380; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., p. 228; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 278 y ss.; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 258. En contra, SPENA, quien, si bien se muestra de acuerdo en excluir la teoría del dolo programático como elemento subjetivo del delito de *maltrattamenti*, afirma que no es necesario que la representación del significado unitario del conjunto de los episodios, aún sin preexistir, surja siquiera durante su repetición. Sostiene el citado autor que, “precisamente por tratarse de un delito habitual, el significado global del hecho es tal que el mismo se realiza, toma forma, en los singulares hechos. Ocurre, entonces, -pero es también suficiente- que el agente quiere el acto singular como maltrato y basta con que en cada uno de estos actos singulares se manifieste el significado propio del conjunto, o sea, que el maltrato sea querido en cada acción a través de la que se realiza”. Como ejemplo de lo anterior, señala SPENA como el dolo del *maltrattamenti* puede tenerlo, también, el padre que somete a humillaciones al hijo cada vez que está ebrio. No cabe duda de que, en este caso, el sujeto activo ni se representa las humillaciones precedentes infligidas al hijo, ni menos es capaz de proyectar la serie de las futuras vejaciones (SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 371 y ss.).

³³⁴ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 255 y ss.; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 276.

de maltratar -entendiendo por maltratar la realización reiterada de actos de maltrato, tal como se expuso al hilo de la descripción de la conducta típica a alguno de los sujetos pasivos previstos en el tipo³³⁵. Se admite la modalidad del dolo eventual para colmar las exigencias del tipo subjetivo³³⁶.

3.6. RESULTADO Y CONSUMACIÓN. TENTATIVA EN EL DELITO DE *MALTRATTAMENTI*

3.6.1. EL RESULTADO EN EL DELITO DE *MALTRATTAMENTI*

El delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi* se considera por la Doctrina italiana mayoritaria un delito de resultado³³⁷. Este resultado se

³³⁵ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 400; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 538; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 380; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., pp. 169 y 170; PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., pp. 750 y 751; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 109; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, p. 229; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 370 y ss.; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 275; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 249 y ss.

³³⁶ SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 370; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 280; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 170.

³³⁷ MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 935; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 366; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 85; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), “I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la

define como “la creación para el sujeto pasivo de una situación de sufrimiento físico y/o psíquico en que es forzado a vivir como consecuencia de la pluralidad de hechos que constituyen, en su conjunto, la conducta del delito”³³⁸. No obstante, y si bien existe acuerdo en reconocer que no se requiere la lesión o puesta en peligro de la integridad física o psíquica del sujeto pasivo -a diferencia de lo que sucede en el delito de abuso de medios de corrección o disciplina-, encontramos en la Doctrina dos posturas diferenciadas en relación con el resultado del delito de malos tratos. Para un sector no basta con la instauración de dicho estado de sufrimiento, siendo necesario que los malos tratos hayan provocado la degradación de la personalidad de la víctima. La conducta, dicen, debe haber “incidido negativamente sobre valores fundamentales propios de la dignidad y de la condición humana”³³⁹. Por el contrario, otra parte de la Doctrina entiende que no es necesario que se haya afectado a la personalidad del sujeto maltratado³⁴⁰.

Según MANZINI³⁴¹, la consumación se produce cuando se hayan realizado una serie de actos que se consideren, en concreto, suficientes para integrar la noción de malos tratos³⁴². El momento consumativo vendrá

famiglia”, cit., p. 228; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 275; MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 281. En contra, VITARELLI, T., “Maltrattamenti mediante omissione?”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1998, pp. 190 y ss., quien considera que se trata de un delito de mera actividad.

³³⁸ COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 85 y 86. Véanse, en idéntico sentido, MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., p. 228; MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 935.

³³⁹ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 281 y 282; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 366.

³⁴⁰ COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 86 y 87; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 538.

³⁴¹ MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 935.

³⁴² En idéntico sentido, MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la*

determinado por el último de los actos que, unido a los anteriores, sea bastante para entender instaurada la referida situación o estado de sufrimiento³⁴³. Sin embargo, esta afirmación no aclara la cuestión del número de actos singulares de maltrato necesarios para consumar el delito contenido en el art. 572 CPi³⁴⁴.

La consideración del delito de *maltrattamenti* como delito de resultado conduce a plantear la cuestión de la admisibilidad de la *omissione impropria*, por aplicación de la cláusula prevista en el párrafo segundo del art. 40 CPi, en cuya virtud “no impedir un resultado, que se tiene obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo”³⁴⁵. La Doctrina dominante³⁴⁶ y la

famiglia, cit., pp. 408 y 409. SPENA, por su parte, distingue entre la perfección del delito, que tendrá lugar en el momento en que la reiteración de los actos vejatorios ha alcanzado una consistencia suficiente para integrar el significado del tipo, y consumación, que se producirá cuando sea realizado el último acto de maltrato (SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 375 y 376).

³⁴³ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., p. 231; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 376; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 281; MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 935. En contra, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 538, quien afirma que la consumación se inicia con el primer hecho vejatorio.

³⁴⁴ Señala SPENA, en este sentido, que “se trata de valoraciones ampliamente remitidas a la discrecionalidad del juez y a su capacidad para captar la dinámica del concreto resultado” y sugiere, a los efectos de interpretar la disposición, que “parece razonable asegurar un número de episodios más consistente e indicativo cuando el hecho típico es enteramente cometido a través de conductas que, singularmente consideradas, no integran los extremos de algún delito” (SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 361).

³⁴⁵ Véase, por todos, PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 269 y ss.

³⁴⁶ POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., pp. 160 y ss.; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 398 y 399; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 365 y 366. En contra, por considerar el delito del art. 572 CPi de mera actividad, VITARELLI, T., “Maltrattamenti mediante omissione?”, cit., pp. 190 y ss.

Jurisprudencia³⁴⁷ sostienen que la tolerancia, por parte de quien hubiera debido impedirlo, de la provocación de sufrimientos físicos y/o psíquicos por parte de terceros equivale a su causación. En tales casos, el obligado cometerá el delito del art. 572 Cpi por omisión, por tratarse de un delito *a forma libera*³⁴⁸; esto es, un tipo penal que no concreta la forma en que debe producirse el resultado prohibido –lo que la Doctrina española denomina un “delito resultativo”-.

3.6.2. ITER CRIMINIS

En cuanto a la posibilidad de que el delito de *maltrattamenti* pueda cometerse en grado de tentativa, la Doctrina se halla dividida. No obstante, el debate es reflejo de aquel más amplio que versa sobre la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución en el delito habitual.

³⁴⁷ La *Corte di Cassazione* ha tenido la oportunidad de pronunciarse a este respecto en repetidas ocasiones y, al margen de los supuestos más comunes en la práctica en los que uno de los progenitores tolera el maltrato ejercido por el otro contra el hijo menor –casos sobre los que existe, como se verá en su momento, una consolidada doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo- son de sumo interés las sentencias dictadas, apreciando el delito del art. 572 CPI, en comisión por omisión, por parte del encargado de un servicio sanitario que no impide los malos tratos ejecutados contra los enfermos por un subordinado (*Cass. Pen. Sez. VI, 17 ottobre, n. 3965*) o por parte de la directora de un colegio que no impide el sometimiento de un menor a malos tratos por parte de un maestro (*Cass. Pen. Sez. II, 18 luglio 2014, n. 38060*). Véase un análisis jurisprudencial de la cuestión de la omisión impropia, en relación con el delito del art. 572 CPI, en MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., pp. 224 a 228.

³⁴⁸ POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 160; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., p., 225.

El art. 56 CPi castiga como tentativa “la realización de actos idóneos, dirigidos en modo no equívoco a cometer un delito, si la acción no se concluye o el resultado no ocurre”³⁴⁹. Este precepto es interpretado en sentidos opuestos por los partidarios de inadmitir la tentativa en el delito en cuestión, de un lado, y por quienes abogan por su abstracta admisibilidad, de otro.

La postura contraria a la admisión de la tentativa en relación con el art. 572 CPi se basa en la idea de que la estructura del delito habitual no es compatible con las formas imperfectas de ejecución. Así, afirman que la tentativa no es jurídicamente posible en el delito de *maltrattamenti*, porque, o bien los singulares actos de los que se compone la conducta son suficientes, en su conjunto, para constituir “malos tratos” y el delito está consumado, o no lo son y no se puede reconocer en ellos tentativa punible³⁵⁰. Señala MANZINI³⁵¹, a este respecto, que si la tentativa requiere, *ex art. 56 CP*, actos idóneos dirigidos en modo inequívoco a cometer, en este caso, malos tratos, quien ha realizado tales actos, o ha efectivamente maltratado -y el delito está consumado-, o no ha logrado maltratar, “y no se puede apreciar en él más que una depravada intención no punible, cuando el acto realizado no constituya, por sí mismo, delito”. En este último caso, el acto delictivo singular, de ser penalmente relevante, será punible como

³⁴⁹ *Art. 56 CP: Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.*

Il colpevole di delitto tentato é punito: con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita é l'ergastolo; e, negli altri casi con la pena stabilita per il delitto, diminuta da un terzo a due terzi.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuta da un terzo a la metà.

³⁵⁰ MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 935; PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., 749; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 376.

³⁵¹ MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 936.

delito consumado o intentado, según su grado de ejecución³⁵².

Sin embargo, otro sector doctrinal entiende que, si bien es cierto que la prueba de la idoneidad y de la no equivocidad de los actos respecto de un delito habitual puede presentar dificultades en la práctica, esto no debe confundirse con la inadmisibilidad en el plano teórico de la tentativa en dicha categoría de delitos. De este modo, y teniendo presentes las peculiaridades de la conducta típica, nada se opone a que cuando los actos ya realizados, idóneos para ofender el bien jurídico protegido si persisten o se repiten, vengan interrumpidos por una causa independiente a la voluntad del sujeto activo, se cumplan todos los requisitos exigidos a los efectos de la punibilidad de la tentativa³⁵³.

³⁵² En idéntico sentido, PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, cit., 749; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 376. En contra, señala COLACCI que las acciones ya realizadas antes de aquella que venga a consumir el delito, pueden ser ya de por sí constitutivas de delito o no, siendo este hecho indiferente a los fines de configurar la tentativa punible. Ello, dice, se deduce del propio art. 56 CP que, a propósito del desistimiento voluntario de consumir el delito, dispone que el sujeto será sometido a la pena solo por los actos realizados, si estos constituyen de por sí un delito diverso, lo que pone de manifiesto que dicho precepto abarca tanto el caso de que los actos ya realizados sean constitutivos de delito, en cuyo caso, de existir desistimiento, se responderá por los mismos, como el caso de que los actos ejecutados hasta el momento sean penalmente irrelevantes (COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 129 y ss.).

³⁵³ Afirma este sector doctrinal que serán idóneas aquellas acciones que, de continuar, darían lugar a la consumación del delito, las cuales pueden manifestarse como inequívocamente tendentes a la ofensa del bien jurídico protegido y, por tanto, como tentativa de la misma (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 283 y ss.; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 125 y ss.; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 408 y 409).

3.7. RELACIONES CON OTROS DELITOS

La conducta típica del delito contenido en el art. 572 CPi, según se ha expuesto más arriba, puede venir integrada por actos que, aisladamente considerados, sean ya constitutivos de otras figuras delictivas autónomas. Por este motivo, la Doctrina científica se plantea el problema de determinar cuáles de dichos actos resultan absorbidos por el desvalor propio del delito de malos tratos y cuáles, por el contrario, han de entrar en concurso de delitos con aquel.

3.7.1. AMENAZAS, INJURIAS Y GOLPES

La Doctrina dominante considera absorbidas por el delito de *maltrattamenti* las conductas constitutivas de amenazas, de injurias y de golpes³⁵⁴. Tratándose de un delito a *condotta plurima*, cuando el desvalor del mismo englobe totalmente el de aquellos hechos de los que se compone, estos deben ser absorbidos por el delito más amplio y más severamente

³⁵⁴ MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 928; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 539; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 380; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 172; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., p. 242; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 414; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 367; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 286.

penado³⁵⁵.

En relación con el delito de *percosse* –golpes– del art. 581 CPi, el propio precepto establece, en el párrafo segundo, su inaplicabilidad cuando la ley considera la violencia como elemento constitutivo de otro delito. La Doctrina concluye, en virtud de esta previsión, que el delito de *percosse* debe entenderse consumido por el de malos tratos. La propia experiencia práctica, que, sin duda, es tenida en cuenta por el Legislador a la hora de tipificar conductas, pone de manifiesto que *le percosse* constituyen una modalidad de conducta a través de la cual se maltrata con mayor frecuencia. Así, consideran que con la utilización del verbo *maltrattare* para definir la acción típica del art. 572 CPi, el Legislador ha pretendido englobar estos actos de violencia que, en la mayoría de los casos, vienen a integrar la conducta de *maltrattamenti*³⁵⁶. Lo mismo puede decirse de los delitos de amenazas e injurias, que deben entenderse absorbidos por el desvalor del delito de malos tratos que vengan a incorporar, a pesar de que en sus respectivos tipos no existe la misma indicación específica³⁵⁷.

³⁵⁵ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 286 y 287. Para determinar cuando esto sucede, dice el autor, habrá que atender al “ámbito de operatividad de las normas concurrentes, a los bienes jurídicos tutelados por las mismas y sus relaciones, a las sanciones dictadas para el caso de su lesión, a la conexión existente entre los varios hechos y de su relación con el delito más amplio que viene a configurar y, en suma, de todas las peculiares características del completo evento en examen”.

³⁵⁶ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 290; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 539; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., pp. 172 y 173.

³⁵⁷ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 290; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 539; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., pp. 172 y 173

3.7.2. LESIONES O MUERTE DEL SUJETO PASIVO

Más delicada se presenta la relación entre los delitos de lesiones y los malos tratos. A este respecto es preciso hacer una distinción en función de la gravedad de las lesiones y según estas hayan sido o no queridas por el sujeto activo.

En el caso de lesiones graves o gravísimas no voluntarias, será de aplicación el segundo párrafo del art. 572 CPi, de cuya naturaleza se tratará más adelante. De esta previsión normativa se deduce que, cuando las lesiones graves o gravísimas sean dolosas –art. 583 CPi-, las mismas deben entrar en concurso con el delito de *maltrattamenti*³⁵⁸.

En cuanto a las lesiones comunes tipificadas en el art. 582 CPi, cuando sean consecuencia no querida por el autor, las mismas deben estimarse absorbidas por el delito de malos tratos, puesto que si en el párrafo tercero del art. 572 CPi están previstas solo las lesiones graves o gravísimas no dolosas, ello parece indicar que el Legislador no ha reconocido relevancia autónoma a las lesiones comunes no voluntarias³⁵⁹.

³⁵⁸ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 291. A mayor abundamiento, señala COPPI, la sanción fijada para el supuesto de aquellas no voluntarias es mucho más severa que aquella prevista en el primer párrafo del art. 572 CPi, que sería aplicable en caso de considerar que las lesiones graves o gravísimas quedaran absorbidas en el delito de malos tratos. En el mismo sentido, POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 173; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 415; MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 941.

³⁵⁹ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 292; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 173; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., p. 242. En contra, ACALE SÁNCHEZ, quien afirma, en relación con el art. 572 CPi, que “el resultado de lesión absorbe el de malos tratos en el

Por el contrario, las lesiones comunes dolosas habrán de concurrir con el delito del art. 572 CPi³⁶⁰. A esta conclusión conduce la consideración de las sanciones previstas en uno y otro caso. Así, como observa PANNAIN³⁶¹, la asorción por el delito de malos tratos de las lesiones comunes dolosas podría conducir a consecuencias absurdas, como, por ejemplo, a que un solo delito de lesiones contra el cónyuge, agravado por el uso de un arma, estaría más gravemente penado que toda una serie de lesiones infligidas al mismo sujeto para maltratarlo.

El resultado de muerte del sujeto pasivo, de ser una consecuencia no buscada por el autor, determinará la aplicación del párrafo tercero del art. 572 CPi. En caso de que dicho resultado fuera querido por el sujeto activo, será de aplicación el art. 576 CPi, apartado 5, que prevé un supuesto de homicidio doloso agravado para el caso de que el homicidio tenga lugar con ocasión de la comisión del delito tipificado en el art. 572 CPi³⁶².

ámbito especialmente protegido, por lo que parece que este último carece de independencia de los delitos de lesiones, al igual que ocurre en la regulación alemana (ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 19).

³⁶⁰ En contra, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 539; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, cit., p. 242; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” (Cap. IV), en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 415.

³⁶¹ PANNAIN, A., *La condotta nell delitto di maltrattamenti*, cit., pp. 111 y ss. En idéntico sentido, COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 292; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 173.

³⁶² El apartado 5 del art. 576 castiga con la pena de *ergastolo* el homicidio cometido *in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609 quater, e 609 octies*. Antes de la introducción de esta circunstancia agravante por el art. 4 de la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, en caso de producirse la muerte dolosa del sujeto pasivo de los malos tratos, ambos delitos eran castigados en concurso. Ahora, sin embargo, la punición por el homicidio agravado del nuevo art. 576. 5 CPi engloba la totalidad del desvalor de la conducta, pues el tipo exige la comisión previa del delio previsto en el art. 572 CPi (o, dicho de otro modo, que, previamente, se colmen

3.7.3. VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR, VIOLENCIA SEXUAL Y SECUESTRO

El delito de *violazione degli obblighi di assistenza familiare* -art. 570 CPi- deberá entenderse absorbido por el delito de malos tratos cuando, a través de la repetida realización de actos contrarios a las obligaciones inherentes a la patria potestad o a la cualidad de cónyuge, o haciendo faltar medios de subsistencia a los descendientes o ascendientes, el sujeto activo determina con su comportamiento la degradación de la personalidad del familiar³⁶³. El último párrafo del art. 570 CP prevé una indicación explícita en este sentido³⁶⁴.

La violencia sexual integrante de los delitos previstos en los arts. 519 y 521 CPi concurre con el delito de malos tratos³⁶⁵. Lo mismo sucede con el

las exigencia típicas del art. 572 CPi) y que con ocasión de la comisión de aquel se produzca el resultado de muerte del sujeto activo.

³⁶³ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 294; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 174; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 367.

³⁶⁴ El párrafo tercero del art. 570 CPi declara la inaplicabilidad de este precepto si el hecho está previsto como delito más grave en otra disposición de ley.

³⁶⁵ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 539; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 294; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 174; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la familia*, cit., p. 242; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 416; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 367; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 380.

delito de secuestro tipificado en el art. 605 CP³⁶⁶.

3.8. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 572 CPI

3.8.1. PROBLEMAS QUE PLANTEA

Especiales dificultades plantea, según ya he tenido ocasión de adelantar a lo largo de esta investigación, la cláusula contenida en el párrafo segundo del art. 572 CPI, cuyo tenor literal reza: *se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.*

La naturaleza jurídica de dicha cláusula ha sido, y es, una cuestión polémica, que reproduce el debate existente en la Doctrina penal italiana en torno a cuestiones trascendentales -pertenecientes a la Parte general del Derecho penal-, como son los institutos de la responsabilidad objetiva, el delito preterintencional y los delitos agravados por el resultado.

³⁶⁶ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 539; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 294; FIANDACA, G. y MUSCO, E., “I delitti contro la persona”, cit., p. 380.

3.8.2. POSIBLES SOLUCIONES

El único punto incontrovertido es, en realidad, que las lesiones - graves o gravísimas- o la muerte del sujeto pasivo del delito de malos tratos deben ser resultados extraños a la voluntad del sujeto agente. De lo contrario, serían constitutivos de los respectivos delitos dolosos de lesiones del art. 583 CPi u homicidio agravado del art. 576.5 CPi y cuyo castigo atendería a las reglas expuestas en el apartado anterior. A partir de aquí, se discute, en primer lugar, si los resultados ulteriores no queridos -lesiones o muerte- constituyen simples circunstancias agravantes del delito base, o si, por el contrario, configuran auténticos delitos autónomos. En segundo, se plantea cuál debe ser el título de imputación de tales resultados al sujeto activo del delito de malos tratos.

3.8.2.1. El párrafo segundo del art. 572 CPi como “delito circunstanciado”

Una primera posición doctrinal, considera que el segundo párrafo del art. 572 CPi contiene un “delito circunstanciado”³⁶⁷ respecto del delito

³⁶⁷ Nos encontramos ante un “delito circunstanciado” cuando a un determinado tipo delictivo -delito base- se añade alguna circunstancia -agravante o atenuante- que comporta una modificación cuantitativa o cualitativa de la pena. Las circunstancias son elementos accidentales o accesorios del delito y, por tanto, no son necesarios para su existencia, pero inciden sobre su gravedad o son indicios de la capacidad delictiva del sujeto, por lo que influyen sobre la pena prevista en el tipo base, agravándola o atenuándola. Como ejemplo de delito circunstanciado se cita el homicidio del ascendiente -art. 577 n.1 CPi-, que, pese a estar previsto en un precepto propio y diferenciado, constituye un delito circunstanciado de homicidio y no un tipo autónomo. Sin embargo, el homicidio con el consentimiento del sujeto pasivo -art. 579 CPi- es una hipótesis autónoma de homicidio, caracterizado por el elemento del consentimiento de la víctima. Igualmente, se trata de un tipo autónomo el previsto en el art. 609 *octies* CPi –violencia sexual en grupo-, que se caracteriza, respecto

base del párrafo primero. Sus partidarios señalan que dicha cláusula tipifica circunstancias agravantes especiales, sin autonomía delictiva, pues los elementos típicos esenciales de la figura delictiva permanecen inalterados³⁶⁸. Sin embargo, es esta una opinión minoritaria, más aún después de la reforma sufrida por el art. 69 CPi, que regula el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes, tras el Decreto Ley de 11 de abril de 1974, n. 99, convertido, con modificaciones en la Ley de 7 de junio de 1974, n. 220³⁶⁹. A partir de entonces, las circunstancias concurrentes en el caso

de la violencia sexual común -art. 609 *bis* CPi-, por la participación por parte de más personas reunidas en los actos de violencia sexual del art. 609 *bis* CPi. (Véanse, PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 520 y ss.; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., pp. 211 y ss.; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 462 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 437; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., pp. 250 y ss.). El problema que se plantea es la distinción entre aquellos elementos que han de reputarse accesorios y, por tanto, como circunstancias del delito, cuya presencia comporta una diversa forma de manifestación del mismo, y aquellos otros elementos que determinan, por el contrario, la mutación del título del delito. No se trata de un tema baladí, pues las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal gozan de un régimen específico en relación con el elemento subjetivo (art. 59 CPi), con el concurso de agravantes y atenuantes (art. 69 CPi), así como con respecto a determinadas cuestiones procesales. En cuanto a los criterios para la diferenciación entre elementos accesorios y elementos esenciales, véanse, MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., pp. 213 y ss.; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 521 a 523; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 463 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 437 y ss.; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., pp. 252 a 254.

³⁶⁸ Dice MANZINI que nos encontramos ante circunstancias agravantes especiales porque “permanece inalterada la noción fundamental del delito a la cual se añade un resultado no necesario y extraordinario” (MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., pp. 940 a 942). En idéntico sentido, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 539; COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 87.

³⁶⁹ Art. 69 CPi: *Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.*

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

concreto, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas -también las de eficacia especial, que con la regulación anterior quedaban excluidas- se someterán al denominado “juicio de comparación” o *bilanciamento* por parte del juez. El resultado del juicio de comparación puede ser:

- a) De equivalencia entre agravantes y atenuantes, caso en el que se aplicará la pena del delito base, como si no concurrieran ninguna de dichas circunstancias;
- b) De prevalencia de las agravantes, caso en el que se aplicarán solamente los aumentos de pena establecidos para las mismas, sin tener en cuenta las atenuantes;
- c) De prevalencia de las atenuantes, caso en el que se aplicarán solo las disminuciones de pena establecidas para estas y no se tendrán en cuenta las agravantes³⁷⁰.

En este sentido, se pone de relieve que, de ser considerado el párrafo segundo del art. 572 CPi como delito circunstanciado, también las lesiones o la muerte -entendidas como circunstancias agravantes- entrarían en el

Le disposizione del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi é divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanze per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

³⁷⁰ La Doctrina penal italiana pone de manifiesto el amplio grado de discrecionalidad del juez en relación con el *giudizio di bilanciamento*. La ley no establece los parámetros en base a los cuales el juez debe realizar el juicio de comparación, que, en todo caso, no tiene carácter cuantitativo sino cualitativo, lo que significa que el juez no comparará el número de circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, sino el respectivo significado de las unas y de las otras para determinar la gravedad total del hecho y de la capacidad de delinquir del sujeto (Véanse, PADOVANI, T., *Diritto penale*, pp. 259 a 261; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 489 y ss.; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit. pp. 225 y ss.; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 532 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 471 y ss.)

juicio de comparación con las otras eventuales circunstancias que pudieran existir en el supuesto concreto. Así, en el caso de prevalencia o de equivalencia respecto de las atenuantes que pudieran concurrir, la pena debería ser determinada dentro de los límites del párrafo primero del citado precepto -delito base-³⁷¹.

3.8.2.2. El párrafo segundo del art. 572 CPi como tipo autónomo

La postura mayoritaria entiende, por tanto, que el párrafo segundo del art. 572 CPi es un delito autónomo³⁷². No obstante, se discute si nos encontramos ante un supuesto de delito preterintencional o ante un delito

³⁷¹ En contra, MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 941, quien afirma que tales circunstancias deben someterse a la disciplina del art. 69 CPi. A este respecto, FIANDACA y MUSCO, quienes entienden que el art. 572 CPi, párrafo tercero, prevé un delito agravado por el resultado -resultado que será “puesto a cargo” del agente por la mera existencia de una relación de causalidad-, consideran que, tras la reforma del art. 59 CPi, operada por la ley de 7 de febrero de 1990, n. 9, que sustrajo la imputación de las circunstancias agravantes al régimen de la responsabilidad objetiva –no así el de las atenuantes-, exigiendo como coeficiente mínimo de responsabilidad la culpa, resultaría más acorde al principio de culpabilidad reconducir los delitos agravados por el resultado al modelo de los delitos circunstanciados -ello vendría a solventar los problemas que se plantean en relación con la imputación subjetiva del resultado más grave - (FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2014, pp. 689 y 690.). El hecho de que ello suponga el sometimiento de estos delitos al juicio de comparación del art. 69 CP “no supone una objeción infranqueable, pues en tal operación el juez deberá adoptar la máxima cautela, a fin de evitar las incongruencias más llamativas” (FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 691). En contra de esta postura, señala MONTICELLI que si los resultados ulteriores a la conducta de maltrato fueran imputables al agente a título de dolo o culpa - lo que vendría impuesto por el art. 59 CPi, párrafo segundo-, estos hechos no podrían subsumirse en el párrafo tercero del art. 572 CPi, sino que tendrían que integrar autónomos delitos dolosos o culposos contra la vida o la integridad personal (MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 411).

³⁷² SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 374; MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 411 y 412; COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 302 y ss.; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 223; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 338; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 349; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., pp. 206 y 207.

agravado por el resultado, así como el título de imputación del resultado de lesiones o muerte -no dolosas- al sujeto activo del delito de malos tratos.

El art. 42 CPi afirma, en su párrafo segundo, que nadie podrá ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si el mismo no le es imputable a título de dolo, “salvo en los casos de delito preterintencional o culposo, expresamente previstos por la ley”. Sin embargo, el párrafo siguiente añade: “la ley determina los casos en los cuales un resultado es *puesto de otro modo* a cargo del agente, como consecuencia de su acción u omisión”³⁷³. De esta forma, el Legislador alude a un parámetro de imputación diverso a los previstos en el segundo párrafo -dolo, preterintención, y culpa- y que se conoce como responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva supone la imputación de un resultado a un sujeto por la mera existencia de una relación de causalidad entre dicho resultado y su conducta, prescindiendo de cualquier ligamen psicológico con el resultado de que se trate. Este instituto es, lógicamente, objeto de vivaces críticas, pues las dos únicas formas de imputación subjetiva que se compadecen con las exigencias del principio de *colpevolezza*, consagrado en el art. 27.1 del Texto Constitucional italiano, según ha sido interpretado por la *Corte Costituzionale*, son el dolo y la culpa³⁷⁴.

³⁷³ La cursiva es mía.

³⁷⁴ La *Corte Costituzionale*, en sus paradigmáticas sentencias n. 354/88, de 23 de marzo y 1085/88, de 3 de noviembre, marcó un punto de inflexión en materia de responsabilidad objetiva al interpretar que el principio de responsabilidad penal personal, consagrado en el art. 27. 1 Cost. -*principio di colpevolezza*-, imponía la exigencia de culpa como coeficiente mínimo de imputación. Así, la sentencia 1085/88 afirma: *perché l'art. 27, primo comma Cost., siapienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati*. Sin embargo, a este respecto, PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 219, señala que, aunque es ausplicable su expulsión del Código penal italiano, las hipótesis de responsabilidad objetiva siguen siendo numerosas. En idéntico

Tradicionalmente, se han considerado supuestos de responsabilidad objetiva el delito preterintencional y los delitos agravados por el resultado, los cuales, según he señalado ya, constituyen, una vez descartada la hipótesis del “delito circunstanciado”, las categorías a las que se trata de reconducir el segundo párrafo del art. 572 CPi.

3.8.2.1.1. El art. 572 CPi, párrafo segundo, como delito preterintencional

El delito preterintencional, o más allá de la intención, presupone la existencia de una acción dirigida a cometer un delito menos grave que produce un resultado más grave de aquel querido por el agente -art. 43 CPi-. Si esto es pacífico, discutida resulta la naturaleza del título de imputación del resultado más grave no querido, cuestión que divide a la Doctrina penal entre quienes estiman que la preterintención es un supuesto mixto de dolo y responsabilidad objetiva³⁷⁵ y quienes la entienden como un supuesto mixto de dolo y culpa³⁷⁶.

sentido, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 391; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 691.

³⁷⁵ PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., pp. 219 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 394 y ss.; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 685 y ss.; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, cit., pp. 325 y ss. Véase, asimismo, LORETO, A., “Preterintenzione” en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A y PAPA, M. (Dir.), *Il Reato. Trattato di Diritto penale. Parte Generale II*, Torino, 2013, pp. 170 a 182.

³⁷⁶ PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 347 y ss.; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., pp. 182 y ss. La Doctrina más moderna –fundamentalmente tras la *Cass. Sez. Un.*, 22 gennaio 2009, n. 22676 – entiende que, pese a que la ley no lo requiere expresamente y con independencia de cuál fuera la originaria intención del Legislador penal de 1930, la única solución respetuosa con el Principio de Culpabilidad –según la comentada interpretación constitucional del art. 27 Cost.- pasa por exigir un ligamen psíquico entre el sujeto activo del delito y el resultado más grave no querido. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de fundar dicha culpa en la violación de una norma de cuidado, pues el resultado no querido es consecuencia, en

Aquel sector doctrinal que entiende que el párrafo segundo del art. 572 CPi configura una hipótesis de delito preterintencional, lo hace sobre la base de la analogía estructural que presenta con el homicidio preterintencional³⁷⁷ -único supuesto de delito expresamente tipificado como tal en el Código penal italiano en el art. 584 CPi³⁷⁸-.³⁷⁹ Si bien, hay que destacar que los partidarios de esta tesis consideran que el resultado de lesiones o muerte de la víctima de los malos tratos le es imputable al sujeto activo de los mismos por la simple existencia de nexos causal, sin necesidad de indagación alguna acerca del elemento psicológico³⁸⁰.

Considera esta parte de la Doctrina, como decía, que todos los

todo caso, de la realización de una conducta ilícita, como es la del delito base doloso. El problema se traslada, entonces, en palabras de BARTOLI, a la determinación de “la naturaleza de tal componente psíquico y el modo de estructurar el juicio de culpa”, o, lo que es lo mismo, si la imputación del resultado más grave ha de basarse en un verdadero juicio de culpa –entendida como violación de reglas cautelares- o una culpa entendida en términos de previsibilidad –y, por tanto, evitabilidad-. Para un análisis en profundidad de la cuestión de la *colpa in attività illecita*, véase, BARTOLI, R., “«Colpa» in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare” en *Diritto penale e Processo*, n. 9, 2010, pp. 1047 a 1053.

³⁷⁷ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 321 y ss.; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., pp. 374 y ss.; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., p. 171.

³⁷⁸ El art. 584 CP tipifica, bajo la denominación de homicidio preterintencional, la causación de la muerte de una persona –como resultado no querido- a través de acciones dirigidas a lesionarla o a golpearla.

³⁷⁹ La Ley de 22 de mayo de 1978, n. 194, introdujo en su art. 18, párrafo segundo, el supuesto de aborto preterintencional, como interrupción del embarazo a consecuencia de acciones dirigidas a causar lesiones a la mujer.

³⁸⁰ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 299; SPENA, A., “Reati contro la famiglia”, cit., p. 374; POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., pp. 170 y 171. Se apunta, a este respecto, que para la subsistencia del nexo de causalidad no es necesario que los malos tratos constituyan causa única de los resultados más graves, encontrando aplicación el primer párrafo del art. 41 CPi, según el cual el concurso de causas preexistentes, simultáneas o sobrevenidas, no excluyen la relación causal entre la acción u omisión y el resultado. Así, afirman, entre las causas preexistentes deben entenderse comprendidas, también, los eventuales estados patológicos de la víctima que, unidos al comportamiento del sujeto activo, hayan contribuido a la causación del resultado o hayan acelerado el momento de su producción.

elementos que configuran el delito preterintencional concurren en el tipo del art. 572 CPi, párrafo segundo:

- a) En primer lugar, en cuanto a su estructura, coinciden en que los resultados ulteriores -en este caso, lesiones o muerte- deben derivar de una conducta dirigida a ocasionar un resultado diverso y menos grave, mientras que dicho resultado no debe ser querido, ni siquiera a título de dolo eventual -o, de lo contrario, daría lugar a la aplicación de los correspondientes tipos dolosos-.
- b) En segundo lugar, como señala COPPI³⁸¹, el delito preterintencional depende no solo de la existencia de un resultado más grave ajeno a la voluntad del sujeto activo, sino también de “la coexistencia, al lado de la norma que configura el -presunto- delito preterintencional, de otra norma que prevea un específico tipo delictivo para los casos en los que el resultado subsiguiente haya sido querido”. Esta duplicidad de previsiones también existe en el caso de malos tratos seguidos de lesiones o muerte dolosas del sujeto pasivo.
- c) En tercer lugar, la pena fijada para el delito preterintencional debe ser menor que aquella prevista para el caso de que las lesiones o la muerte sean dolosas. Este último requisito se cumple, igualmente, en el delito del art. 572 CPi, segundo párrafo³⁸².

³⁸¹ COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 322.

³⁸² COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 323.

3.8.2.1.2. *El art. 572 CPi, párrafo segundo, como delito cualificado por el resultado*

Otros autores sostienen que el párrafo segundo del art. 572 CP configura un delito cualificado por el resultado³⁸³, esto es, un delito que sufre un aumento de pena por la verificación de un resultado ulterior respecto a un hecho base, constitutivo ya de delito³⁸⁴. Dentro de los delitos agravados por el resultado se distinguen, fundamentalmente, dos grupos³⁸⁵:

1) Aquellos en los que resulta indiferente que el resultado posterior sea querido o no;

2) Aquellos en los que tal resultado debe ser necesariamente no querido, pues de otro modo sería de aplicación la figura dolosa. A esta última clase de delitos agravados por el resultado pertenecería el delito tipificado en el segundo párrafo del art. 572 Cpi.

Los defensores de esta postura reconocen que, en realidad, la categoría de los delitos agravados por el resultado necesariamente no querido presentan una estructura idéntica a la del delito

³⁸³ MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 411; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 223; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 689; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 337; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 349; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 206.

³⁸⁴ FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 688.

³⁸⁵ PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 223; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 397; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 689; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 206.

preterintencional³⁸⁶. Por tanto, la cuestión se centra, nuevamente, en la discusión acerca de la naturaleza del título de imputación del resultado más grave no querido, es decir, si este debe imputársele al sujeto a título de culpa o de mera responsabilidad objetiva y, lo mismo que en relación con la preterintencionalidad, la Doctrina no es unánime al respecto³⁸⁷.

3.9. LA PENA

La reforma operada por la Ley n. 179, de 1 de octubre de 2012, endureció las penas previstas para casi todos los supuestos recogidos en el art. 572 CPi.

El delito de *maltrattamenti* -párrafo primero del art. 572 CPi-, que, hasta 2012, tenía aparejada una pena de prisión de uno a cinco años, ha visto aumentado dicho marco penal al de dos a seis años de prisión.

En cuanto al segundo párrafo del art. 572 CPi, el Legislador de 2012 estableció una respuesta punitiva más severa para dos de los tres supuestos que en el mismo se recogen. Así, si de los malos tratos deriva una lesión

³⁸⁶ PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 223; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 350; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 207.

³⁸⁷ Por un lado, nos encontramos con aquellos autores que entienden que el resultado ulterior no querido se le imputa al sujeto agente sobre la base de la mera relación de causalidad. Así, MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., p. 411; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 223; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 651. Por otro, quienes consideran que, al igual que en el caso de la preterintencionalidad, el resultado más grave no querido debe perderle ser imputado al sujeto activo a título de culpa (PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 349 y 350; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 207).

grave, la pena a imponer ya no será la de prisión de cuatro a ocho años, sino de cuatro a nueve, mientras que si el resultado es la muerte del sujeto pasivo, la pena pasa de ser la de prisión de doce a veinte años a la de prisión de doce a veinticuatro años. Por su parte, si el resultado finalmente producido es el de lesiones gravísimas, la pena no ha sufrido ninguna modificación y continúa siendo la de prisión de siete a quince años.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

El delito de malos tratos entre cónyuges aparece por primera vez en el Ordenamiento penal italiano, entre los delitos contra el orden de la familia, con el Código penal sardo de 1839 y se mantiene, con una redacción prácticamente idéntica y la misma ubicación sistemática, en el Código sardo-italiano de 1859. Sin embargo, tales preceptos tenían más un valor simbólico, pues solo podían aplicarse cuando los actos a través de los cuales se ejerciera el maltrato no fueran constitutivos de otros delitos más graves y, únicamente, a instancia de parte.

II

La entrada en vigor del *Codice Zanardelli* de 1889 supuso un punto de inflexión en la protección frente al maltrato familiar y en la evolución legislativa del delito, introduciendo una regulación de los malos tratos muy avanzada para la época; tanto es así que aquel nuevo tipo penal, ubicado, esta vez, entre los delitos de lesiones, presentaba ya numerosos puntos en común con el actualmente vigente en el Código penal español. El nuevo Código amplió el círculo de posibles sujetos pasivos para incluir a cualquier miembro de la familia del sujeto activo, así como a todo menor de doce años, aunque careciera de vinculación, de hecho o de derecho, con el autor. Además, la introducción de la cláusula *salvi sempre i casi di reati più gravi*, fue interpretada como la confirmación por parte del Legislador penal de la tesis que propugnaba que los actos a través de los cuales se ejecutara la conducta típica podían ser, a su vez, constitutivos de delitos autónomos.

III

Al actual delito de malos tratos dedicó el *Codice Rocco* de 1930 su art. 572, que lo situó, nuevamente, en el Título relativo a los delitos contra la familia. La redacción del precepto permaneció inalterada hasta las recientes reformas de 2012 y 2013, motivadas por la necesidad de adaptar la norma objeto de estudio a las exigencias derivadas del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote, el 25 de octubre de 2007, y ratificado por Italia.

Pese a la ubicación sistemática del art. 572 CPi, la postura que sostiene que el bien jurídico protegido es la familia, como ente con intereses distintos al de cada uno de sus miembros es, actualmente, minoritaria. Fundamentalmente tras la entrada en vigor de la Constitución Republicana de 1948, se impuso la tesis según la cual la familia no puede erigirse en una entidad merecedora de protección penal distinta de la otorgada a las personas que la componen. Partiendo de esta idea, la búsqueda del bien jurídico protegido por parte de la Doctrina se ha centrado en diversos intereses de carácter personalísimo y, aunque no hay una opinión unánime al respecto, existe acuerdo en afirmar que el delito objeto de estudio posee un injusto propio y diferenciado del que pudiera derivarse de los singulares actos que integren la conducta típica, relacionado con la lesión de la dignidad humana, poniéndose, así, de manifiesto, la analogía que existe entre el precepto italiano y nuestro art. 173.2 CP.

IV

El círculo de posibles sujetos pasivos del delito del art. 572 CPi se extiende, como sucede con el art. 173.2 CP, más allá del estricto ámbito familiar, comprendiendo: a) a cualquier persona de la familia del sujeto activo o con él conviva; b) a toda persona sometida a su autoridad o a él

confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o un arte. El principal problema que se plantea a este respecto es la interpretación de la noción “familia”, aunque, actualmente se ha impuesto en la Doctrina y en la Jurisprudencia una concepción de la familia como estado de hecho, incluso de los supuestos de convivencia *more uxorio* y de las relaciones sentimentales sin convivencia.

La Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, *de ratificación e implementación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, eliminó, paradójicamente, de entre las categorías de sujetos pasivos, la que incluía a todo niño menor de catorce años, con independencia de su relación el autor. Esta categoría, introducida por el *Codice Zanardelli* de 1889, había sido mantenida, con el beneplácito de la Doctrina, por el *Codice Rocco* de 1930, aunque la edad del menor se había elevado de los doce a los catorce años. Actualmente, la circunstancia de que el sujeto pasivo sea un menor de catorce años constituye, únicamente, un supuesto de agravación.

V

La conducta típica del delito del art. 572 CPi consiste en “maltratar”, por lo que se incluye en la categoría de *i reati a condotta plurima*; esto es, aquellos que requieren de una pluralidad de actos para su ejecución. Tales actos, podrán, a su vez, ser típicos a los efectos de otros delitos distintos o carecer de relevancia penal autónoma, característica que le atribuye la naturaleza de *reato abituale proprio*. No obstante, y aunque es esta la tesis mayoritaria, algunos autores lo consideran un delito permanente, concebido como la instauración y el mantenimiento de “un estado antijurídico”.

La Doctrina y la Jurisprudencia entienden, de forma unánime, que los actos de maltrato no se limitan a aquellos de carácter propiamente físico, sino, también, a los susceptibles de provocar sufrimientos psíquicos en el sujeto pasivo, lo que coincide con la configuración de la conducta típica de nuestro delito 173.2 CP, consistente en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica. Por otro lado, según la opinión doctrinal dominante, en la conducta “maltratar” son subsumibles, también, los comportamientos omisivos, tales como la desatención de las necesidades básicas del sujeto pasivo, la privación de alimentos, medicamentos, ropa, etc. Esta es, asimismo, la postura acogida por la *Corte di Cassazione*.

Puesto que los singulares actos a través de los cuales se ejerce el maltrato pueden ser constitutivos de otras figuras delictivas autónomas y el tipo penal italiano no prevé, a diferencia del español, una cláusula concursal expresa, la Doctrina se plantea el problema de determinar qué actos resultan absorbidos por el desvalor propio del delito de malos tratos y cuáles, por el contrario, deben entrar en concurso con aquel. De forma mayoritaria se considera que deben quedar consumidos aquellos delitos cuya pena sea inferior a la del art. 572 CPi, entrando en concurso aquellos más severamente penados.

Especial atención merecen aquellos supuestos en los que los actos singulares de maltrato den lugar a lesiones o a la muerte del sujeto pasivo, por la existencia del párrafo segundo en el art. 572 CPi, que establece una serie de agravaciones a la pena cuando del hecho deriven lesiones graves o gravísimas o la muerte del sujeto pasivo. Tales resultados no deben haber sido queridos por el sujeto activo, pues, de ser dolosos, el delito de malos tratos entrará en concurso con los respectivos delitos de lesiones u homicidio dolosos. Por tanto, la Doctrina discute, por un lado, si el segundo párrafo del art. 572 CPi es un supuesto de delito preterintencional o un

delito agravado por el resultado y, por otro, el título de imputación –culpa o mera responsabilidad objetiva- de los resultados no queridos por el agente.

VI

En relación con el elemento subjetivo del delito del art. 572 CPi, la Doctrina científica y la Jurisprudencia mantienen posturas enfrentadas. Así, mientras esta última considera que debe exigirse la concurrencia en el sujeto activo de lo que se ha dado en denominar un “dolo programático”, es decir, la voluntad programada de maltratar preexistente al primer acto de maltrato, aquella sostiene que es suficiente con que el sujeto entienda el significado que sus acciones adquieren con la reiteración y que, finalmente, se represente el específico desvalor derivado de la habitualidad en su conducta.

VII

Pese a que el tipo penal no lo configura expresamente, el delito de malos tratos del art. 572 CPi se considera, por la Doctrina mayoritaria y por la Jurisprudencia, un delito de resultado. A estos efectos, se entiende que el resultado típico del delito consiste en la creación de una situación o estado de sufrimiento al que se somete al sujeto pasivo. Ello conduce a plantear la cuestión de la *omissione impropria*, que es generalmente admitida en los supuestos de tolerancia, por parte de quien estuviera obligado a impedirlo, de la causación habitual de sufrimientos físicos y/o psíquicos a la víctima por parte de terceros.

La consumación tendrá lugar cuando se hayan realizado una serie de actos que se consideren suficientes para acreditar la instauración de tal estado. No obstante, no existe una postura unánime en relación con la

admisibilidad de la tentativa, lo que constituye el reflejo del más amplio debate acerca de la compatibilidad de las formas imperfectas de ejecución y la figura del delito habitual.

CONCLUSIONI PROVVISORIE

I

Il delitto di maltrattamenti tra i coniugi appare per la prima volta nell'ordinamento penale italiano, tra i delitti contro l'ordine familiare, con il Codice penale sardo del 1839; per poi venire riproposto - con un testo praticamente identico e la medesima collocazione sistematica - nel Codice sardo-italiano nel 1859. Ad ogni modo, tali fattispecie avevano più che altro un valore simbolico, trovando applicazione unicamente ove le condotte nelle quali si sostanziasse il maltrattamento non fossero costitutive di altri delitti più gravi, ed erano inoltre perseguibili solo in presenza di una querela di parte.

II

L'entrata in vigore del Codice Zanardelli del 1889 comportò una svolta per la tutela delle vittime di maltrattamento familiare, e altresì per l'evoluzione legislativa del delitto *de quo*, introducendo una normativa sui maltrattamenti molto avanzata per l'epoca; con un carattere innovativo così marcato che quella nuova previsione incriminatrice, collocata questa volta tra i delitti di lesioni, presentava già numerosi punti in comune con la fattispecie criminosa spagnola attualmente vigente. Il primo Codice penale italiano successivo all'unità ampliò il novero dei possibili soggetti passivi a qualunque membro della famiglia del soggetto attivo, e altresì a qualunque minore infradodicesimo, a prescindere dalla sussistenza di un legame, di fatto o di diritto, con l'autore. In aggiunta, l'introduzione della clausola "salvi sempre i casi di reati più gravi" fu interpretata come l'adesione, da parte del Legislatore, alla tesi che sosteneva come gli atti originanti la

condotta tipizzata potessero essere, a loro volta, condotte costitutive di delitti autonomi.

III

Al delitto di maltrattamenti attualmente vigente il Codice Rocco del 1930 dedicò l'art. 572, situato nuovamente nel titolo relativo ai delitti contro la famiglia. Il testo della norma è rimasto inalterato fino ai recenti interventi del 2012 e del 2013, motivati dalla necessità di adattare la norma in esame alle obbligazioni scaturenti dalla Convenzione per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale del Consiglio d'Europa, siglata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, e ratificata dall'Italia.

Malgrado la collocazione sistematica dell'art. 572 CPi, l'orientamento che sostiene che il bene giuridico tutelato sia la famiglia, come entità dotata di interessi distinti da quelli dei suoi singoli membri, è al momento senz'altro minoritario. Fondamentalmente, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948, si è affermata la tesi secondo la quale la famiglia non possa ergersi ad entità meritevole di una tutela penale distinta da quella accordata alle singole persone che la compongono. Partendo da tale assunto, la ricerca del bene giuridico salvaguardato da parte della Dottrina si è indirizzata essenzialmente su diversi interessi di carattere 'personalissimo' e, pur non essendosi raggiunta una opinione unanime al riguardo, vi è accordo nell'affermare che il delitto *de quo* sia caratterizzato da un'antigiuridicità propria, e differenziata da quella delle singole condotte che nel loro insieme integrano la condotta tipica; tale antigiuridicità si sostanzierebbe nella lesione della dignità umana, rivelandosi così in modo manifesto l'analogia esistente tra la norma incriminatrice italiana e il nostro art. 173.2 CP.

IV

L'ambito dei possibili soggetti passivi del delitto di cui all'art. 572 CPi si estende, in analogia col disposto dell'art. 173.2 CP, ben al di là della cerchia familiare, comprendendo: a) qualunque persona della famiglia del soggetto attivo, o che con egli conviva; b) ogni persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. La più rilevante criticità che emerge al riguardo è l'esegesi della nozione di "famiglia", pur se attualmente si è affermata in Dottrina e in Giurisprudenza la tesi per cui la famiglia andrebbe intesa come stato di fatto, estendendosi perciò la stessa anche alle convivenze *more uxorio* e finanche alle relazioni sentimentali senza convivenza.

La legge n. 172, del 1 ottobre 2012, di ratifica e implementazione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, ha paradossalmente eliminato, dalle categorie di soggetti passivi, quella dei minori infraquattordicenni -privi di legami con l'autore-. Tale categoria, introdotta dal Codice Zanardelli del 1889, era stata mantenuta - con il beneplacito della Dottrina - altresì nel Codice Rocco del 1930, pur elevandosi la soglia d'età rilevante dai dodici ai quattordici anni. Attualmente, pertanto, la circostanza che il soggetto passiva sia un minore infraquattordicenne rileva unicamente come circostanza aggravante.

V

La condotta tipica del delitto dell'art. 572 CPi consiste nel "maltrattare", e all'evidenza la suddetta incriminazione rientra tra i reati a condotta plurima, cioè quelli che richiedono una pluralità di condotte ai fine della loro consumazione. Tali condotte potranno, a loro volta, integrare di

per sé i requisiti di altri delitti contemplati dall'ordinamento, oppure difettare di rilevanza penale autonoma, evenienza in presenza della quale in letteratura si attribuisce loro la natura di "reato abituale proprio". Ciò nonostante, e malgrado quella suesposta sia senz'altro la tesi maggioritaria, alcuni autori qualificano il reato *de quo* quale delitto permanente, riferendosi con ciò alla instaurazione ed al mantenimento di uno "stato antiggiuridico"

La Dottrina e la Giurisprudenza sono poi pienamente concordi nel sostenere che gli atti di maltrattamento non si limitino solo a quelli di carattere fisico in senso stretto, bensì comprendano pure quelli suscettibili di cagionare sofferenze psichiche nel soggetto passivo, con ciò coincidendo il reato italiano con la configurazione di quello spagnolo -posto che l'art. 173.2 incrimina l'esercizio abituale di "violenza fisica o psichica"-. Seguendo l'opinione dottrinale dominante, d'altro canto, nell'ambito delle condotte tipizzate con l'espressione "maltrattare" vanno fatti rientrare, altresì, i comportamenti omissivi, quali ad esempio il non assicurare la soddisfazione delle necessità essenziali del soggetto passivo, la privazione di alimenti, farmaci, vestiti, ecc.. Questa è, inoltre, la posizione accolta dalla Corte di Cassazione.

Atteso che le singole condotte nelle quali si sostanzia il maltrattamento possono altresì integrare i requisiti di altre figure delittuose autonome e la fattispecie italiana non prevede, a differenza di quella spagnola, una clausola di concorso espressa, la Dottrina si è posta il problema di determinare quali delitti sia congruo ritenere assorbiti nel disvalore proprio del delitto *de quo*, e quali invece, al contrario, debbano concorrere con quest'ultimo. Sul punto, secondo l'opinione maggioritaria dovrebbe sancirsi l'assorbimento di quei delitti la cui pena sia inferiore a quella dell'art. 572 CPi, entrando in concorso quelli più severamente sanzionati.

Meritano una speciale attenzione quelle ipotesi nelle quali le singole condotte di maltrattamento provochino le lesioni o la morte del soggetto passivo, per l'esistenza del secondo comma dell'art. 572 CPi, il quale prevede una serie di aggravamenti di pena ove dal fatto derivino lesioni gravi / gravissime oppure la morte del soggetto passivo. Tali eventi non devono essere stati voluti dal soggetto attivo, in quanto ove fossero dolosi il delitto di maltrattamenti concorrerebbe rispettivamente con i delitti di lesioni o omicidio dolosi. All'uopo, da un lato è dibattuto in dottrina se il secondo comma dell'art. 572 CPi configuri una ipotesi di reato preterintenzionale oppure di reato aggravato dall'evento, mentre dall'altro si discute su quale debba essere il titolo di imputazione - colpa o mera responsabilità oggettiva - degli eventi ulteriori non voluti dall'agente.

VI

Passando poi all'analisi dell'elemento soggettivo dell'incriminazione *ex art. 572 CPi*, Dottrina e Giurisprudenza caldeggiano al riguardo opinioni contrapposte. Mentre difatti quest'ultima richiede che vi sia, in capo al soggetto attivo, un "dolo programmatico", cioè la volontà pianificata di maltrattare preesistente alla prima condotta di maltrattamento, in letteratura invece si ritiene sufficiente che il soggetto sia consapevole del significato che le sue azioni acquisiscono con la reiterazione e che, inoltre, si rappresenti il peculiare disvalore derivante dall'abitudine della sua condotta.

VII

Malgrado dalla formulazione letterale della fattispecie penale ciò non si desuma in modo diretto, il delitto di maltrattamenti di cui all'art. 572 CPi è qualificato, da parte della dottrina maggioritaria e ad opera della giurisprudenza, quale reato di evento. A tal effetto, si ritiene che l'evento

tipico di tale figura criminosa si identifichi nella creazione di una situazione o di uno stato di sofferenza al quale si sottometta il soggetto passivo. Ciò induce a porsi la questione problematica della configurabilità della "omissione impropria", che è generalmente ammessa nelle ipotesi di tolleranza, da parte delle persone gravate dall'obbligo di impedirla, dell'inflizione abituale di sofferenze fisiche e/o psichiche alla vittima per mano di terzi.

La consumazione avrà quindi luogo nel momento in cui siano state realizzate una serie di condotte sufficienti a determinare l'instaurazione di una tale condizione. In ogni caso, non è pacifica l'ammissibilità del tentativo, riflettendosi in ciò il più ampio dibattito concernente la compatibilità tra le forme 'imperfette' di manifestazione del reato e la figura del delitto abituale.

CAPÍTULO III: TIPICIDAD OBJETIVA

1. EL DELITO ESPECIAL PROPIO DEL ART. 173.2 CP: LAS ESPECÍFICAS RELACIONES CONTEMPLADAS EN EL TIPO COMO *RATIO* DE LA INTERVENCIÓN PENAL

El art. 173.2 CP contiene un delito especial, pues los sujetos activos y pasivos del mismo se ven limitados a aquellas personas que se encuentren unidas por alguna de las relaciones específicamente previstas en el tipo. Se trata, más concretamente, de un delito especial propio³⁸⁸, por no existir en nuestro Código penal una figura delictiva paralela que pueda cometerse

³⁸⁸ En este sentido, GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, en DÍEZ RIPOLLÉS J. L., y GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. I, Valencia, 1997, pp. 446 y 447; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales” en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), *Addenda al curso de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 1999, p. 14; MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 79; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 49 y 50; pp. 446 y 447; ACALE SÁNCHEZ M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 149; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 192; PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, M., “Artículo 173” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2015, pp. 418 y 419; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 2004, p. 257. En contra, DEL ROSAL BLASCO, B., “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar”, en LATORRE LATORRE, V. (Coord.), *Mujer y Derecho Penal*, Valencia, 1995, p. 162, quien apuntaba, en relación con el art. 425 del antiguo Texto Refundido de Código penal de 1973, su condición de delito especial impropio “en la medida en que la condición del sujeto activo fundamenta una punición distinta pero dentro del mismo tipo de injusto que el de los párrafos primero y segundo del artículo 582” –es decir, de las faltas de lesiones y de maltrato de obra-. El mismo autor, en referencia ya al actual art. 173.2 CP, afirma que nos encontramos ante una figura cuya naturaleza es la de ser una especie agravada de los tipos de lesiones y de malos tratos de obra (DEL ROSAL BLASCO B., “El delito de violencia doméstica (art. 173, núms. 2 y 3)”, cit., p. 199. También entienden que el delito objeto de estudio es un delito especial impropio, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 248 y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Art. 173”, cit., p. 1211, quien señala que, de no confluir en el sujeto activo los requisitos típicos, los hechos podrían ser a lo sumo calificados como delito leve de malos tratos del art. 147.3 o de injuria o vejación injusta de carácter leve del art. 173.4.

por cualquiera³⁸⁹. En efecto, siendo elemento constitutivo de la conducta típica la habitualidad en el ejercicio de las violencias, si no concurren en el sujeto activo las condiciones exigidas en el art. 173.2 CP, tal y como afirma GARCÍA ARÁN³⁹⁰, “no existe un tipo paralelo (de violencia habitual) con sujeto indeterminado al que remitirse”. De este modo, la realización de dicho comportamiento por un sujeto no cualificado, deberá ser castigada conforme a los concretos tipos penales infringidos en concurso de delitos³⁹¹. Es preciso recordar, además, que el art. 74.3 CP excluye la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en relación con las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, por lo que, excepto en relación con estos supuestos, no podremos acudir a la figura del delito continuado para tener en cuenta la reiteración de las acciones violentas.

Las concretas relaciones que deben existir entre los sujetos del delito de maltrato habitual constituyen uno de los elementos más característicos de esta figura delictiva y, a mi juicio, el punto de partida para analizar su contenido. Así, desde su introducción por primera vez en nuestro Código penal en el año 1989, este delito ha tenido por objeto la protección de una serie de personas unidas al agresor por determinados vínculos. Este círculo de posibles sujetos pasivos se ha visto ampliado, según ya tuve ocasión de señalar en otra parte de esta investigación³⁹², en cada una de las sucesivas reformas del delito de malos tratos; reformas que han terminado por incluir

³⁸⁹A juicio de OLMEDO CARDENETE, “para calificar un delito especial como impropio es necesaria la presencia de un tipo común básico aplicable que *únicamente* difiera del tipo especial en cuanto al círculo de sujetos”, lo que no sucede en el delito de violencia habitual. (OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 49 y 50).

³⁹⁰ GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 257.

³⁹¹ GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 257.

³⁹² Véase *supra* epígrafe 1.2.1. del Capítulo Primero de la presente investigación.

en el tipo todo un elenco de relaciones, que van desde las familiares, hasta las meramente afectivas, pasando por las convivenciales o las tutelares y semejantes. Sin embargo, al analizar el catálogo de las relaciones recogidas en el tipo en estudio encontramos una nota común a todas ellas: la situación de especial vulnerabilidad que, por unas u otras razones –afectivas, psicológicas, económicas, de dependencia física, etc.- limita seriamente, cuando no impide, la capacidad del sujeto pasivo de escapar de la violencia que padece, es decir, su capacidad de autoprotección³⁹³. Así, las continuas ampliaciones del ámbito de sujetos pasivos reflejan la voluntad del Legislador de intervenir penalmente en el ámbito de aquellas relaciones que puedan ser aprovechadas por un sujeto para someter a otro mediante el ejercicio habitual de violencia -con la consiguiente lesión del bien jurídico protegido, tal y como ha sido definido en este trabajo-³⁹⁴. Esta idea ya fue apuntada al hilo del análisis crítico de de la configuración de la paz familiar como el bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP³⁹⁵. Sin embargo, puesto que entiendo que es esta, precisamente, la *ratio legis* de esta compleja figura y que dicha *ratio legis* debe guiar la interpretación del ámbito de los sujetos del delito, considero necesario traerla a colación, nuevamente, en esta sede.

³⁹³ Así lo reconocía DEL ROSAL BLASCO, ya en relación con el derogado art. 425 del TRCP de 1973, al hablar de “la vulnerabilidad que, en tales singulares ambientes de relación, presentan dichos bienes jurídicos, porque suelen mediar relaciones de superioridad y dependencia afectiva o psicológica y económica entre el agredido y el agresor, lo cual dificulta o anula la capacidad defensiva (mental o física) de la víctima o su capacidad de buscar medios con los que evadirse o ponerse a salvo de tales ataques” (DEL ROSAL BLASCO, B., “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar”, cit., p. 159).

³⁹⁴ En este mismo sentido, afirma CAMPOS CRISTOBAL, R. que “es la especial relación de subordinación o de dependencia (...) creada entre el autor y la víctima a partir del vínculo que les une (...) la que coloca a la víctima en una situación de mayor indefensión respecto del agresor y la que genera por parte del legislador un mayor reproche” (CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, cit., p. 23).

³⁹⁵ Véase *supra* epígrafe 2.2. del Capítulo Primero de esta investigación.

Ya en el año 1965, con gran lucidez, afirmaba MANTOVANI³⁹⁶, en relación con el delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi* tipificado en el art 572 CPi, que “son concretamente posibles malos tratos en cuanto exista entre reo y víctima una *concreta relación de supremacía-sujeción*”³⁹⁷. Es el autor italiano quien, a mi modo de ver, ha expuesto de forma más nítida y acertada el fundamento de esta figura delictiva, apuntando como “presupuesto implícito” de la misma la citada posición de sujeción del sujeto pasivo, que constituye el denominador común a todos los supuestos previstos en la norma y de la cual la actividad del reo se presenta como un persistente abuso³⁹⁸. Ello supone una reducción de la capacidad de reacción y de defensa del sujeto pasivo, por lo que define los malos tratos como la “explotación de una situación de sujeción”³⁹⁹. En efecto, una conducta como la descrita en el tipo, cuya nota fundamental y definitoria es la habitualidad⁴⁰⁰, solo se concibe en el seno de determinadas relaciones que, por sus características, pueden colocar a un sujeto en un estado de sometimiento a una voluntad ajena⁴⁰¹. Partiendo de esta premisa, pasaré a

³⁹⁶ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in familia*, cit., p. 247.

³⁹⁷ En cursiva en el original.

³⁹⁸ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in familia*, cit., pp. 246 y 247.

³⁹⁹ MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in familia*, cit., p. 247. También en nuestra Doctrina se ha expresado esta idea como fundamento del delito contenido en el art. 173.2 CP. Así, MUÑOZ SÁNCHEZ J. afirma que “lo determinante es la relación de dominio y de poder que la relación proporciona y que deja a la víctima en situación de indefensión” (MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 79) y GARCÍA ARÁN habla de “prevalimiento de la situación de dependencia de la víctima respecto del sujeto activo” (GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., pp. 259).

⁴⁰⁰ Sobre el concepto de habitualidad, véase *infra* epígrafe 2.3.1. del Capítulo Tercero de esta investigación.

⁴⁰¹ Es lo que BARTOLI denomina “delitos relacionales”, esto es, aquellos que tienen lugar en un contexto relacional intersubjetivo. A esta categoría de delitos, según el citado autor, pertenecen las conductas constitutivas de *mobbing* y de malos tratos en el ámbito familiar, en los que “la relación crea una suerte de pequeño mundo dentro del cual los comportamientos (*rectius*, la reiteración de los comportamientos) tiende a asumir un valor/desvalor del todo peculiar”. Entiende BARTOLI, que el tipo delictivo del 572 CPi (*maltrattamenti contro familiari e conviventi*) è orientata proprio alla tutela della persona

analizar los distintos grupos de sujetos pasivos previstos en el tipo contenido el art. 173.2 CP. Para individualizar las diversas categorías de sujetos seguiré el criterio utilizado por GARCÍA ARÁN⁴⁰², esto es, el uso por el Legislador de la expresión “o sobre...”, lo que conduce a identificar las que a continuación se describen.

1.1. CÓNYUGE, EXCÓNYUGE O PERSONA QUE ESTÉ O HAYA ESTADO LIGADA AL SUJETO ACTIVO POR ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD AUN SIN CONVIVENCIA

Con carácter previo, y antes de entrar a analizar las cuestiones más relevantes que se plantean respecto de este grupo de personas, conviene destacar que el art. 173. 2 CP no contempla ninguna diferencia de pena en atención al sexo de los sujetos activos o pasivos. Por tanto, el delito de malos tratos habituales no es un delito de los comúnmente denominados “de género”, por prever una reacción punitiva más severa para el caso de que el sujeto pasivo sea o haya sido esposa o mujer que mantenga o haya mantenido una relación de pareja con el agresor, y debe quedar al margen de las dudas de constitucionalidad que planean sobre los preceptos

“debole” all’interno di particolari dinamiche relazionali, in cui, mentre il singolo episodio illecito, come anche lecito, non esprime di per sé disvalore, al contrario la ripetizione del comportamento finisce per creare un clima di vita umiliante e vessatorio che può pregiudicare la stessa personalità della vittima dei maltrattamenti (BARTOLI, R., “Mobbing e diritto penale”, cit., pp. 85 a 94).

⁴⁰² GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., pp. 257 y 258.

afectados por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁰³.

En relación con esta primera categoría de sujetos pasivos del art. 173.2 CP, los principales interrogantes surgen en torno al concepto de análoga relación de afectividad a la matrimonial. Ya la LO 1989, de 21 de junio, que introdujo por primera vez el delito de violencia habitual en nuestro Derecho penal, incluía, entre los sujetos protegidos, no solo al cónyuge, sino también a la persona unida al sujeto activo por una relación de afectividad análoga. Esta expresión generó, desde el principio, serias dudas interpretativas que demandaban el establecimiento de los criterios a los que se debía atender para calificar una determinada relación como tal.

En el transcurso de estos años, muchas han sido las voces que se han elevado en la Doctrina para tachar de poco acertada la elección de la expresión “análoga relación de afectividad”. Así, se advierte, en este sentido, que ni siquiera es posible afirmar que en toda relación conyugal exista afectividad⁴⁰⁴. Sin embargo, no creo que el Legislador penal haya pretendido hacer referencia al mundo de los afectos o de la afectividad; afectividad que, por otro lado, tal y como he indicado más arriba, no es, ni mucho menos, la única causa que puede colocar a un sujeto en una situación de sujeción⁴⁰⁵. Más bien, entiendo que debe interpretarse tal expresión en el

⁴⁰³ En relación con estas cuestiones, véase, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., pp. 489 a 528.

⁴⁰⁴ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 194; MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 81; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 28.

⁴⁰⁵ En sentido contrario, el Tribunal Supremo ha entendido que el Legislador pretende poner el acento en la existencia de afectividad entre las partes y que la analogía con la relación matrimonial debe fundarse en este nota. Así, habla de “situaciones de afectividad análoga a la existente entre los cónyuges, aun en los casos en los que no exista

sentido de la intención recíproca y sostenida de estar unidos en matrimonio, que expresa una voluntad de duración y de continuidad. Este sería el concepto y contenido de la denominada *affectio maritalis*, elemento anímico o espiritual exigido para la existencia del matrimonio legítimo en el Derecho Romano clásico. La *affectio maritalis* era el consentimiento, la voluntad de mantener el vínculo conyugal, que, además, debía ser continuo y no solamente inicial, pues el divorcio tenía lugar por la simple cesación de dicha voluntad en cualquiera de los cónyuges. Este elemento del matrimonio nada tenía que ver con la existencia de afecto entre los esposos, en el sentido de un sentimiento de amor o cariño recíprocos. Ello, trasladado al concepto de “análoga relación de afectividad a la matrimonial”, haría alusión a la voluntad de dos personas de permanecer unidas por una relación de pareja, por una relación íntima que implica una vinculación personal y que se caracteriza por la existencia de una cierta vocación de permanencia –que no proyecto de vida en común- y de compromiso⁴⁰⁶. Con todo, y a pesar de que el delito ha sido reformado en varias ocasiones, esta expresión no ha sido modificada⁴⁰⁷. No obstante, dejando de lado las posibles imprecisiones en la terminología utilizada, entiendo que la introducción de esta categoría de sujetos pasivos del delito era

convivencia entre ellos” y de “el marco de relaciones análogas en su afectividad a las de los cónyuges” (STS 417/2004, de 29 de marzo) y afirma que “el grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto en la existencia de un proyecto de vida en común (...) como precisamente por la comprobación de que comparte con aquel la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento” (STS 1376/2011, de 23 de diciembre).

⁴⁰⁶ Véase, en profundidad, NUÑEZ PAZ, M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, pp. 55 a 76 y 100 a 118.

⁴⁰⁷ Véase, a este respecto, la redacción del tipo penal propuesta por MORILLAS CUEVA (MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, en *Encuentros “Violencia doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 227 a 279), quien aboga por la sustitución del término “análoga relación de afectividad” por el de “relación estable de pareja”. En mi opinión, en la práctica, tampoco este último término vendría a solucionar las dudas acerca del tipo de relaciones pareja que deben incluirse en el tipo penal y las incertidumbres surgirían nuevamente al tratar de definir qué se debe entender por “relación estable de pareja”.

imprescindible y obedecía a la necesidad de otorgar protección no solamente a las parejas unidas por matrimonio, sino también a aquellas que se encontraran unidas por vínculos que, de hecho, y en lo que aquí interesa, son idénticos a los que existen entre cónyuges a los efectos de limitar la capacidad de defensa del sujeto pasivo⁴⁰⁸. Se trata, en palabras de GRACIA MARTÍN⁴⁰⁹, de “una equiparación *legal* de situaciones materialmente idénticas”.

El Legislador penal de 1995 trató de acotar esta categoría de sujetos pasivos y positivizó una característica que debía concurrir en la relación de afectividad para ser reconocida como análoga a la matrimonial: la estabilidad⁴¹⁰. A partir de este momento, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia entendieron, de forma unánime, que para que una relación fuera estable y análoga a la conyugal era indispensable la existencia de convivencia⁴¹¹.

La reforma al art. 153 CP operada por la Ley 14/1999, de 9 de junio, afectó, de nuevo, a este grupo de sujetos pasivos del delito de violencia

⁴⁰⁸ En este sentido, afirman GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 55, que lo importante es la relación fáctica de dependencia.

⁴⁰⁹ GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 436.

⁴¹⁰ La literalidad del art. 153 del Código penal de 1995 rezaba: “persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad”.

⁴¹¹ Véanse, GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., pp. 432, 436 y 437; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 174; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 153; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 55; DEL ROSAL BLASCO, B., “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar”, cit., p. 161; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 253. Véase, en cuanto a la posición mantenida por la Jurisprudencia, la STS 659/1995, de 11 de mayo, en la que el Tribunal Supremo afirma que solo cabe entender por relación de afectividad análoga a la matrimonial “la existente entre personas de distinto sexo que, sin haber contraído matrimonio, convivan de hecho *more uxorio*, lo que se conoce como parejas o uniones de hecho”.

habitual, incluyendo a los excónyuges o excompañeros sentimentales. En este sentido, comparto plenamente la opinión de OLMEDO CARDENETE⁴¹², quien afirma que “la comprobación de que en muchas ocasiones los episodios de violencia se agudizan durante los periodos en los que se produce una ruptura de la relación, ha conducido al legislador con buen criterio a incrementar el ámbito de aplicación de este delito”. Sin embargo, con la inclusión de las exparejas, el Legislador penal puso de manifiesto que la convivencia no era un requisito indispensable para la aplicación de esta figura delictiva, contradiciendo, así, el criterio defendido por Doctrina y Jurisprudencia⁴¹³. A pesar de todo, algunos autores continuaron exigiendo, en vía interpretativa, que entre los sujetos del delito mediara una relación de convivencia⁴¹⁴.

⁴¹² OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 51. En este sentido, recuerda el citado autor que estamos en presencia de un *agresor cualificado* (la cursiva es mía), que conoce dónde vive la víctima y cuáles son sus círculos familiares y sociales, por lo que la vulnerabilidad de aquella no sólo viene suministrada por la permanencia de la convivencia, sino también, eventualmente, por el conocimiento de una información personalísima a la que el agresor ha tenido acceso mientras aquella existió. De la misma opinión, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., pp. 101 y 102; MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 82.

⁴¹³ A este respecto, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS manifestaba que, pese a haberse incluido a los excónyuges y excompañeros sentimentales, ello no suponía la inclusión en el tipo de las relaciones de noviazgo, pues “el precepto se aprecia en los casos de convivencia o en los que haya cesado la convivencia y la relaciones de noviazgo se caracterizan por la ausencia de convivencia” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 248).

⁴¹⁴ Así, GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 57; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 158 y 159, de forma coherente con su forma de concebir el bien jurídico protegido como las relaciones familiares. A este respecto, CORTÉS BECHIARELLI, pese a reconocer que la nueva previsión legislativa es justificable por cumplir una función político-criminal evidente, atendiendo a la frecuencia y gravedad de los casos de violencia ocurridos una vez cesada la relación matrimonial o análoga, afirma que ello supone “una cierta desnaturalización de la original razón de ser de la incriminación de estas conductas agresivas, ya que pueden consumarse –muchísimo-

La sucesiva modificación del delito de violencia habitual, llevada a cabo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, despejó cualquier duda sobre el particular y puso de relieve la voluntad del Legislador de extender la protección dispensada por el nuevo art. 173.2 CP a situaciones que, hasta entonces, no se entendían amparadas por dicho tipo delictivo. De este modo, se elimina la referencia al carácter estable de la relación análoga de afectividad a la matrimonial y se manifiesta, expresamente, la innecesariedad de la convivencia para la concurrencia del delito.

Debe hacerse notar, a este respecto, que, desde el año 2003, el ámbito de relaciones comprendidas en el art. 173.2 CP es más amplio que el de aquellas que pueden dar lugar a la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP⁴¹⁵. En efecto, y pese a que, curiosamente, la última redacción del art. 23 CP procede también de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, el Legislador sigue exigiendo, en relación con dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, el requisito de la estabilidad para entender la relación de afectividad como análoga a la matrimonial. Asimismo, ha prescindido de la inclusión del inciso “aun sin convivencia” en el art. 23 CP, por lo que se puede concluir que la misma sigue siendo condición necesaria para su aplicación. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en su sentencia 1231/2009, de 25 de noviembre, en la que deniega, en relación con un delito de agresión sexual, la apreciación como agravante de la

fuera del marco estrictamente familiar” (CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 101).

⁴¹⁵ Pone de manifiesto esta incongruencia POLAINO NAVARRETE, señalando que “contamos así con dos distintos conceptos penales de parentesco, en estos dos preceptos del Código modificados por la misma ley de reforma” (POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Madrid, 2004).

circunstancia de parentesco, pese a que los sujetos habían mantenido una relación de noviazgo durante años, por falta de convivencia⁴¹⁶.

Con la flexibilización de los criterios para determinar cuándo nos encontramos ante una relación de afectividad análoga a la matrimonial a los efectos del art. 173.2 CP, el Legislador ha dado entrada en el tipo, tal y como afirma MANJÓN-CABEZA OLMEDA⁴¹⁷, a las relaciones de noviazgo u otras relaciones sentimentales de cierta intensidad que no implican convivencia⁴¹⁸. En este sentido, la CFGE 6/2011, *sobre criterios para la unidad*

⁴¹⁶ Dice textualmente la sentencia que “para apreciar la agravante del art. 23 del C. Penal habrá de existir, entre agresor y agraviada, una relación de afectividad estable análoga a la de los cónyuges; es decir, lo que la doctrina denomina una convivencia *more uxorio* (...). Resulta obligada una interpretación rigurosa y restrictiva del precepto penal, debiendo concluirse, por tanto, que, al faltar la convivencia entre agresor y víctima, no puede apreciarse la concurrencia de esta circunstancia”.

⁴¹⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., pp. 504 y 505. Sin embargo, la citada autora considera que deben entenderse ajenas al concepto de relación afectiva análoga al matrimonio la que mantiene un cliente con una prostituta, la que se tiene en chats o foros de Internet y la relación sexual única o el sexo ocasional que no implica ninguna otra vinculación. También están amparadas ya en el tipo las relaciones extramatrimoniales que personas casadas mantengan fuera de su matrimonio, pese a seguir conviviendo con su cónyuge. En el mismo sentido, en cuanto a las relaciones de noviazgo, BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 195 y 196; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 259; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, cit., p. 18; PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, M., “Artículo 173”, cit., p. 419; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., p.250.

⁴¹⁸ A este respecto, apunta LAURENZO COPELLO que “la realidad pone de manifiesto que las claves favorecedoras de la violencia en las relaciones afectivo-amorosas no dependen únicamente de la convivencia. Ni siquiera en primera línea. Lo verdaderamente decisivo y propio de estas relaciones es el sentimiento de posesión y dominio que uno de los miembros de la pareja experimenta respecto del otro, una situación que se puede dar tanto en la fase de convivencia como en la etapa de noviazgo e incluso en otra clase de relaciones amorosas paralelas a las matrimoniales – v. g. las relaciones estables con una segunda mujer fuera del matrimonio-“ (LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, cit., p. 833). Sin embargo, y aun reconociendo que el sentimiento de posesión y dominio por parte del agresor suele ser determinante, en muchos casos, de las conductas que caracterizan, desde el punto de vista criminológico, el “fenómeno” de la violencia doméstica o asimilada, en mi opinión, el elemento decisivo, a los efectos de la protección penal de estas relaciones, es la situación de especial vulnerabilidad en que pueden colocar a un sujeto, limitando o impidiendo su capacidad de reacción o de autoprotección frente al maltrato.

de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, entiende incluidas en el concepto de “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” las relaciones de noviazgo, las cuales son definidas como “aquellas que trascienden los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y *more uxorio*, en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vinculan, y también de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja”. Dentro de estas relaciones de noviazgo se incluyen, según la Fiscalía, aquellas en las que los miembros de la pareja son menores, sin que pueda entenderse suficiente para negar la tutela penal a dichas parejas el carecer de un proyecto de vida en común o el convivir con los padres y depender económicamente de ellos. La realidad, afirma la Circular, demuestra que en las relaciones entre adolescentes se ejercen conductas que encajan plenamente en el art. 173. 2 CP⁴¹⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo reconoce en su sentencia 510/2009, de 12 de mayo, que la última reforma legislativa impone la necesidad de modificar su doctrina en relación con el concepto de análoga relación de afectividad a la matrimonial. Así, observa que la determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales y que, incluso, no faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. Así “lo

⁴¹⁹ Véase, a este respecto, GARCÍA GONZÁLEZ, J., “La violencia en el noviazgo: el delito de violencia de género entre adolescentes”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Navarra, 2012, pp. 51 a 89.

decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones”.

Sin embargo, aunque, como he dicho, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo parte ahora de que la convivencia no es condición necesaria para la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal, lo cierto es que unas sentencias son más exigentes que otras en relación con las características que debe presentar dicha relación para ser entendida como tal⁴²⁰. En este sentido, la STS 1348/2011, de 14 de diciembre, afirma que las notas esenciales que permiten sostener la analogía son la continuidad y la estabilidad durante un tiempo relevante o significativo y reclama la existencia de un “proyecto finalístico de vida en común”. Por su parte, la STS 1376/2011, de 13 de diciembre, se muestra mucho menos rigurosa y afirma que “el grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que cabe esperar de este, como, precisamente, por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites

⁴²⁰ Así se reconoce en la STS 59/2013, de 1 de febrero.

de una simple relación de amistad, por intensa que sea esta (...). Con ello tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo (...), esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio) que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica o coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre los componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiere designarse". En realidad, es preciso matizar, en relación con esta última argumentación, que el significado gramatical del término "novio" hace referencia tanto a la persona que mantiene relaciones amorosas con fines matrimoniales, como a la persona que mantiene una relación amorosa con otra sin intención de casarse y sin convivir con ella y que, por tanto, abarca ya las dos situaciones descritas⁴²¹.

En mi opinión, la exigencia de convivencia para la apreciación del delito del art. 173.2 CP suponía dejar fuera de su ámbito de protección un importante número de casos que, desde el punto de vista del injusto material del delito, son idénticos a otros que sí iban a ser subsumibles en el tipo, por el mero hecho de no mediar una relación matrimonial o de convivencia *more uxorio* entre los sujetos activo y pasivo⁴²². Efectivamente, la norma objeto de estudio no pretende otorgar una específica protección a

⁴²¹ Véase Diccionario de la Rae, 23ª edición, acepciones primera y tercera.

⁴²² En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ afirma que "lo determinante no es la convivencia común, sino la relación de dominación o dependencia que hace especialmente vulnerable a la víctima y que mientras se mantenga, aun sin convivencia, permite la realización del tipo" (MUÑOZ SÁNCHEZ J., "El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal", cit., p. 80).

la institución matrimonial, ni tampoco a las relaciones familiares o convivenciales, sino que, como ya he señalado, tiene por objeto proteger a determinadas personas que, por estar unidas al agresor por determinados vínculos, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad para sustraerse al maltrato⁴²³. No son, por tanto, a mi modo de ver, las características de la relación lo que aquí interesa, sino la situación concreta en la que dicha relación coloca al sujeto pasivo, permitiendo la lesión del bien jurídico protegido a través del ejercicio habitual de violencia.

Con ello no se está defendiendo que cualquier relación sentimental entre dos personas deba estar comprendida en el tipo del art. 173.2 CP sin ulteriores exigencias. Ello supondría una perversión del fundamento de la norma, porque no toda relación es capaz de colocar a un sujeto en una posición de sujeción tal que posibilite la creación de una situación de violencia lesiva de la integridad moral del sujeto pasivo. Es preciso, desde mi punto de vista, que exista o haya existido una fuerte vinculación personal que haya generado en la víctima esa situación de especial vulnerabilidad y haya posibilitado la ejecución del delito. No estoy de acuerdo, sin embargo, con la exigencia de un proyecto de vida en común, con manifestaciones externas del mismo que, como he indicado, se demandaba en algunas sentencias. En muchas ocasiones dicho proyecto no existirá simplemente por la edad de los miembros de la pareja, por carecer de independencia económica o por cualquier otra circunstancia coyuntural, sin que ello sea obstáculo para que exista o haya existido entre las partes una vinculación emocional que haya sido aprovechada por el sujeto activo para la comisión del delito. De este modo, la existencia de convivencia

⁴²³ En contra, MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., p. 258, quien entiende que la ampliación del círculo de sujetos pasivos que supone la posibilidad de que la análoga relación de afectividad se dé “aún sin convivencia” rompe con uno de los criterios esenciales que fundamentan el precepto: la convivencia pasada o actual de los sujetos.

permitirá apreciar con mayor facilidad que estamos en presencia de una relación de tales características. Sin embargo, esta debe ser considerada como un elemento de prueba y no como un requisito de la relación para entenderla incluida en el tipo, por lo que considero acertada la decisión del Legislador de 2003 de incluir expresamente el inciso “aun sin convivencia” en el art. 173.2 CP.

Por otro lado, también se ha criticado, en relación con la inclusión de los excónyuges y los excompañeros sentimentales, que el Legislador no haya establecido un tiempo mínimo de duración de la relación ya extinguida y un tiempo desde que la ruptura se produjo para poder apreciar la concurrencia del delito. Así, MANJÓN-CABEZA OLMEDA⁴²⁴ señala que “caben en la literalidad del tipo vínculos muy antiguos y de corta duración”. Pues bien, es cierto que, atendiendo a la dicción literal del tipo delictivo, nada impediría que tales supuestos pudieran quedar incluidos en el delito de malos tratos, sin embargo, una interpretación del mismo acorde con su injusto material excluiría una aplicación que nada tiene que ver con el que aquí se defiende como fundamento del art. 173.2 CP. Tal y como he señalado, lo determinante, a la hora de interpretar el ámbito de las relaciones comprendidas en el tipo, es la instauración de situaciones de supremacía-sujeción que posibiliten el desarrollo de una violencia con carácter habitual. Tales situaciones, como he indicado también, solo tendrán oportunidad de desarrollarse en el seno de relaciones de una cierta intensidad; intensidad que habrá de acreditarse en el caso concreto, lo que impide establecer criterios apriorísticos en relación con la edad, la duración de la relación o el tiempo que haya transcurrido desde su ruptura. Sin embargo, considerando que el fundamento del delito en estudio es el aprovechamiento o la explotación de situaciones de dependencia o de

⁴²⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 504.

sujeción para someter a malos tratos a un sujeto, lo que sí puede afirmarse es que únicamente cuando la violencia esté relacionada con ese vínculo o se lleve a cabo para evitar que el sujeto pasivo rompa con el mismo, podrá aplicarse el tipo del 173.2 CP⁴²⁵.

Una última cuestión que debe mencionarse es la relativa a los matrimonios o relaciones análogas entre personas del mismo sexo. Tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código civil en materia matrimonial, se produjo una nueva ampliación de esta categoría de posibles sujetos pasivos del delito, incluyéndose ahora también a las personas del mismo sexo unidas en matrimonio. Resulta evidente, entonces, que están incluidas en el tipo las relaciones análogas a la conyugal entre personas del mismo sexo. Antes incluso de la entrada en vigor de la citada Ley, buena parte de la Doctrina estimaba que las parejas integradas por miembros del mismo sexo debían entenderse comprendidas en el delito del art. 173.2 CP, argumentando que la analogía respecto del matrimonio hace referencia a la relación de afectividad y no al carácter heterosexual de la pareja unida por el mismo⁴²⁶. Sin embargo, no es esta, ni siquiera hoy en día, una opinión unánime en la Doctrina. Al respecto, PÉREZ MACHÍO, DE VICENTE

⁴²⁵ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 82. En el mismo sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, cit. p. 19.

⁴²⁶ GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 257. En idéntico sentido, GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 437; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 57; ACALE SÁNCHEZ M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 173. En contra, sin embargo, se manifestaba OLMEDO CARDENETE, al afirmar que, con independencia de su justicia o injusticia, “lo cierto es que se corre el riesgo de incidir en una verdadera analogía en contra del reo. La razón reside en que en el juicio de analogía la identidad de razón exige que se produzca una coincidencia de los elementos esenciales de los elementos que integran los casos concurrentes (...), por lo que en la medida en que se siga considerando la heterosexualidad como un requisito esencial del matrimonio no cabe asimilar las uniones de hecho homosexuales a la relación conyugal. La legítima aspiración político-criminal que sostiene tal asimilación choca a nuestro juicio con la garantía criminal derivada del principio de legalidad” (OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 53).

MARTÍNEZ y JAVATO MARTÍN⁴²⁷, afirman que el art. 173.2 CP “no incluye de forma expresa la violencia ejercida entre los que mantienen relaciones homosexuales” y estiman que las mismas pueden quedar englobadas no en esta primera categoría de sujetos pasivos del delito, pero sí en la de “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”. No puede compartirse la postura de los citados autores, pues, a partir del año 2005, cónyuge es toda persona que haya contraído matrimonio, con independencia del sexo de sus miembros. Siendo esto así, no puede existir ninguna duda en relación con la inclusión de las relaciones análogas a la conyugal entre personas del mismo sexo, pues la heterosexualidad no es ya requisito del matrimonio.

1.2. DESCENDIENTES, ASCENDIENTES O HERMANOS POR NATURALEZA, ADOPCIÓN O AFINIDAD, YA SEAN PROPIOS O DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE

La segunda categoría de posibles sujetos pasivos del delito de violencia habitual incluye a los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, ya sean del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente. Nótese que, en este caso, sí se exige la existencia de matrimonio o de convivencia entre el autor y su pareja para considerar a los parientes de esta como sujetos pasivos. Ello, en mi opinión, resulta razonable. En efecto, si partimos del entendimiento de que esta figura

⁴²⁷ PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, M, “Artículo 173”, cit., pp. 685 y 686.

delictiva se introdujo en nuestro Ordenamiento penal por la existencia de relaciones que pueden determinar una situación de supremacía-sujeción entre las partes, será preciso hallar la causa que ha podido conducir al Legislador a reconocer una situación de estas características en el caso de que el sujeto pasivo sea uno de los parientes del cónyuge o conviviente. Tal y como he indicado, creo que situaciones como la descrita derivan de la existencia de fuertes vínculos personales entre sujeto activo y pasivo. En palabras de MUÑOZ SÁNCHEZ⁴²⁸, se trataría de “una *vinculación personal persistente* que da lugar a una situación de prevalencia del autor o de indefensión de la víctima”. Para la creación de tales vínculos entre los miembros de una pareja sentimental no es requisito indispensable la convivencia y así lo manifestó el Legislador de 2003. Sin embargo, para que los familiares de la pareja sentimental tengan oportunidad de establecer dicha *vinculación personal persistente* con el autor, capaz de dar lugar a una situación de vulnerabilidad y de justificar su inclusión como personas especialmente protegidas, será necesario, de un lado, la frecuencia en el trato y, de otro, la percepción por parte del pariente de una estabilidad en la relación. Esa percepción de estabilidad y la creación de fuertes nexos de dependencia que justifican la intervención penal en este ámbito, normalmente vendrán determinados por la existencia de un matrimonio o de una relación convivencial. En todo caso, pese a no ser inimaginables supuestos de maltrato de parientes de una pareja sentimental sin convivencia, en atención al principio de intervención mínima, el Legislador debe acotar, de algún modo, el alcance del tipo a aquellos supuestos de lesiones más graves al bien jurídico protegido, siendo el criterio elegido, a mi juicio, razonable.

⁴²⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 71.

Esta categoría de sujetos pasivos también se ha visto notablemente ampliada desde la introducción de esta figura delictiva en nuestro Derecho penal, momento en el que únicamente comprendía a los hijos del sujeto activo que se encontrasen sujetos a su patria potestad, hasta su última redacción por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. Se incluyen ahora, por un lado, a los descendientes y ascendientes por consanguinidad, adopción o afinidad, ya sean propios o del cónyuge o conviviente sin limitación de grado. A diferencia de sus antecesores, el art. 173.2 CP habla de descendientes y no únicamente de hijos, lo que supone amparar los supuestos de malos tratos ejercidos por los abuelos contra los nietos. Por otro lado, se incluyen también a los colaterales por consanguinidad, adopción o afinidad, tanto del sujeto activo como del cónyuge o conviviente, hasta el segundo grado⁴²⁹. Los parientes en línea colateral a partir del segundo grado solamente podrán ser sujetos pasivos si conviven con el agresor, pues, en tal caso, encajarían en el grupo de “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el

⁴²⁹ Apunta GÓMEZ NAVAJAS como el art. 173.2 CP incurre en una redundancia en su afán de exhaustividad, ya que los parientes por afinidad del cónyuge, a los que se refiere, no son otros que los propios parientes por naturaleza o consanguinidad del sujeto activo, a los que ya ha aludido. También pone de manifiesto la citada autora que no puede hablarse de parientes por afinidad del conviviente, pues la afinidad por definición es el parentesco que, en virtud del matrimonio, se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro (GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 56). Ciertamente, la razón asiste a la autora, pues el parentesco por afinidad solamente nace de la existencia de un vínculo matrimonial. Sin embargo, como ha quedado ya expuesto a lo largo de este estudio, el Legislador penal asimila a todos los efectos la convivencia de hecho con el matrimonio y, pese a que en rigor la terminología es incorrecta, ha de entenderse igualmente aquí que se trata de equiparar situaciones materialmente idénticas, siendo por ello obligada la inclusión de los mismos parientes del conviviente. En relación, precisamente, a los parientes por afinidad recuerda MANJÓN-CABEZA que estos sólo se encuentran protegidos mientras dura el vínculo –o la convivencia-, pues no se incluyen en este grupo las relaciones pasadas, como sí se hace en el relativo a los cónyuges y personas unidas por análoga relación de afectividad (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 531). En idéntico sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, cit., p. 20.

núcleo de su convivencia familiar”, al que se hará referencia posteriormente.

En relación con los descendientes, ascendientes o hermanos del autor o de su cónyuge o conviviente, la cuestión que mantiene dividida a la Doctrina es si la convivencia con el sujeto activo constituye un requisito necesario para apreciar la concurrencia del delito⁴³⁰. El tipo no lo precisa, a diferencia de lo que ocurre con el siguiente inciso, referido a “los menores o incapaces que con él convivan”⁴³¹, lo que invita a pensar que la intención del Legislador es la de prescindir de cualquier exigencia adicional respecto de este segundo grupo de sujetos⁴³². Además, en mi opinión, existen otras dos razones que conducen a esta conclusión:

- La primera, que la exigencia de convivencia haría innecesaria la referencia explícita a esta categoría de sujetos pasivos. En efecto, como indicaré posteriormente, el Legislador prevé una categoría autónoma que acoge a toda “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su

⁴³⁰ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 531; MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., pp. 253 y 254; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 197. En contra de dicha exigencia, MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 83; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 258; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, cit., p. 20; PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, “Artículo 173”, cit., p. 420.

⁴³¹ Comparto con GARCÍA ARÁN que se trata de grupos diferenciados y que la exigencia de convivencia respecto de los menores o incapaces no vincula al grupo de los descendientes, ascendientes o hermanos (GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 258). En el mismo sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, cit., p. 20.

⁴³² Ello, según indican los partidarios de esta postura, solucionaría el problema del caso de violencias ejercidas por el padre o la madre privados de patria potestad sobre el hijo con el que no conviven (TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., p. 250; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 258; MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 83).

convivencia familiar”, de modo que los descendientes, ascendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, que, además, convivan con el sujeto activo, tendrían encaje en dicha categoría sin necesidad de una previsión expresa.

- La segunda, que una interpretación coherente con la que he defendido como *ratio legis* del delito -y criterio interpretativo del ámbito subjetivo del mismo- impone tal conclusión, pues la mera existencia de una relación de parentesco como las descritas es suficiente para fundamentar una situación de sujeción que determine una eventual reducción de la capacidad de defensa del sujeto pasivo⁴³³.

1.3. MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN QUE CON ÉL CONVIVAN O QUE SE HALLEN SUJETOS A LA POTESTAD, TUTELA, CURATELA O GUARDA DE HECHO DEL CÓNYPUGE O CONVIVIENTE

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ha afectado a este grupo de posibles sujetos pasivos del delito, al sustituir el término “incapaz” por el concepto de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, en

⁴³³ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 83. A mayor abundamiento, si la convivencia no se exige respecto de las parejas sentimentales, tampoco podrá exigirse respecto de las citadas relaciones de parentesco que generan vínculos, como mínimo, igual de intensos.

consonancia con el nuevo tenor del art. 25 CP⁴³⁴. No obstante, pese a que la citada ley declara expresamente que dicha expresión reemplaza al concepto de incapaz, lo cierto es que no se trata de una mera adaptación terminológica. Según el art. 25 CP se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a toda aquella persona con discapacidad que requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses, a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente, tenga o no modificada su capacidad de obrar. Por tanto, únicamente tienen cabida en el precepto quienes se encuentren en tales circunstancias a consecuencia de sus “deficiencias intelectuales o mentales”, lo que supone un cambio relevante, pues, aunque la antigua definición de “incapaz” solo hacía referencia al padecimiento de “una enfermedad de carácter persistente” sin caracterizarla, la Doctrina y la Jurisprudencia entendían que tenían cabida tanto las de carácter psíquico

⁴³⁴ Antes de la reforma, el art. 25 definía únicamente el concepto de “incapaz”, considerando como tal a toda persona, hubiera sido o no declarada su incapacitación, que padeciera una enfermedad de carácter persistente que le impidiera gobernar su persona o bienes. Ahora, dicho precepto define dos conceptos: el de discapacidad y el de persona con discapacidad necesitada de especial protección. Según el apartado doscientos cincuenta y ocho de la LO 1/2015, de 30 de marzo, “[T]odas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por los términos «persona con discapacidad necesitada de especial protección» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección»” y “[T]odas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término «minusvalía» se sustituyen por el término «discapacidad»”. Ello obedece, según explica la propia Exposición de motivos de la Ley de reforma, a la necesidad de adaptar el Código penal a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, por la que se adaptan diversas leyes internas a la normativa internacional. Véase, a este respecto, TAMARIT SUMALLA, J.M., “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, 2015, pp. 71 a 76.

como físico⁴³⁵. Por tanto, el círculo de personas amparadas por el del delito de malos tratos habituales se ha visto, en este sentido, restringido.

El art. 173.2 CP protege, a través de esta tercera categoría de posibles sujetos pasivos, a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1. Que convivan con el sujeto activo;
2. Que hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente⁴³⁶.

En cuanto al primer grupo, resulta irrelevante que entre el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección y el sujeto activo del delito no medie relación familiar o cuasi-familiar de ninguna clase, pues el tipo penal exige, únicamente, la existencia de convivencia entre ambos. A estos efectos, en virtud del párrafo segundo del art. 25 CP, no se requiere, según he señalado ya, la existencia de una resolución judicial previa que declare incapacitado al sujeto.

El segundo grupo, por su parte, incluye a aquellas personas sometidas a alguna de las que podemos denominar, genéricamente, instituciones tutelares⁴³⁷, cuya titularidad ostente el cónyuge o conviviente

⁴³⁵ Véanse, MARTÍNEZ GARAY, L., “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25), en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 125 a 151; CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHAVES PEDRÓN, C., “Violencia de género y doméstica”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 508 a 510.

⁴³⁶ Véanse, a este respecto los arts. 172 a 174, 222 a 285, 286 a 298, 303, 304 y 306 CC.

⁴³⁷ Véase, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Familia*, Vol. IV, Madrid, 2010, p. 415.

del sujeto activo, sin exigir una relación de convivencia con este último⁴³⁸. En este caso, por tanto, a diferencia del anterior, sí será precisa una declaración de incapacitación de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, pues todas ellas son instituciones previstas para la guarda y protección de los menores o “incapacitados” -arts. 215 y ss. Cc.-. Es preciso advertir, antes de nada, que, de forma inexplicable, el Legislador penal de 2003 eliminó la alusión a los sujetos sometidos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del propio sujeto activo, pues el art. 173. 2 CP menciona, únicamente, a quienes lo estén respecto de su cónyuge o conviviente y no “de uno u otro”, como se preveía en las anteriores redacciones del tipo⁴³⁹. De este modo, se da la paradoja de que los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, sujetos a la tutela del propio sujeto activo quedan excluidos del ámbito de posibles sujetos pasivos, salvo que con él convivan –pues, en tal caso, quedaría incluidos en la cuarta categoría de posibles sujetos pasivos, la de personas integradas en su núcleo de convivencia familiar-, mientras que el delito puede cometerse contra quienes se encuentren sometidos a la tutela del cónyuge o conviviente, independientemente de que convivan o no con el sujeto activo. En mi opinión, este contrasentido no puede achacarse sino a un olvido del Legislador penal y debe demandarse su incorporación, nuevamente, en el ámbito de sujetos pasivos del art. 173.2 CP.

⁴³⁸ En este sentido, POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., p. 53; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 258; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, cit., p. 20; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit. p. 197; GRIMA LIZANDRA, V., “El delito de violencia familiar habitual” cit., p. 257.

⁴³⁹ En este sentido, GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 56.

La no exigencia de convivencia con el sujeto activo en relación con este segundo grupo de personas ha sido criticada por una parte de la Doctrina, que reclama la introducción de este requisito⁴⁴⁰. Así, según MUÑOZ SÁNCHEZ⁴⁴¹, la relación tutelar -o similar- no puede fundamentar, por sí sola, la existencia de una situación de dominio y de poder del sujeto activo sobre el pasivo, por lo que tal relación, en estos supuestos, solo puede existir si la víctima está integrada en el núcleo de su convivencia.

En mi opinión, esta postura no puede aceptarse, por los motivos que siguen:

- En primer lugar, porque si se exigiera convivencia con respecto a este segundo grupo, su mención expresa sería redundante, pues todo menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección que conviviera con el sujeto activo estaría ya incluido en el primer grupo. Además, en cualquier caso, como he señalado, cualquier persona que conviva con el autor encajaría en la cuarta categoría de sujetos, a la que me referiré inmediatamente, que ampara a todos aquellos que se encuentren integrados en el núcleo de su convivencia, sin ulteriores exigencias.

⁴⁴⁰ Así lo hacen, FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2001, p. 108; MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 83; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 58; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 55; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 253; GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 433; MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., p. 257.

⁴⁴¹ MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 83.

- En segundo lugar, porque no es cierto que las relaciones tutelares no puedan, por sí solas, fundamentar una situación de dominio sobre quien se encuentre sometido a ellas: por un lado, porque la persona sujeta a una tal relación es siempre un menor o un incapacitado, lo cual ya constituye un motivo de especial vulnerabilidad para sustraerse a la situación de violencia⁴⁴²; por otro, porque las instituciones tutelares se conciben por el Derecho civil como instituciones propias del Derecho de familia y, por tanto, como creadoras de relaciones cuasi-familiares⁴⁴³. Así, señala LACRUZ BERDEJO⁴⁴⁴ que “cuando el menor o el incapacitado no puede seguir integrado en la patria potestad, la ley provee a su cuidado, representación y defensa mediante instituciones inspiradas en aquella, denominadas –hoy, solo en sentido amplio y genérico- tutelares”. Por tanto, se trata de confiar a un sujeto la protección de una persona que carece de la capacidad de gobernarse por sí misma⁴⁴⁵ por lo que, a mi modo de ver, estas razones bastan para fundamentar la existencia de una relación de sujeción de la persona sometida a tales relaciones tutelares y la enorme limitación de su capacidad de reacción ante

⁴⁴² Hablaba GRACÍA MARTÍN, en relación con el incapaz –persona con discapacidad necesitada de especial protección, según la nueva terminología del art. 25 CP- de la “existencia de una merma de las posibilidades reales de autoorganización, autodisposición y autoprotección en el sujeto pasivo con respecto a sus bienes vitales” (GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 433). Exactamente lo mismo es predicable, entiendo, del menor.

⁴⁴³ Así lo entiende, POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., p. 53, quien habla de sujetos “jurídico-familiarmente vinculados”. Véase, ampliamente, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Familia*, cit., p. 415 y ss.

⁴⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Familia*, cit., p. 415.

⁴⁴⁵ Así lo declara el art. 215 Cc. En este sentido, afirma MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 249, que se trata de instituciones que crean obligaciones con aquellas personas más débiles y vulnerables.

un posible maltrato. Esta parece ser también la postura del Legislador penal, que ha utilizado la conjunción disyuntiva “o” para separar ambos grupos de personas dentro de esta tercera categoría de posibles sujetos pasivos: de un lado, los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el agresor y, de otro, los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente del sujeto activo.

1.4. PERSONA AMPARADA POR CUALQUIER OTRA RELACIÓN POR LA QUE SE ENCUENTRE INTEGRADA EN EL NÚCLEO DE SU CONVIVENCIA FAMILIAR

La razón de la inclusión de este grupo de posibles sujetos pasivos en el art. 173.2 CP la encuentra el Legislador, esta vez sí, en la existencia de una convivencia familiar entre el sujeto activo y el pasivo. Se podría entender que toda persona, con independencia de su concreta vinculación personal con el agresor, quedaría amparada por el tipo, siempre que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar⁴⁴⁶. No obstante, la Doctrina considera, de forma mayoritaria, que esta categoría de sujetos debe ser interpretada en un sentido restringido⁴⁴⁷. Así, TAMARIT SUMALLA⁴⁴⁸, afirma que la referencia típica a “otra relación” debe ser

⁴⁴⁶ Así lo hacen FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, cit., p. 123.

⁴⁴⁷ Véase, POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., pp. 53 y 54.

⁴⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., p. 1212 y 1213.

interpretada en términos restrictivos de analogía con las relaciones previstas expresamente, sin que sea suficiente una convivencia de hecho. Por su parte, GARCÍA ARÁN⁴⁴⁹, en la misma línea, sostiene que el hecho de que el Legislador se refiera a “persona amparada” obliga a limitar el tipo a ciertos grados de dependencia relacional, que dejan fuera la mera convivencia entre personas totalmente independientes.

En realidad, quienes se han pronunciado sobre la incorporación de la categoría de las personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar como posibles sujetos pasivos del delito, vienen defendiendo la necesidad de que exista una cierta dependencia afectiva o material respecto del agresor⁴⁵⁰. Por ello, se suelen incluir en este grupo supuestos tales como el de los de parientes no mencionados en los incisos anteriores, pero que convivan en el domicilio familiar, el personal de servicio doméstico que cohabite con el sujeto activo -la dependencia sería, en este caso, económica-, o sujetos que, por carecer de autonomía personal, requieran de las personas con las que conviven, cualquiera que sea la relación que les una al agresor⁴⁵¹.

De forma coherente con el que he defendido a lo largo de estas líneas como fundamento de la inclusión en el tipo de las distintas categorías de sujetos pasivos, esto es, la existencia de una situación de supremacía-sujeción determinante de una limitación de la capacidad de autoprotección

⁴⁴⁹ GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 258.

⁴⁵⁰ Véase, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, cit., p. 22

⁴⁵¹ MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., p. 254; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 56; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 532; MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 83.

del sujeto pasivo, debo compartir la antedicha postura. Así, en mi opinión, debe reputarse insuficiente el dato puramente objetivo de la convivencia que, por sí sola, no puede justificar la equiparación legal al resto de posibles sujetos pasivos y exigir que la integración en el núcleo familiar “no sea sólo formal, sino esencialmente material, substantivamente equivalente”⁴⁵².

1.5. PERSONAS QUE POR SU ESPECIAL VULNERABILIDAD SE ENCUENTREN SOMETIDAS A CUSTODIA O GUARDA EN CENTROS PÚBLICOS O PRIVADOS

Este último supuesto, denominado por MUÑOZ CONDE⁴⁵³ como de “violencia asistencial” e introducido, al igual que el anterior, por la reforma del año 2003⁴⁵⁴, es la más clara evidencia del propósito del Legislador penal de prestar protección a situaciones fácticas de dependencia o subordinación que proporcionan la ocasión para la comisión del delito, con independencia de que dichas situaciones tengan lugar o no en el ámbito familiar o doméstico. Esta decisión legislativa ha sido criticada por una parte de la Doctrina al entender que, puesto que se traspasa el ámbito puramente familiar, la esencia del tipo queda desvirtuada⁴⁵⁵. Sin embargo, a mi modo

⁴⁵² POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., p. 54. En este sentido, también, LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, cit., p. 835.

⁴⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, pp. 178 y ss.

⁴⁵⁴ Ya reclamaban la inclusión de esta categoría de sujetos FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, cit., pp. 90 y 91 y MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., pp. 257 y 258).

⁴⁵⁵ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 199; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”,

de ver, la inclusión de esta categoría de sujetos pasivos responde, de forma clara, al fundamento del delito en estudio, pues se basa, según indica expresamente el tipo, en “la especial vulnerabilidad” del sujeto pasivo; especial vulnerabilidad que, precisamente, es la causa de su sometimiento a custodia o guarda en centros públicos o privados. Tal situación de especial vulnerabilidad, en la que debemos considerar que se hallan los menores, ancianos y personas con discapacidad necesitadas de especial protección – en el sentido del art. 25 CP-, se caracteriza por la dependencia material del sujeto pasivo respecto del activo, esto es, de las personas que están encomendadas a su cuidado⁴⁵⁶. Por tanto, la existencia de una situación de dependencia y de vulnerabilidad en relación con el sujeto activo es, en estos casos, indiscutible.

2. CONDUCTA TÍPICA

2.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La conducta típica del delito de maltrato habitual, por las particularidades que presenta y que serán objeto de análisis en las siguientes páginas, se erige en el elemento más representativo de esta

cit., p. 1212; POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., p. 54; LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, cit., pp. 834 a 836.

⁴⁵⁶ En este sentido, GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 258; MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., pp. 257 y 258; MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 85.

compleja figura delictiva. Más aún, tal y como sostuve en su momento, entiendo que son, precisamente, las específicas características de la conducta descrita en el art. 173.2 CP las que permiten al intérprete determinar el contenido del bien jurídico protegido por el delito y, en consecuencia, su contenido de injusto.

La conducta tipificada en art. 173.2 CP consiste en ejercer violencia física o psíquica con carácter habitual. Son, por tanto, dos los elementos que la componen: el ejercicio de violencia física o psíquica -o de ambas-, de un lado, y la habitualidad en tales comportamientos, de otro. Sin embargo, la indefinición de estos elementos típicos ha generado opiniones dispares en la Doctrina a la hora de delimitar qué actos deben entenderse comprendidos en las nociones de violencia física y, fundamentalmente, psíquica y en la determinación del concepto de habitualidad; concepto este que ha sufrido en los últimos años, según expondré, una completa reformulación en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con importantes consecuencias, a mi modo de ver, en la configuración de la estructura típica del delito.

Esta situación impone la necesidad de reexaminar los elementos integrantes de la conducta típica, partiendo de un método dogmático, pero siempre orientado a los fines político-criminales perseguidos por la norma objeto de estudio.

2.2. EJERCICIO DE VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA

El art. 173.2 CP tipifica tres modalidades de conducta a través de las cuales puede cometerse el delito de malos tratos habituales: mediante el ejercicio exclusivamente de violencia física, mediante el ejercicio

exclusivamente de violencia psíquica o, lo que en la práctica resulta más frecuente, mediante el ejercicio conjunto de ambos tipos de violencia.

2.2.1. VIOLENCIA FÍSICA

Existe acuerdo doctrinal en considerar como violencia física toda agresión o acometimiento material realizado sobre el cuerpo del sujeto pasivo, con independencia de los resultados que se puedan ocasionar y que, de producirse, entrarán en concurso con el delito de malos tratos, por mandato expreso del art. 173.2 CP⁴⁵⁷. Enumerar las acciones que revisten tales características no es posible -y, a mi juicio, tampoco necesario-, pues la violencia física puede ser ejercida a través de actos de muy diversa naturaleza -desde los golpes más brutales, hasta quemaduras, tirones de pelo, agarrones o empujones-, tal y como refleja la Jurisprudencia existente a este respecto⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 259; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 453; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 87; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 47; GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 452; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 202; NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, cit., p. 179.

⁴⁵⁸ Constituirán, también, acciones de violencia física, los atentados contra la libertad o indemnidad sexual del sujeto pasivo que se cometieran empleando violencia y, a mi juicio, aquellos otros que, pese a no ser ejecutados con violencia, consistieran en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, pues estos actos son constitutivos de acometimientos corporales. El resto de conductas lesivas de la libertad o indemnidad sexual también integrarán la conducta típica del delito de malos tratos habituales como supuestos de violencia psíquica.

Por lo que interesa al propósito de este estudio, resulta claro, a mi modo de ver, que el Legislador penal, con la previsión de la cláusula concursal, ha puesto de manifiesto que lo relevante, en relación con el delito de malos tratos habituales, no son los resultados de lesiones que las acciones de violencia física pudiesen causar, pues, de producirse éstos, serán de aplicación los correspondientes tipos de lesiones. Esto quiere decir que el tipo previsto en el art. 173.2 CP no comprende el desvalor de tales resultados. Por tanto, no es posible identificar el concepto de violencia física con el de lesión física.

Sin embargo, aquel sector Doctrinal que sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP es la integridad y la salud entiende que, si bien es cierto que el tipo no exige la producción de resultado alguno de lesión, los actos de violencia –física y/o psíquica- deben poner en peligro la salud del sujeto pasivo⁴⁵⁹. No se aclara, no obstante, si cada acción, considerada de forma singular, debe poner en peligro el bien jurídico, o si, por el contrario, es la repetición de las mismas la que debe dar lugar al peligro⁴⁶⁰. En todo caso, en la primera parte de este trabajo expuse los problemas que plantea la tesis que identifica el bien jurídico protegido por el delito en examen con el de los delitos de lesiones y la imposibilidad de configurar el delito de malos tratos habituales como un tipo de peligro para la integridad

⁴⁵⁹ Así, BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2001, pp. 192 a 194; HUERTA TOCILDO, S., “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, cit., p. 527; MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, cit., p. 1526; DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de violencia doméstica (art. 173, núms. 2 y 3)”, cit., p. 200; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 47;

⁴⁶⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, por su parte, sí especifica que “no podrán incluirse aquellas acciones que, por sí mismas, no representen ni el más remoto peligro para la salud mental del sujeto pasivo” (BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, cit., p. 192).

y la salud –física y mental-⁴⁶¹. De este modo, aunque los actos de violencia física –o psíquica-, bien de forma singular, bien considerados en su conjunto, puedan poner en peligro o, incluso, menoscabar la salud del sujeto pasivo –lo que sucederá las más de las veces-, entiendo, de forma coherente con la postura que he defendido a lo largo de esta investigación en relación con el bien jurídico protegido, que, a los efectos del delito del 173.2 CP, tales actos deben ser tenidos en cuenta en su dimensión lesiva de la integridad moral y no de la salud.

Partiendo de esta premisa, considero que para hallar el contenido de lesividad material de esta clase de actos en relación con la integridad moral es necesario atender a dos elementos: al padecimiento que generan al sujeto pasivo, de un lado, y a su necesaria repetición habitual, de otro.

El padecimiento derivado de las acciones de violencia física abarcará desde la mera molestia –ocasionada, por ejemplo, a causa de un empujón-, hasta el dolor más intenso, siempre que se sientan corporalmente. Sin embargo, es preciso apuntar que, aun cuando los actos de violencia física no se acompañen de otros de violencia psíquica y, por tanto, a los efectos de integrar la conducta típica, únicamente hayan tenido lugar acciones de la primera clase, lo cierto es que el sufrimiento de carácter físico va a entrañar siempre el psíquico, por lo que, en este caso, ambas clases de padecimientos confluirán. El sometimiento a tales padecimientos de forma habitual –requisito indispensable para la consumación del delito- colocará al sujeto pasivo en una situación de subyugación, cuyas características serán descritas al tratar la estructura típica del art. 173.2 CP, y que será el medio utilizado por el sujeto activo para lesionar el bien jurídico protegido, tal y como ha sido definido en esta investigación. En efecto, través del

⁴⁶¹ Véase *supra* epígrafe 2.2. del Primer Capítulo de la presente investigación.

padecimiento físico -y, como he dicho, también psíquico, aunque no se hayan ejercido actos propiamente de violencia psíquica-, infligido con carácter habitual, el sujeto activo impedirá al pasivo el libre desarrollo de su capacidad autonormativa en aquellos ámbitos en los que tendría que gozar de autonomía plena. Baste, por ahora, con apuntar estas ideas, que serán desarrolladas en su momento.

Por tanto, el ejercicio de la violencia física así entendido -como infligir padecimientos físicos-, siendo irrelevantes, a estos efectos, los posibles resultados lesivos que de tales actos pudieran derivar, o que tal violencia física sea, a su vez, el medio empleado para lesionar otros bienes jurídicos -como, por ejemplo, la libertad sexual o la libertad ambulatoria-, constituye, en relación con el delito de malos tratos habituales, un instrumento para atentar contra la integridad moral del sujeto pasivo.

2.2.2. VIOLENCIA PSÍQUICA

Más problemática resulta la delimitación del concepto de violencia psíquica como forma de conducta típica del delito de malos tratos habituales. Pese a que su inclusión en el antiguo art. 153 CP por la LO 14/1999, de 9 de junio, obedeció a una importante demanda doctrinal⁴⁶²,

⁴⁶² Así, CUENCA SÁNCHEZ, manifestaba, en relación con los “malos tratos puramente psíquicos”, que, “a los fines pretendidos por la norma, no se alcanzan a comprender las razones de su exclusión del nuevo delito” y recordaba como “los castigos psíquicos pueden resultar más perjudiciales o dolorosos para las víctimas y que no existe motivo alguno para privilegiar el refinamiento en los modos de infligir mal, como sucede con este delito” (CUENCA SÁNCHEZ J.C., “El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación”, en *La Ley*, n. 4, 1991, p. 1186). En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en *Poder Judicial*, n. 32, 1993, p. 12; DEL ROSAL BLASCO, B., “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar”, cit., p. 161. Del mismo modo, la CFGE 1/1998, de 24 de octubre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la*

que puso de relieve la existencia de una grave laguna punitiva en la tipificación originaria del delito -la cual preveía exclusivamente la violencia física como modalidad comisiva-, la vaguedad de la expresión violencia psíquica y la indeterminación de su contenido plantean hoy, todavía, serias dudas interpretativas.

Ciertamente, el concepto de violencia psíquica es, cuando menos, impreciso, por lo que su utilización en la descripción de la conducta típica ha sido objeto de múltiples críticas por parte de la Doctrina, que denuncia su contradicción con el mandato de taxatividad de los tipos penales -y, en consecuencia, con el Principio de seguridad jurídica⁴⁶³- y reclama una interpretación restrictiva del mismo⁴⁶⁴. Así, CAMPOS CRISTOBAL califica de “decisión desafortunada” la inclusión de la violencia psíquica como modalidad de la conducta típica. Entiende la autora que el castigo únicamente de la violencia física se compadece más con el principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del Derecho penal, por cuanto supone “castigar tan solo lo mínimo y lo más grave”, mientras que la incorporación al tipo penal de la violencia psíquica constituye “una intromisión excesiva del Derecho penal en el ámbito familiar y una cierta

persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, denunciaba este “defecto” del antiguo art. 153 CP y proponía la persecución de los actos de violencia psíquica en el ámbito familiar a través de la falta de vejación injusta del art. 620.2º CP, la falta y el delito de lesiones de los arts. 617.1 y 147 CP y el delito de trato degradante del art. 173 CP, apreciándose la circunstancia mixta de parentesco en calidad de agravante. En relación con el art. 173 CP, señalaba la Circular que este precepto permite el castigo tanto de conductas que, por sí mismas, tengan entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad de la víctima, como aquellas otras que, aunque aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, “sin embargo, en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan provocando dicho menoscabo grave de la integridad moral”.

⁴⁶³ Véase, en profundidad, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., pp. 48 y ss.

⁴⁶⁴ Así, de forma expresa, GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 260; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 533; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., p. 1212.

huida hacia el mismo para solucionar un grave problema social y cultural contra el que no se sabe muy bien cómo actuar”. Tales argumentos no pueden compartirse, por los motivos que siguen:

- En primer lugar, porque no es posible afirmar que la violencia física es siempre más grave que la psíquica. Piénsese, por ejemplo, en un empujón o en una bofetada –actos de violencia física- en relación con una amenaza condicional de un mal constitutivo de delito. Las penas previstas para uno y otro caso ponen de relieve el juicio del Legislador penal acerca de su gravedad.
- En segundo lugar, porque entiendo, según ya he manifestado a lo largo de esta investigación, que el ámbito familiar, lejos de ser un terreno que debe quedar vedado a la intervención penal, constituye, precisamente, el espacio idóneo para la ejecución de la conducta típica, pues las relaciones que existen entre los sujetos del delito limitan de forma importante su capacidad de autoprotección. Ello, contrariamente a cuanto sostiene CAMPOS CRISTOBAL, implica, a mi modo de ver, que la realización de determinados actos en este contexto adquiera una mayor gravedad que cuando se realizan entre extraños.

En consecuencia, parece incuestionable que la restricción del delito de malos tratos habituales a los supuestos de violencia puramente física suponía dejar fuera del tipo innumerables conductas que, sin ser físicamente violentas, se presentan como tanto o más idóneas que estas para lesionar el bien jurídico protegido. De hecho, la realidad demuestra que, en el ámbito de las relaciones previstas en el art. 173.2 CP, la clase de actos que comúnmente son reconducidos a la categoría de violencia psíquica tienen lugar con igual o mayor frecuencia que los constitutivos de violencia física.

Por tanto, si de necesidad de protección de la integridad moral se trata - razón legitimadora de la intervención penal-, no cabe duda, según trataré de exponer en las próximas líneas, de que la ampliación de la conducta típica está plenamente justificada⁴⁶⁵.

No es fácil, como decía, determinar qué ha de entenderse por “violencia psíquica”. La interpretación gramatical -que, por imperativo del Principio de Legalidad, debe operar como límite a los otros métodos que vienen a complementarla- no es capaz de acotar el significado de dicho concepto⁴⁶⁶, siendo preciso, por tanto, acudir a una interpretación teleológica -que atiende a la finalidad perseguida por la norma-, lo que nos exigirá tomar en consideración el bien jurídico protegido en el tipo y su contenido⁴⁶⁷.

La Doctrina, como punto de partida, trata de delimitar qué debe entenderse por violencia psíquica por contraposición a la violencia física.

⁴⁶⁵ CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, pp. 22 a 25.

⁴⁶⁶ La RAE (en su 23ª edición) define “violencia”, por lo que aquí interesa, como “acción y efecto de violentar o violentarse” y como “acción violenta o contra el natural modo de proceder” (segunda y tercera acepción). “Violentar” significa “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia” (primera acepción), mientras que “violento” es aquello “que implica el uso de la fuerza, física o moral” (cuarta acepción). De poco nos sirven estas explicaciones, pues contienen, a modo de círculo vicioso, el concepto definido dentro de la definición. Tampoco se especifica en relación a qué criterios, parámetros o valores ha de entenderse lo que sea el “modo natural de proceder”. Por su parte, “psíquico” es “lo perteneciente o relativo a las funciones y contenidos psicológicos”, siendo lo “psicológico” aquello “perteneciente o relativo a la psique” (primera acepción) y la “psique” el “alma”. De modo que, desde el punto de vista gramatical, “psíquico” es lo perteneciente o relativo a las funciones y contenidos del alma. Este significado, obviamente, carece de utilidad en orden a establecer el contenido de una conducta penalmente relevante.

⁴⁶⁷ Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 72, quien señala que al método teleológico hay que añadir el criterio valorativo o axiológico que va íntimamente ligado a aquél, “ya que las finalidades pretendidas por la ley se basan en sus valoraciones (positivas o negativas) de hechos o situaciones”. Véase, también, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit, p. 175.

Así, en principio, se define la violencia psíquica como cualquier acometimiento verbal o de obra, siempre que no implique un contacto corporal con el sujeto pasivo, que recaiga sobre la mente o *psique* de la víctima⁴⁶⁸. Sin embargo, esta primera aproximación al concepto de violencia psíquica resulta insuficiente para determinar qué acciones pueden integrarla.

Según he dicho más arriba, los actos de violencia no son tenidos en cuenta, a los efectos del delito en estudio, en su dimensión lesiva de la salud -ni en forma de peligro ni de lesión-⁴⁶⁹. Por tanto, será preciso hallar, también para esta modalidad comisiva, su contenido de lesividad material en relación con la integridad moral. Así, con idéntico razonamiento al seguido en relación con la violencia física, entiendo que este contenido se halla en el padecimiento, en este caso psíquico, que tales actos entrañan y cuya causación reiterada será el medio empleado para impedir el libre desarrollo de la capacidad autonormativa del sujeto pasivo.

Si el padecimiento físico puede ocasionarse a través de actos de muy variada índole, en el caso del padecimiento psíquico el abanico de acciones es prácticamente ilimitado. Entiendo, por tanto, que lo imprescindible, más que proporcionar largas ejemplificaciones -tarea en la que se afana la Doctrina, consciente de la imprecisión del concepto de violencia psíquica-

⁴⁶⁸ NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, cit., p. 181; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 260; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 453; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 90.

⁴⁶⁹ Véase, en este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, cit., pp., 1579 y ss. Véase, también, la STS 261/2005, de 2 de febrero, en la que el Tribunal Supremo confirma la sentencia de SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de enero de 2004, que condenó por un delito de malos tratos habituales, del antiguo art. 153 CP, en concurso con un delito de lesiones psíquicas, por la depresión de carácter grave provocada a la víctima como consecuencia de la situación de maltrato a la que había sido sometida.

será determinar qué característica o características debe presentar un acto para ser capaz de generar un padecimiento psíquico y, por tanto, para ser considerado como psíquicamente violento en relación con la conducta típica del art. 173.2 CP. En mi opinión, existen dos clases de actos susceptibles de causar dicha clase de sufrimiento: los humillantes y los intimidantes.

En sentido amplio, intimidar es causar o infundir miedo a una persona⁴⁷⁰. Sin embargo, comoquiera que la intimidación se prevé como modalidad comisiva en numerosos delitos tipificados en nuestro Código penal, contamos con una abundante Jurisprudencia que se ha encargado de delimitar el concepto de intimidación como medio para atentar contra determinados bienes jurídicos. Así, el Tribunal Supremo la define como “el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal y posible, que despierte o inspire en la víctima un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario”⁴⁷¹. A este respecto, comparto con ÁLVAREZ GARCÍA⁴⁷² que ello no quiere decir que el mal tenga que estar necesariamente determinado “sino que basta con que el inespecífico temido por la víctima sea suficiente para conseguir ese efecto de compeler su voluntad (...) Por eso puede decirse también que en el momento de valorar la entidad de la amenaza la referencia ha de hacerse no sólo a lo objetivamente manifestado expresamente por el sujeto activo sino a lo creado, a lo sugestionado, por éste en la mente del pasivo”. La intimidación, a su vez, puede ser tanto explícita como implícita, “produciéndose esta última cuando sin uso de armas ni de palabras se

⁴⁷⁰ Diccionario de la RAE, 23ª edición, primera acepción del término “intimidar”.

⁴⁷¹ Véanse, por ejemplo, las SSTs 2366/2001, de 14 de diciembre, y 650/2008, de 23 de octubre.

⁴⁷² ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Robo con violencia o intimidación en las personas y extorsión”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, II, Valencia, 2011, p. 149.

genera en la víctima un estado de sobrecogimiento y tensión psicológica que la amedrente”⁴⁷³.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que determinados actos cobran un significado intimidante en función de las circunstancias, es decir, habrá que atender al significado que el comportamiento tiene en la situación y caso concreto y para las personas implicadas para poder concluir si el mismo tiene un contenido intimidante y, por ende, si puede ser tomado en consideración para integrar la conducta típica⁴⁷⁴. De este modo, podrá resultar intimidante el acto del sujeto que se persona en el lugar en el que se encuentra su expareja y se limita a mirarla fijamente, cuando este comportamiento tenga lugar en un contexto específico, como, por ejemplo, después de una ruptura no deseada por el sujeto activo y tras otros actos anteriores de violencia física o psíquica. Al hilo de esta afirmación se hace preciso adelantar ya una reflexión que será desarrollada en su momento: determinadas conductas que, consideradas de forma aislada, no podrían calificarse de psíquicamente violentas, podrán adquirir tal significado en atención a las concretas circunstancias. Así, una llamada telefónica por parte de un sujeto que permanece en silencio puede adquirir un significado intimidante si se produce de forma repetida y a horas intempestivas, por ejemplo. Ello pone nuevamente de manifiesto la capital importancia del

⁴⁷³ ÁLVAREZ GARCIA, F. J., “Robo con violencia o intimidación en las personas y extorsión”, cit., p. 150.

⁴⁷⁴ Sobre la necesidad de tener en cuenta el significado de los comportamientos en relación con la concreta situación y con los concretos sujetos activo/s y pasivo/s, véase DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coords.), *Violencia y género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales*, Sevilla, 2004. En este sentido, también DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, en *Delitos contra las personas. Manuales de Formación continuada. Consejo General del Poder Judicial*, n. 3, Madrid, 1999, p. 323.

elemento de la habitualidad en orden a determinar el significado de los singulares actos ejecutados.

Es preciso aclarar, en este punto, que los actos intimidantes integrarán la conducta típica del delito de malos tratos habituales por constituir, en el sentido expuesto más arriba, actos de violencia psíquica, por lo que, a estos efectos, carece de relevancia la tradicional polémica que divide a Doctrina y Jurisprudencia en torno a la admisibilidad de la intimidación como modalidad comisiva del tipo de coacciones⁴⁷⁵. Del mismo modo, son constitutivos de violencia psíquica los actos de violencia en las cosas *-vis in rebus-* y los ejercidos sobre un tercero para intimidar al sujeto pasivo, con independencia de que los mismos puedan integrar, además, un delito de coacciones, según la interpretación que se adopte del concepto de violencia como medio comisivo de este último. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el sujeto activo rompa prendas de vestir pertenecientes al sujeto pasivo, porque las considere inapropiadas, o pinche las ruedas de su coche para evitar que este acuda a un determinado lugar⁴⁷⁶. También puede ocurrir que el sujeto activo utilice violencia contra un tercero como medio para intimidar al sujeto pasivo⁴⁷⁷.

No se agotan, a mi modo de ver, en los de carácter intimidante, los actos susceptibles de provocar padecimientos psíquicos o emocionales al

⁴⁷⁵ Véase, sobre el proceso de espiritualización del concepto de violencia como medio comisivo del delito de coacciones y las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, SÁNCHEZ TOMÁS, J.M, “Coacciones”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 406 a 411.

⁴⁷⁶ Se muestra partidaria de incluir los casos de fuerza en las cosas en el concepto de violencia psíquica MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pp. 211 y 212.

⁴⁷⁷ Véase, a este respecto, lo dicho en el epígrafe 2.3. del Capítulo Primero de esta investigación sobre la “violencia indirecta”.

sujeto pasivo⁴⁷⁸. Entiendo que esta es también la postura adoptada por el Legislador penal, quien ha utilizado el concepto de violencia psíquica y no el de intimidación –término este último que, sin embargo, es el empleado en multitud de figuras delictivas previstas en nuestro Texto Punitivo- para describir la conducta típica del art. 173.2 CP, poniendo de manifiesto, de este modo, que la noción de violencia psíquica y la de intimidación no se corresponden completamente. Los insultos, las ridiculizaciones, los desprecios –manifestados mediante palabras o actitudes- no tienen –o no tienen por qué tener- en sí mismos, contenido intimidatorio⁴⁷⁹. No obstante, estos comportamientos son considerados por la Jurisprudencia, y admitidos mayoritariamente por la Doctrina, como acciones de violencia psíquica, por lo que será preciso establecer el elemento característico y común a esta clase de comportamientos, que no es otro que la humillación que generan en el sujeto que los sufre⁴⁸⁰. En efecto, el sentimiento de humillación se vincula, generalmente, a la violencia de carácter psíquico y, así, HUERTA

⁴⁷⁸ En contra, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pp. 202 y 213, quien entiende que la violencia psíquica debe identificarse con la *vis compulsiva* y “estaría integrada por los delitos y faltas de amenazas y de coacciones (arts. 169 a 172 y art. 620 CP). En el caso de la falta del art. 620.2 CP quedaría excluida del ejercicio de violencia psíquica la injuria de carácter leve y parece que así también lo entiende el legislador, pues elimina esta conducta del último párrafo del art. 620 CP en lo relativo a la no exigibilidad de la denuncia para las personas a las que se refiere el art. 153 CP”.

⁴⁷⁹ Así, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 51, afirma que “existen numerosas formas de violencia psíquica, considerada de forma harto genérica y metacientífica, que ni intimidan, ni son medio para la producción de un resultado lesivo diferente, ni nada que se le parezca, sino que suponen, en sí mismas consideradas, el atentado al bien jurídico salud mental, que queda contradicho, por ejemplo, con la ofensa o el insulto verbalizados, sin necesidad de más añadidura”. En el mismo sentido, véase, BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, cit. pp., 157 a 168.

⁴⁸⁰ De hecho, es frecuente definir la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido en términos de ausencia de humillación o envilecimiento. En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, cit., p. 24; BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, cit., p. 58; DÍAZ PITA, M. M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, cit., p. 95; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”, cit., p. 431.

TOCILDO⁴⁸¹ define el maltrato psíquico como “aquella violencia que, sin implicar contacto corporal con la víctima, suponga para ella una humillación o una sensación de envilecimiento o de pérdida de autoestima tales que afecten al libre desarrollo de sus procesos de deliberación y de toma de decisiones”⁴⁸². Sin embargo, considero que la noción de humillación engloba el envilecimiento y la pérdida de autoestima y, por tanto, es idónea para delimitar el tipo de actos a los que se pretende hacer referencia. Asimismo, es frecuente la utilización de los términos “degradar”, “hostigar”, “denigrar”, “cosificar” para definir las conductas de violencia psíquica⁴⁸³; términos todos ellos que también entiendo comprendidos en la idea de humillar.

A pesar de las consideraciones anteriores, no se me escapa que la nota de humillación es también propia de las acciones de violencia física y, normalmente, de las intimidantes, sobremanera si se tiene en cuenta el ámbito relacional en el que tales conductas deben desarrollarse a los efectos del art. 173.2 CP. Ocurre, sin embargo, según he señalado ya, que no todos los comportamientos que generan padecimiento psíquico o emocional pueden incluirse entre las acciones de violencia física o las intimidantes, por lo que resulta necesario establecer este último grupo “de recogida”.

⁴⁸¹ HUERTA TOCILDO, S., “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, cit., p. 527.

⁴⁸² Destaca también la afectación negativa a la autoestima del sujeto pasivo como contenido propio de los actos de violencia psíquica, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 453.

⁴⁸³ Véanse, en este sentido, CASTELLÓ NICÁS, N., “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173. 2 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 217; PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, M., “Artículo 173”, cit., p. 422; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 87.

En relación con los insultos, no obstante, no existe una posición unánime en la Doctrina en torno a su inclusión en el concepto de violencia psíquica. De este modo, TAMARIT SUMALLA⁴⁸⁴, aboga por una interpretación restrictiva “que exija la práctica de acciones de una gravedad parangonable a la violencia física, que vayan más allá de los meros insultos o acometimientos verbales (que tradicionalmente han sido objeto de tratamiento por otra vía punitiva)”. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN⁴⁸⁵ entiende que deben excluirse de la noción de violencia psíquica «situaciones que, si bien pueden ser constitutivas de atentados contra el honor, no poseen la entidad suficiente como para ser incluidas en el concepto de “violencia” como comportamiento agresivo de la *psiquis* humana».

La Jurisprudencia y la Doctrina mayoritaria, sin embargo, consideran los insultos, los actos que supongan desprecio o ridiculización, como modalidades de violencia psíquica⁴⁸⁶. Es esta última postura, a mi juicio, la

⁴⁸⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., p. 1212.

⁴⁸⁵ GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 260. En idéntico sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit. p., 210; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit. pp., 87 a 89; GÓMEZ RIVERO, C., “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, en *Revista penal*, n. 6, 2000, p. 74.

⁴⁸⁶ Véanse CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., pp. 51 y 52; GONZÁLEZ RUS, J. J., “Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio”, en *Revista Jurídica de Andalucía*, n. 30, 2000, p. 19; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 453; BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, cit., p. 192; PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, M., “Artículo 173”, cit., p. 422; FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, cit., p. 122; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pp. 41 a 45; POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., p. 52. Véanse, también, las SSTS 981/2013, de 23 de diciembre; 1044/2009, de 3 de noviembre; 1750/2003, de 18 de diciembre; 261/2005, de 28 de febrero.

que debe acogerse. Los insultos -realizados mediante expresiones verbales o acciones- con independencia de que puedan ser constitutivos de las correspondientes infracciones contra el honor -en cuyo caso, será de aplicación la cláusula concursal⁴⁸⁷, son, por definición, acciones humillantes por atentar contra la propia estimación de la persona o contra su fama -de haberse efectuado en público-. Por tanto, de forma coherente con la postura mantenida en estas páginas, deben considerarse actos de violencia psíquica.

2.2.3. RELEVANCIA PENAL DE LOS ACTOS SINGULARES DE VIOLENCIA

La conducta típica del delito del art. 173. 2 CP exige que los actos constitutivos de violencia física y/o psíquica se realicen *habitualmente*. Resulta obvio, entonces, que la consumación del delito requiere la realización de una pluralidad de actos. Sin embargo, el Legislador guarda silencio acerca de si los distintos actos, considerados de forma aislada, deben ser ya típicos, o si, por el contrario, pueden tenerse en cuenta, para apreciar la habitualidad, actos que, singularmente, carecen de relevancia penal.

Según la Doctrina dominante⁴⁸⁸, hasta la reciente entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica

⁴⁸⁷ Véase, ampliamente, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Delito de injurias”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 847 y ss., quien afirma que las modalidades de acción en el delito de injurias “son amplísimas y caben tanto las expresiones orales o escritas como los dibujos, caricaturas, emblemas, alegorías, representaciones, sonidos o gestos”.

⁴⁸⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 206; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia*

10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, los actos singulares de violencia debían ser constitutivos, como mínimo, de falta⁴⁸⁹. Por tanto, si es preciso que las diversas acciones violentas tengan, por sí mismas, trascendencia penal, entiendo que esta referencia a las faltas deberá entenderse realizada, ahora, a los delitos leves⁴⁹⁰. En realidad, esta posición doctrinal obedece, en mi opinión, a razones históricas. En efecto, el Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, justificaba la introducción del delito de violencia doméstica habitual del siguiente modo: “respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores e incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de

doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado, cit., pp. 230; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 76; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 148; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 106; MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, cit., p. 1524; CAMPOS CRISTOBAL, R., “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, cit., p. 26; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., pp.1213; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 434.

⁴⁸⁹ Es preciso advertir, no obstante, que la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, elevó a la categoría de delito prácticamente todas las conductas que pudieran tener la consideración de física o psíquicamente violentas, cuando tuvieran lugar en el ámbito de los sujetos enumerados en el art. 173.2 CP y que, hasta la entrada en vigor de dicha ley, eran constitutivas de meras faltas. Así, desde entonces, constituirían delito del art. 153 CP el maltrato de obra y la lesión cuya curación requiera, únicamente, una primera asistencia facultativa. Se convirtieron, también, en delito la amenaza leve a la esposa, exesposa, o persona que conviviera con el autor (art. 171. 4 CP), la amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos al resto de sujetos pasivos del art. 173.2 CP (art. 171.5 CP) y la coacción leve a la esposa, exesposa, o persona que conviviera o hubiera convivido con el autor (art. 172.2 CP). Se mantuvieron como faltas en el citado ámbito, únicamente, la coacción leve al resto de sujetos mencionados en el art. 173.2 CP y la injuria o vejación injusta de carácter leve.

⁴⁹⁰ Como es sabido la LO 1/2015, de 30 de marzo, suprime el Libro III del Código penal, si bien algunas de las faltas que en el mismo se contenían se incorporan al Libro II del Código, reguladas como delitos leves.

*faltas*⁴⁹¹, se producen de modo habitual”. La Doctrina mayoritaria entendió que el propósito del Legislador era el de configurar esta figura delictiva como una suma de comportamientos constitutivos de faltas, que adquirirían la consideración de delito por razón de la habitualidad⁴⁹².

Sin embargo, a mi modo de ver, es otra la lectura que puede hacerse de la explicación que ofrecía el Legislador penal de 1989. Es preciso recordar que, en aquel momento, el delito de malos tratos, ubicado en el Título dedicado a los delitos contra la integridad y la salud, incriminaba, únicamente, el ejercicio de violencia de carácter físico, sin incluir, todavía, la cláusula concursal que ordena la punición en concurso de los resultados que de las mismas pudieran derivarse. De este modo, cuando el ejercicio de violencia física diera lugar a resultados de lesiones, que requirieran para su curación, además de una primera asistencia, tratamiento médico o quirúrgico posterior, habría de apreciarse un concurso de leyes entre el delito de malos tratos y los correspondientes delitos de lesiones, a resolver en favor de estos últimos. Por su parte, las conductas de violencia física que no produjeran tales resultados serían constitutivas de meras faltas de maltrato de obra o de lesiones. Entiendo, por tanto, que la intención del Legislador penal sí era la de elevar las conductas constitutivas de falta a la categoría de delito cuando tuvieran lugar de forma habitual en el seno de determinadas relaciones. No obstante, no considero que con ello el Legislador pretendiera exigir que cada singular acción de violencia fuera constitutiva de falta, sino que, simplemente, hablaba de faltas porque,

⁴⁹¹ La cursiva es mía.

⁴⁹² A este respecto, véase, QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 42, n., 1989, pp. 937 y 938. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales”, cit., pp. 18 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 103 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 148 y ss.

teniendo en cuenta la existencia en el Código de la falta de maltrato de obra, no era posible imaginar una acción atípica de violencia física. Por esta razón, a mi juicio, se hacía referencia a las faltas en el Preámbulo de la Ley de reforma. Sin embargo, según ya he tenido oportunidad de explicar en otra parte de esta investigación, el delito de malos tratos habituales sufrió una completa transformación en las sucesivas modificaciones que tuvieron lugar desde su aparición en el Texto Punitivo⁴⁹³. Así, con la introducción de la cláusula concursal, a mi modo de ver, se pone de manifiesto que el delito de malos tratos habituales pretende proteger algo más que la integridad física y la salud, lo que queda confirmado con su traslado al Título dedicado a los delitos contra la integridad moral. Además, tras la entrada en vigor de la LO 14/1999, de 9 de junio, considero que ya no iba a ser posible mantener que el delito objeto de estudio constituyera una sucesión de faltas, ni tampoco que los singulares actos violentos debieran ser penalmente relevantes, por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque a partir de ese momento, la cláusula concursal declaraba, de forma expresa, que la pena del delito de malos tratos habituales habría de imponerse “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”⁴⁹⁴. De este modo, si la conducta típica podía integrarse tanto por faltas como por delitos, quedaba claro que el delito de malos tratos habituales ya no podía entenderse como una mera sucesión de faltas elevadas a la categoría de delito.

⁴⁹³ Véase *supra* epígrafe 1.2.1. del Capítulo Primero de esta investigación.

⁴⁹⁴ Señala BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, p. 193, en este sentido, que la utilización de esta fórmula indica que el legislador penal no exige que los actos aisladamente considerados –por sí mismos– deban ser constitutivos de delito o falta, pues «la expresión “que se hubieran concretado” no exige que se “hayan concretado”».

En segundo lugar, porque con la incorporación de la violencia psíquica como modalidad comisiva, en mi opinión, los actos de violencia, aisladamente considerados, podían no ser ya siempre típicos. En efecto, según he expuesto anteriormente, en relación con las conductas de violencia física no es posible imaginar una acción que carezca de relevancia penal, pues el mero maltrato de obra es ya típico *ex art. 147. 3 CP* –antigua falta del 617. 2 CP-. No sucede lo mismo, sin embargo, con las conductas calificables como de violencia psíquica, atendiendo a la concepción de la misma acogida en esta investigación, pues, como ya he dicho, considero que determinadas acciones cobran tal significado en función de las circunstancias del caso y de los sujetos implicados⁴⁹⁵. Así, conductas que, consideradas de forma aislada, no podrían calificarse de psíquicamente violentas, adquirirán esta consideración en función de la concreta situación en la que hayan tenido lugar. Así, en el citado ejemplo de la llamada telefónica en la que el sujeto activo permanece en silencio, la acción no es, obviamente, típica. No obstante, si dicho comportamiento se produce de forma repetida, acompañado de otros actos violentos -de carácter físico y/o psíquico-, durante la noche y por parte de la expareja sentimental, esa conducta sí puede adquirir un significado intimidante y podrá integrar la conducta típica del art. 173.2 CP. Piénsese, también, en determinadas actitudes o palabras de desprecio, burlas, consideraciones acerca de la personalidad o el aspecto del sujeto pasivo, etc., que no podrían, aisladamente consideradas, constituir siquiera una vejación injusta de carácter leve -antigua falta del art. 620.2^a CP, prevista ahora como delito leve en el art. 173.4 CP, únicamente para las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP - . Estos comportamientos deberán ser tenidos en cuenta por el juez o tribunal para apreciar la concurrencia del requisito típico de la habitualidad, pues, a los efectos del delito de malos tratos habituales, lo

⁴⁹⁵ Véase *supra* epígrafe 2.2.2. del Capítulo Tercero de esta investigación.

relevante es el significado que las conductas adquieren en atención al conjunto de circunstancias concurrentes y, por tanto, la situación creada como consecuencia de todas ellas. De todo ello se deduce, una vez más, la crucial importancia del elemento que será analizado a continuación.

2.3. LA HABITUALIDAD

La segunda nota característica de la conducta típica del art. 173.2 CP es la habitualidad en el ejercicio de los actos de violencia física y/o psíquica. Desde la introducción del delito de malos tratos en nuestro Ordenamiento penal en el año 1989, la exigencia de habitualidad en la conducta se ha erigido en el elemento más genuino de esta figura delictiva. No por casualidad se afirma que “la habitualidad se presenta como un elemento del tipo que configura lo injusto específico, fundamenta su desvalor y justifica su tipificación autónoma”⁴⁹⁶. Sin embargo, también se trata de una de las cuestiones más controvertidas y que mayores dudas interpretativas ha planteado a Doctrina y Jurisprudencia.

⁴⁹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 90. En este sentido, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 91, señala que el elemento de la habitualidad “resulta casi siempre decisivo a la hora de valorar y decidir acerca de la inmensa mayoría de las cuestiones vinculadas a este delito”; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., 63, afirma que “no es un elemento normativo más, sino que de su interpretación dependen determinadas tomas de postura que incardinan con la esencia más íntima del tipo y NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 184, lo describe como la “auténtica médula del tipo”.

2.3.1. NATURALEZA DEL REQUISITO TÍPICO DE LA HABITUALIDAD

Antes de entrar en el estudio del requisito de la habitualidad, es preciso tomar partido en relación con las dos posiciones doctrinales existentes en torno la naturaleza del mismo como elemento del tipo. Así, nos encontramos, por un lado, con un sector minoritario que aboga por una concepción subjetiva de la habitualidad, esto es, como una condición del autor, una particular manera de ser o comportarse⁴⁹⁷. En este sentido, afirma GRACIA MARTÍN⁴⁹⁸ que la habitualidad en el ejercicio de los actos de violencia es un elemento subjetivo de lo injusto; en este caso un elemento de tendencia interna, lo que determina una configuración del tipo como un delito de hábito⁴⁹⁹.

Sin embargo, la opinión doctrinal mayoritaria rechaza esta tesis y afirma que la habitualidad se refiere a la violencia, es decir, a la conducta, y no al agresor⁵⁰⁰. Entiendo que es esta la postura que debe mantenerse, por los motivos que siguen:

⁴⁹⁷ Así, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales”, cit., pp. 18 a 20.

⁴⁹⁸ GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., pp.453 y 456.

⁴⁹⁹ En idéntico sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A., “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 114 a 120.

⁵⁰⁰ En este sentido, NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, cit., pp. 183 y 184; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 91 y 92; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 98 a 105; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 81; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pp. 230

En primer lugar, porque incriminar el hábito o la inclinación del sujeto al ejercicio de violencia implicaría, según acertadamente señala OLMEDO CARDENETE⁵⁰¹, “la aceptación de un presupuesto del Derecho penal de autor que centraría el contenido de injusto en una simple propensión o proclividad del sujeto activo a la práctica de conductas violentas”. Tal concepción del elemento típico de la habitualidad supondría, por una parte, tanto como admitir una excepción al denominado “dogma del hecho” que debe regir un sistema penal democrático⁵⁰² y, por otra, reconocer que el injusto específico del delito no se encuentra en la situación creada por la reiteración de las violencias, sino en el hábito o la especial tendencia del autor a su ejercicio.

En segundo lugar, porque no hay en el tipo ninguna referencia a la necesidad de constatar un determinado hábito o inclinación del sujeto activo⁵⁰³. Los criterios aportados por el Legislador de 1999 para la apreciación de la habitualidad aluden a los actos de violencia, a los hechos cometidos por el sujeto, y no al hábito o a la tendencia agresiva de este⁵⁰⁴.

En tercer lugar, porque entiendo que la específica previsión de la posibilidad de atender a los actos violentos dirigidos contra cualquiera de

y 232; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., pp. 222 a 225.

⁵⁰¹ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 100.

⁵⁰² Afirma DE LA CUESTA AGUADO que “solo el Derecho penal del acto puede ser controlado democráticamente” (DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 89).

⁵⁰³ En contra, GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p.451, entiende que “lo que constituye el fundamento del tipo es precisamente el hábito del autor como factor de riesgo *indiscriminado* para la integridad y la salud personales de *cualquiera* de los miembros del grupo de convivencia que sean potenciales sujetos pasivos de su conducta violenta habitual”.

⁵⁰⁴ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 92; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 227.

los sujetos comprendidos en el tipo para apreciar la habitualidad –principal argumento esgrimido por quienes defienden una concepción subjetiva de la misma⁵⁰⁵- no debe interpretarse como la toma de postura del Legislador en favor de un entendimiento subjetivo de este elemento típico, sino para acoger en el tipo aquellos supuestos en los que, dentro de un mismo ámbito convivencial, existan varios sujetos pasivos sometidos a una situación o estado de violencia reiterada, siendo irrelevante la prueba de un número determinado de actos directos de violencia en relación con cada uno de ellos⁵⁰⁶.

Finalmente, por los evidentes problemas que plantearía la necesidad de acreditar una especial inclinación del autor. Así, en el caso de que un sujeto cometiera actos física y/o psíquicamente violentos de forma reiterada, pero no fuera posible probar su especial propensión a la violencia, la conducta resultaría atípica.

⁵⁰⁵ Véase GONZÁLEZ RUS, J.J., “Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales”, cit., p. 19; MONGE FERNÁNDEZ, A., “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, cit., p. 118. En idéntico sentido se pronunciaba ya GRACIA MARTÍN con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 14/ 1999, de 9 de junio, que introdujo la posibilidad de tener en cuenta los actos de violencia ejercidos contra cualquiera de los sujetos pasivos previstos en el tipo para integrar la habitualidad en la conducta. En opinión del citado autor “La habitualidad es una característica personalísima del autor, y su constitución –en cuanto hábito o inclinación a la realización de determinados hechos-no puede hacerse depender, evidentemente, de los eventuales y fungibles objetos concretos sobre los que aquél proyecte sus actos en momentos determinados” (GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p.451).

⁵⁰⁶ Véase *supra* epígrafe 2.3 del Capítulo Primero de la presente investigación, donde también pude plantear los indeseables resultados que en el plano político-criminal tendría la configuración del tipo en base a la tendencia agresiva del sujeto activo.

2.3.2. HABITUALIDAD: CONCEPTO

En la primera redacción del delito de maltrato habitual, el Legislador penal no estableció ninguna pauta que permitiera al intérprete descifrar qué debía entenderse por habitualidad. No es hasta 1999 cuando la LO 14/1999, de 9 de junio, proporcionó los criterios legales a observar para apreciar la habitualidad en la conducta y cuyo tenor se mantiene idéntico actualmente. Así, a estos efectos, será preciso atender al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a su proximidad temporal, con independencia de que dichas acciones se hayan ejecutado sobre la misma o diferentes víctimas -de las comprendidas en el precepto- y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Sin embargo, tales criterios no han despejado las principales incógnitas que plantea el concepto de habitualidad y que, según expondré a continuación, han dado lugar a dos corrientes interpretativas.

2.3.2.1. Posición clásica: concepción cuantitativa de la habitualidad

La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, que introdujo por primera vez en nuestro Texto Punitivo el delito de malos tratos habituales, no estableció ningún criterio en orden a interpretar el requisito típico de la habitualidad⁵⁰⁷.

De esta forma, el primer problema que se planteaba, a falta de un pronunciamiento expreso por parte del Legislador, era el relativo al número

⁵⁰⁷ En el tipo no se especificaba, no obstante, que los actos de violencia física tuvieran que ser constitutivos de meras faltas.

de actos de violencia que debían concurrir para entender acreditada la habitualidad en la conducta. La Jurisprudencia optó por trasladar al delito de malos tratos el criterio desarrollado en relación con el delito de receptación de faltas –recogido en el art. 546 del Código penal de 1973, después en el art. 299.1 CP⁵⁰⁸ del Código penal de 1995 y actualmente derogado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal-, de exigir la realización de, al menos, tres actos para apreciar la existencia de habitualidad⁵⁰⁹.

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995, el Legislador introdujo, en el art. 94 CP, un concepto de reo habitual, a los efectos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, con el siguiente tenor: “se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”. Surgió entonces la duda en torno a la posibilidad de aplicar este concepto legal de reo habitual al delito de malos tratos, más aun cuando el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 preveía, para el delito de violencia doméstica, una definición normativa de la habitualidad muy similar a la contenida en el art. 94 CP. Así, según el art. 161, párrafo segundo, del Proyecto de 1992, existiría habitualidad “cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a que se refiere el apartado

⁵⁰⁸ Véanse, en relación con la apreciación del requisito de la habitualidad en el delito de receptación de faltas, a título de ejemplo, las SSTS 2219/1992, de 17 octubre, 990/1992, de 22 diciembre y 2712/1993, de 29 noviembre.

⁵⁰⁹ Véanse las SSTS 731/1999, de 6 mayo, 662/2002, de 18 abril y 752/2004, de 7 junio. Véanse, también, la SAP de Tarragona 7/1995, de 12 de enero, la SAP de Lérida 465/1999, de 10 de septiembre, la SAP de Asturias 358/1999, de 25 de noviembre, o la SAP de Alicante 46/2000, de 3 de febrero, entre la numerosa jurisprudencia dictada por las Audiencias Provinciales a este respecto. Véase, asimismo, la CFGE 1/1998, de 24 de octubre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

anterior, en los cinco años precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal”⁵¹⁰. Sin embargo, el Texto Punitivo de 1995 prescindió, finalmente, de este apartado.

En este sentido, es preciso destacar que la aplicación analógica del concepto de reo habitual del art. 94 CP hubiera confirmado la tradicional doctrina jurisprudencial sobre la exigencia de un mínimo de tres actos violentos para entender que estamos ante un comportamiento habitual. No obstante, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han coincidido en señalar que el art. 94 CP solo tiene virtualidad a los efectos de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad⁵¹¹. Asimismo, la LO 14/1999, de 9 de junio, que introdujo los criterios a los que es preciso atender para acreditar la habitualidad en el delito de malos tratos, puso de relieve que la noción de habitualidad, como elemento típico de esta figura delictiva, difiere del concepto de reo habitual del art. 94 CP, por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque, en el delito de maltrato habitual, el Legislador dispuso que, para apreciar la habitualidad, el juez debía tomar en consideración el número de actos de violencia que resultasen

⁵¹⁰ Véase, en relación con el concepto de habitualidad previsto, a los efectos del delito de violencia doméstica, en el art. 161 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., pp. 19 a 32.

⁵¹¹ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, 2004, cit., p. 116; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 110 a 112; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 199; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 94; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pp. 223 a 227; HUERTA TOCILDO, S., “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, cit., p. 536; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 69.

acreditados, así como la proximidad temporal entre los mismos, pero sin fijar ni un número mínimo de actos, ni un plazo máximo en el cual debían haberse cometido. Por el contrario, en el art. 94 CP exigió, para adquirir la consideración de reo habitual, la comisión de, al menos, tres hechos delictivos en un plazo no superior a cinco años.

En segundo lugar, porque el artículo 173.2 CP, dada la amplitud de las nociones de violencia física y psíquica, permitía construir la habitualidad teniendo en cuenta actos que podían ser constitutivos de infracciones de muy distinta naturaleza –desde unas lesiones, hasta unas amenazas–, según, además, confirmó la cláusula concursal prevista en el tipo, al establecer que la pena del delito de malos tratos se impondría sin perjuicio de “las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. Precisamente, como consecuencia de la introducción de la violencia psíquica como modalidad comisiva y de la cláusula concursal, no iba a resultar ya posible exigir, como venía haciendo la Jurisprudencia tradicional, que los actos de maltrato tuvieran “idéntico contenido”⁵¹². Sin embargo, a los efectos del artículo 94 CP, habrían de valorarse, únicamente, los delitos cometidos por el sujeto “de los comprendidos dentro de un mismo capítulo”.

Por último, para poder considerar a un reo como habitual, el sujeto debía haber sido condenado por delitos –tres, como mínimo– de los comprendidos en un mismo capítulo, mientras que para la apreciación de la habitualidad, en relación con el delito de malos tratos, resultaba indiferente, *ex art.* 173.3 CP, que los actos de violencia hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

⁵¹² Así, por ejemplo, las SSTs 1060/1996, de 20 diciembre, y 1161/2000, de 26 junio.

Estas diferencias ponen de relieve, tal y como han señalado algunos autores, que la noción de habitualidad del delito de malos tratos y el concepto de reo habitual no poseen el mismo fundamento⁵¹³. Así, la institución prevista en el art. 94 CP persigue una clara finalidad político-criminal: combatir la profesionalización o especialización del delincuente – de ahí la exigencia de que los delitos cometidos estén previstos en el mismo capítulo-. Por su parte, el delito tipificado en el art. 173.2 CP se ha construido sobre el requisito de la habitualidad porque es, precisamente, la reiteración de los actos de violencia la que va a generar una situación lesiva de la integridad moral, tal y como trataré de exponer al analizar la estructura típica del delito objeto de estudio.

2.3.2.2. Reformulación del concepto de habitualidad: el denominado “estado de agresión permanente”

La concepción cuantitativa del requisito típico de la habitualidad, como suma de tres o más actos de violencia, fue cuestionada por una parte de la Doctrina, antes incluso de la entrada en vigor de la LO 14/1999, de 9 de junio⁵¹⁴. Es preciso reproducir, a este respecto, la temprana crítica a este

⁵¹³ Véanse, en este sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., pp. 210 y 211; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pp. 223 a 227; MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y de género en la ley orgánica 1/2004”, en NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 22 a 24.

⁵¹⁴ A este respecto, afirmaba DEL ROSAL BLASCO que “más que el número de veces constatables en que la agresión ha tenido lugar lo que el legislador se debería haber planteado es que el tipo se dirige a aquellas personas que, por la razón que sea, hacen de la agresión y el maltrato físico o psíquico una forma de relación y comunicación normal con su pareja, con su cónyuge, con sus hijos o con sus pupilos, debiéndose poder acreditar esta situación de forma diversa y variada y no, obligatoriamente, a través del número de palizas sufridas por el sujeto pasivo” (DEL ROSAL BLASCO, B., “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar”, cit., pp. 161 y 162). En este sentido, también, GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., pp.460 y ss.

planteamiento de CUELLO CONTRERAS⁵¹⁵, quien, ya en relación con el antiguo art. 425 del TRCP de 1973, señalaba “que las especulaciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al número de ocasiones en que se ha producido la violencia -tres o más- están fuera de lugar. Lo importante es que el juez llegue al convencimiento fundado de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”. Con esta afirmación adelantaba el autor una novedosa interpretación de la habitualidad en el delito de malos tratos, no como suma de actos, sino como “estado de agresión permanente”, cuya adopción años después por el Tribunal Supremo ha significado, según expondré a continuación, un importante giro en su doctrina jurisprudencial.

Cuando el Legislador penal de 1999 introdujo los criterios a observar para constatar la existencia de habitualidad en la conducta, pudo refrendar el tradicional criterio jurisprudencial que identificaba la habitualidad con la acreditación de tres o más actos violentos, incluyéndolo expresamente en el tipo. Sin embargo, se limitó a señalar la necesidad de atender al número de actos de violencia y a la proximidad temporal entre los mismos –lo que, en mi opinión, resultaba ya obvio⁵¹⁶-, sin concretar ni un número mínimo de conductas requeridas, ni un plazo máximo en el que las mismas debieran tener lugar⁵¹⁷. Esta decisión del Legislador penal ha sido interpretada por una parte de la Doctrina como la renuncia a un entendimiento meramente

⁵¹⁵ CUELLO CONTRERAS, J., “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, cit., p. 11.

⁵¹⁶ No existe, entiendo, otro modo de acreditar la habitualidad de una conducta. En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 73, quien afirma que “la definición, en efecto, es absolutamente hueca e indeterminada, ya que no define nada, además de pecar de una obviedad casi insultante, pues parece hartamente lógico que, para que se sepa que significa finalmente *habitual* se acuda –creemos que no podía ser, en verdad, de otra forma-, al número de actos de violencia que resulten acreditados”.

⁵¹⁷ Véase, en sentido crítico, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., pp. 71 a 75.

cuantitativo de la habitualidad a los efectos del delito de maltrato habitual⁵¹⁸.

El Tribunal Supremo, por su parte, a la vista de que el concepto de habitualidad introducido en el tipo no ha convertido en vinculante la interpretación cuantitativa de la misma, ha llevado a cabo una completa reformulación de la noción de habitualidad para el delito de malos tratos, superando, como he adelantado, su tradicional posición al respecto. La STS 1208/2000, de 7 de julio, es generalmente reconocida como el punto de inflexión en la concepción jurisprudencial de la habitualidad, pues, según subraya la Doctrina, el Tribunal Supremo admitió la concurrencia de este requisito típico con la acreditación de dos actos de violencia, por entender que ya evidenciaban el sometimiento de la víctima a un “estado de agresión permanente”⁵¹⁹. Sin embargo, a mi modo de ver, esta afirmación no es exacta, según trataré de exponer a continuación.

En esta paradigmática sentencia, ciertamente, el Tribunal Supremo opta entre dos posibles interpretaciones del concepto de habitualidad en los siguientes términos: "la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del artículo 153 del Código Penal -y antes

⁵¹⁸ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 94; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 299; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, cit., pp. 118-119

⁵¹⁹ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 97; LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, cit., p. 827; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 94; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 535; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 208.

el 425 CP/1973- es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto 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*⁵²⁰. En esta permanencia 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”.

Esta nueva concepción del requisito de la habitualidad⁵²¹ tiene, en mi opinión, consecuencias fundamentales en relación con la estructura típica del delito de malos tratos, que serán analizadas en su momento. Sin embargo, con carácter previo, es preciso examinar los motivos que, desde mi punto de vista, condujeron al Tribunal Supremo a replantearse su interpretación de la habitualidad en el delito objeto de estudio. Los hechos probados de la citada STS 1208/2000, de 7 de julio, detallan diversos

⁵²⁰ La cursiva es mía.

⁵²¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 202, habla de “concepción material de la habitualidad”, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 92, de “concepto fáctico de la habitualidad” y BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit. pp., 118 y 119, GÓMEZ RIVERO, C., “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, cit., p. 70 y MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, cit., p. 1520, de un concepto “criminológico-social”. Todas estas denominaciones hacen referencia a esta novedosa concepción de la habitualidad como estado de agresión permanente en contraposición con la clásica concepción cuantitativa de la misma.

episodios de violencia física y psíquica ejercidos por el sujeto activo contra su cónyuge, por los que fue condenado en la instancia como autor de un delito de malos tratos, dos faltas de lesiones, un delito de incendio, dos faltas de amenazas y una contra el orden público -SAP de Salamanca 6/1999, de 1 de febrero-. En relación con el delito de malos tratos, el recurrente en casación alega la aplicación indebida del entonces art. 153 CP, por ausencia del requisito típico de la habitualidad en la conducta. Concretamente, en el motivo tercero del recurso, sostiene que “la habitualidad en el ejercicio de la violencia es un elemento del tipo que debe apreciarse cuando existan tres o más agresiones, por lo que no concurre en el presente caso en que los apartados A) y B) del relato fáctico describen únicamente dos acciones de maltrato físico”.

En efecto, en el momento en que los hechos tuvieron lugar, el tipo preveía como única modalidad comisiva del delito de malos tratos el ejercicio de violencia física, constandingo como hechos probados solo dos acciones de esta naturaleza, las cuales, a su vez, se concretaron en dos faltas de lesiones. No obstante, el Tribunal Supremo desestimó el motivo y, con el argumento reproducido más arriba, entendió colmada la exigencia típica de la habitualidad, afirmando que “en este caso la sola lectura del relato histórico de la Sentencia pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como habitual”. Sin embargo, contra la opinión mayoritaria, considero que no es posible afirmar que el Tribunal apreció la existencia de habitualidad en la conducta con la prueba de dos actos de violencia. En realidad, en la sentencia figuran como acreditados varios actos que, sin duda, integran la noción de violencia psíquica: amenazas –también de muerte- e insultos a la

víctima -en persona y por teléfono, tanto en su domicilio como en su trabajo-, el incendio de la puerta de su domicilio -que, tal como se indica en los hechos probados, pudo alcanzar mayores dimensiones de no haber sido extinguido por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, que acudieron de inmediato alertados por los vecinos-, así como amenazas -de muerte a ella y a otros de sus hijos- e insultos a la madre de la víctima y a la pareja sentimental de esta. De hecho, tales acciones dieron lugar a la apreciación de diversas infracciones en concurso con el delito de malos tratos. De este modo, entiendo que el Tribunal Supremo valoró la efectiva *situación de maltrato prolongada en el tiempo* en la que se encontraba el sujeto pasivo, teniendo en cuenta todos los actos de violencia de los que había sido objeto, también los de carácter psíquico. Por este motivo, afirma la sentencia que no se trata de dos agresiones físicas aisladas, sino de la “exteriorización singularizada de un estado de agresión permanente”. En mi opinión, el Tribunal, infringiendo -en aquel momento- el Principio de Legalidad, atendió a exigencias de justicia material y a la recién entrada en vigor LO 14/1999, de 9 de junio, que preveía la violencia psíquica como modalidad comisiva y contempló la completa situación creada por el sujeto activo -puesta claramente de manifiesto en el relato fáctico-, pese a que la norma aplicable al caso concreto únicamente permitía tomar en consideración los actos de violencia física para apreciar la habitualidad.

Esta interpretación de la habitualidad, que atiende a la efectiva creación de un “estado permanente de maltrato”, ha sido acogida y desarrollada por la Jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo. Así, afirma que “la habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una *situación de hecho* en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares,

subyugando a quien las padece⁵²²” y que, por lo que se refiere a este requisito típico, “no resulta exigible la constatación de un número determinado de actos violentos, basta la prueba de una situación persistente (...). En esta dirección la habitualidad debe entenderse como un concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal, por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que estas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más”⁵²³.

Actualmente, un importante sector doctrinal considera inadecuada la clásica concepción cuantitativa de la habitualidad y aboga por la nueva interpretación jurisprudencial de este requisito típico del delito de malos tratos⁵²⁴. Para estos autores, el número de actos concretamente perpetrados ha dejado de ser un criterio constitutivo de la habitualidad para convertirse en un criterio indicador de la misma⁵²⁵, pues la prueba de tres o más

⁵²² La cursiva es mía.

⁵²³ Véanse las SSTS1750/2003, de 18 de diciembre, 108/2005, de 31 de enero, 261/2005, de 28 de febrero, 619/2008, de 13 de octubre, 1044/2009, de 3 de noviembre, 1151/2009, de 17 de noviembre, 981/2013, de 23 de diciembre.

⁵²⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 94; POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., pp. 54 y 55; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 93 y 94; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 230; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, pp., 118 y 119; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 70; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 261; GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 460; DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, cit., p. 235 y 236; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 113.

⁵²⁵ PÉREZ RIVAS, N., “El concepto de habitualidad en el delito de maltrato habitual”, en RODRÍGUEZ CALVO, M. S. y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.), *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Valencia, 2014, pp. 291 y 292; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 94; MARÍN DE ESPINOSA

acciones violentas no implica, necesariamente y de modo automático, la existencia de un estado de agresión permanente⁵²⁶. Así, sostienen que si el art. 173.2 CP incrimina la creación de una situación de violencia permanente, esto es, mantenida o sostenida en el tiempo, no podrá hablarse de habitualidad si un sujeto agrede a su cónyuge en tres ocasiones en un periodo, por ejemplo, de dos días, o si, en un mismo día, agrede a su hijo, a su cónyuge y a su madre que con él convive, por más que se acredite la existencia de tres actos de violencia física y/o psíquica⁵²⁷. Sin embargo, pese a que existe coincidencia en este punto, podemos distinguir dos posturas en la Doctrina en relación con la prueba de este elemento del tipo. Un sector doctrinal entiende que, pese a que no es posible identificar la habitualidad con la simple suma de tres comportamientos violentos, la acreditación de tres actos de violencia constituye el umbral mínimo para la prueba del estado de agresión permanente⁵²⁸. A partir de los tres actos acreditados se

CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 187.

⁵²⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 210 a 212; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 94 y 95; DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, cit., p. 235; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 93 y 94; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 230; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, pp., 118 y 119.

⁵²⁷ DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, cit., p. 235; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 94; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 230.

⁵²⁸ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 93 y 94; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 71; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., p. 250; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, cit., p. 215. También en este sentido, aunque desde su específico entendimiento de la habitualidad como elemento subjetivo de lo injusto, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales”, cit., p. 170.

iniciaría, de este modo, el juicio de tipicidad. Otro grupo, por el contrario, considera acertada la omisión de cualquier criterio numérico y entiende que la constatación de la existencia de un estado de agresión permanente corresponderá al juez, quien deberá atender, además de a las pautas legales, a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁵²⁹.

La misma división doctrinal se produce en relación con el segundo criterio a tener en cuenta para la apreciación de la habitualidad, esto es, la proximidad temporal entre los actos de violencia⁵³⁰. El Legislador penal no ha establecido un periodo máximo de tiempo en el que deban producirse las acciones violentas para considerar que la conducta es habitual. Esta decisión ha sido criticada por una parte de la Doctrina, que aboga por la fijación en el tipo de un plazo concreto en aras de la seguridad jurídica y del mandato de taxatividad⁵³¹. OLMEDO CARDENETE⁵³² propone un plazo

⁵²⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 230; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 94; POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., pp. 54 y 55; DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, cit., p. 235; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., pp. 204 y 210, quien señala que “la flexibilidad en la determinación de la habitualidad viene dada por la propia naturaleza del maltrato, que exige una labor interpretativa del aplicador de la norma que va más allá de puras consideraciones aritméticas”.

⁵³⁰ En realidad, con la incorporación de este criterio el Legislador de 1999 no ha venido a aportar ninguna novedad en relación con la situación anterior. La Jurisprudencia exigía ya una proximidad temporal entre los diversos actos para apreciar la concurrencia de habitualidad en la conducta (SSTS 1060/1996, de 20 diciembre, y 1161/2000, de 26 junio).

⁵³¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 91; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, p. 119; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 107; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 216.

⁵³² OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 107. A este respecto, apunta DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, cit., p. 236

máximo de tres años, aunque reconoce que se trata de un plazo aproximado y que podrá, en todo caso, flexibilizarse en atención a las específicas circunstancias del caso⁵³³. Así, si han existido periodos de interrupción de la convivencia por motivos laborales o, por ejemplo, por el ingreso del sujeto activo en prisión por un delito distinto, o si los actos de violencia se han visto interrumpidos por causas ajenas a la voluntad de este, como pudiera ser el caso de una larga enfermedad, no podrá excluirse la aplicación del delito de malos tratos por falta del requisito de la habitualidad⁵³⁴.

Otra postura, sin embargo, alaba la opción del Legislador de 1999 de no establecer un plazo concreto en orden a la apreciación de la proximidad temporal. Entienden estos autores que no es posible, ni necesario, determinar de forma apriorística un periodo de tiempo en el que los actos deban tener lugar y que este criterio cronológico pretende evidenciar, únicamente, que el tipo previsto en el art. 173.2 CP no castiga comportamientos esporádicos o aislados, sino la instauración de una situación sostenida de violencia⁵³⁵. Por tanto, también en cuanto a la

que, aunque no pueden establecerse criterios apriorísticos, “un acto de violencia cada año no es ni puede ser habitualidad”.

⁵³³ En este sentido, señala ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 113 y 114, que lo decisivo será comprobar las características concretas de la relación de convivencia. Así, entiende la autora que no podrá excluirse la habitualidad en el caso de que, por ejemplo, los cónyuges, por motivos laborales, sufran continuas y prolongadas separaciones, si los actos de violencia se repiten *sistemáticamente* cada vez que se reencuentran, pues la habitualidad, afirma, “no es más que repetición sistemática y tan sistemáticos son aquellos actos que se producen a diario cuando a diario se convive, como aquellos otros que, por sistema, se producen cada vez que los cónyuges se encuentran”.

⁵³⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 216.

⁵³⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 99; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 113; POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., pp. 54 y 55; MARÍN DE

proximidad temporal de las acciones, lo determinante será, para este sector doctrinal, la valoración judicial del conjunto de circunstancias⁵³⁶.

Por último, en relación con este criterio cronológico, es preciso destacar que, tanto quienes valoran positivamente la ausencia de un plazo legalmente establecido, como quienes defienden su inclusión en el tipo, coinciden en señalar, siguiendo a QUINTERO OLIVARES⁵³⁷, que lo decisivo, a estos efectos, es que la conexión temporal entre los actos ponga de relieve que los mismos forman parte de un *comportamiento sistemático*⁵³⁸. No obstante, tal y como apunta DE LA CUESTA AGUADO⁵³⁹, al estudiar la conducta típica del delito de acoso laboral, el concepto de reiteración sistemática está integrado por tres elementos: existencia de una estrategia previa por parte del autor, aprovechamiento de las circunstancias y duración en el tiempo. En el delito de malos tratos habituales concurrirán las características de duración en el tiempo y de aprovechamiento de las circunstancias, pues, las específicas relaciones que, *ex art. 173.2 CP*, deben existir entre los sujetos del delito, determinan una importante limitación de

ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 234; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 261.

⁵³⁶ A este respecto, afirma POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, cit., p. 55, que “es racionalmente lógico que sea la jurisprudencia penal quien siente un cuerpo de doctrina lo más uniforme posible, sobre el presupuesto de la apreciación de las singularidades de cada hipótesis”.

⁵³⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio”, cit., p. 937.

⁵³⁸ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 107; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., p. 156; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., p. 99; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 113; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, p. 119; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, cit., p. 215.

⁵³⁹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, cit., pp. 123 y 124.

la capacidad de autoprotección del sujeto pasivo y ofrecen la oportunidad para llevar a cabo la conducta típica. Sin embargo, comparto con la citada autora que, en relación con el delito de malos tratos, no es posible exigir la existencia de una estrategia previa⁵⁴⁰. Ello supondría excluir del ámbito de aplicación del art. 173.2 CP todas aquellas situaciones en las que la reiteración de acciones ha generado el reclamado estado de agresión permanente, pero sin que el sujeto activo haya planificado previamente una estrategia de maltrato⁵⁴¹.

3. ESTRUCTURA TÍPICA

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La adopción de una postura en relación con la estructura típica del delito contenido en el art. 173.2 CP requiere, con carácter previo, determinar el concepto de resultado del que se parte. Es preciso distinguir, en mi opinión, entre el “resultado” en sentido material, como elemento integrante de la estructura típica de algunos delitos, y el “resultado” en sentido valorativo o “desvalor de resultado”, como elemento que fundamenta – junto con el “desvalor de acción”- lo injusto⁵⁴².

⁵⁴⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, cit., pp. 136.

⁵⁴¹ Véase *supra* epígrafe 3.5 del Capítulo Segundo de esta investigación sobre la cuestión del denominado “dolo programático”, desarrollada por la Doctrina penal italiana.

⁵⁴² De forma clara establece la distinción entre ambos conceptos RODRIGUEZ MOURULLO, afirmando que “ambas categorías conceptuales (...) deben coexistir, porque obedecen a un fundamento distinto y cumplen también una función diversa. La primera se

Por resultado típico se entiende el efecto espacio-temporalmente separable de la acción, cuya producción es necesaria para la consumación de los denominados “delitos de resultado”⁵⁴³. Por tanto, en esta categoría de delitos, el resultado constituye una exigencia típica independiente de la acción y que se agrega a ésta⁵⁴⁴. Esta concepción del resultado sirve de base para establecer la distinción con los “delitos de mera actividad”, en los que el tipo exige, únicamente, la realización de la conducta⁵⁴⁵.

El “desvalor de resultado”, por el contrario, es un concepto puramente normativo, que hace referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por una norma penal⁵⁴⁶. Este concepto de desvalor de resultado alude a la “ofensa al bien jurídico”, que, según se expuso en otro lugar de esta investigación, constituye el fundamento de la

funda en aquel efecto externo a la acción que algunos tipos (delitos de resultado) exigen como elemento esencial. La segunda, en la violación del bien jurídico que es esencial para todos los delitos. La problemática del resultado pertenece a la teoría del tipo. El criterio del resultado permite distinguir los tipos de delito de resultado y los tipos de delito de mera conducta, señalando ante qué clase de delitos debemos plantearnos la cuestión de la relación de causalidad (nexo causal entre la acción y el resultado descrito en el tipo). La problemática de la ofensa (lesión o peligro) al bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuricidad” (RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1978, p. 272). En sentido contrario, LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992, fundamentalmente pp. 167 y ss., quien entiende el resultado como el efecto separable de la acción sobre el bien jurídico (lesión o peligro).

⁵⁴³ Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Valencia, 2004, p. 37 y 38; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 230; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 72.

⁵⁴⁴ A este respecto, señala MUÑOZ CONDE, que la modificación del mundo exterior producida por la acción no es ya parte integrante de esta, pues “no es lo mismo «el producir» que «lo producido»” (MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, cit., p. 37).

⁵⁴⁵ Véase, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, Madrid, 2004, p. 101.

⁵⁴⁶ Apunta RODRIGUEZ MOURULLO que el bien jurídico es un valor, por lo que su ofensa no pertenece a la realidad naturalística y no se identifica con la modificación del mundo exterior que puede servirle de sustrato, por lo que, a diferencia de lo que acontece con el resultado –típico-, no es perceptible por los sentidos (RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 272).

intervención penal. En atención, precisamente, a la intensidad de la ofensa al bien jurídico se diferencia entre “delitos de lesión” y “delitos de peligro”.

Por tanto, será posible afirmar la coexistencia de ambas categorizaciones, esto es, delitos de resultado y de mera actividad y delitos de peligro y de lesión, pues responden a fundamentos distintos⁵⁴⁷. De ello se deriva, también, la existencia de cuatro posibles combinaciones⁵⁴⁸: delitos de resultado y de lesión; delitos de resultado y de peligro; delitos de mera actividad y de lesión; y delitos de mera actividad y de peligro.

Las páginas siguientes de esta investigación se dedicarán al análisis de la estructura típica del delito de malos tratos, de modo que, en adelante, cuando se haga referencia al resultado, habrá de entenderse éste como resultado típico o elemento estructural del tipo y, por tanto, como un suceso distinto de la acción, pero unido a ésta por una relación de causalidad y, en su caso, imputable objetivamente al sujeto activo.

⁵⁴⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 230 a 238; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit. pp., 72 a 86. En contra, LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, cit., p. 182, propone un único criterio de clasificación basado en la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico. De este modo, podrían distinguirse, partiendo de la mayor intensidad, entre delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

⁵⁴⁸ Véase, en este sentido, ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015, pp. 247 y 248 y ejemplos allí citados. Véanse, también, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 230, y 222; CERREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, cit., pp. 100 y 115.

3.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Las particularidades que presenta el delito de malos tratos, unidas a una deficiente técnica legislativa en su tipificación, van a dar lugar a importantes dificultades a la hora de abordar el análisis de su estructura típica. Se trata, como se ha dicho, de una figura delictiva cuya conducta típica exige la repetición de actos de violencia física o psíquica, los cuales, aisladamente considerados, pueden concretarse en otros delitos, dando lugar a la apreciación del correspondiente concurso delictivo. Estos otros delitos podrán ser, a su vez, delitos de mera actividad o delitos de resultado, lo que puede generar dudas en relación con la configuración típica del propio delito de maltrato habitual.

Del mismo modo, la ausencia de acuerdo en la Doctrina sobre el contenido de la integridad moral como bien jurídico protegido por el delito objeto de estudio, dificulta seriamente la reflexión acerca de la forma de intervención penal que puede resultar más eficaz para su protección. Dicho de otra manera, si no se concreta el interés que se pretende proteger, no será posible determinar cuál es la forma de intervención penal idónea para hacerlo.

En este contexto, no es de extrañar que la Doctrina se encuentre dividida en torno a la cuestión de la estructura típica del delito de malos tratos. La opinión mayoritaria considera que nos encontramos ante un delito de mera actividad, que exige, únicamente, la realización de la conducta típica para su consumación. Sin embargo, un sector doctrinal, cada vez más amplio, sostiene que se trata de un delito de resultado, aunque no existe una definición unánime del mismo.

Procede, por tanto, analizar ahora las distintas posturas doctrinales, pues, según se verá, el estudio de la estructura típica del delito del art. 173.2 CP va a plantear cuestiones dogmáticas de calado.

3.2.1. EL DELITO DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO DE MERA ACTIVIDAD

Para la Doctrina mayoritaria, según he dicho, bastará con la realización de la conducta típica, esto es, el ejercicio de violencia física y/o psíquica de forma habitual, para consumir el delito previsto en el art. 173.2 CP⁵⁴⁹. En este sentido, de forma coherente con su concepción del bien jurídico protegido, quienes entienden que el delito de malos tratos protege la integridad física y la salud, consideran que, puesto que el tipo no exige la producción de ningún resultado de lesiones, ni tampoco la constatación de

⁵⁴⁹ GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., pp. 423 a 427; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pp. 27 a 36; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales” cit., p. 18; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 259; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, cit., p. 215; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 173”, cit., p. 1214; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., pp. 182 y 183; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 71; BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, cit., pp. 190, 194 y 195; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 434; PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, M., “Artículo 173”, cit., p. 422; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 67; CUERDA ARNAU, M. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 185.

la creación de una situación de peligro para dicho bien jurídico, será preciso concluir que se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto⁵⁵⁰.

Otros autores, pese a considerar que el bien jurídico protegido por el delito en estudio es la integridad moral o, más ampliamente, la dignidad de la persona, incluyen el delito de maltrato habitual entre los de mera actividad con el argumento de que el tipo no requiere un menoscabo de la integridad física o la salud del sujeto pasivo^{551 552}. Sin embargo, a mi modo de ver, el hecho de que el tipo no exija la producción de un resultado de lesiones no significa, necesariamente, que el delito deba configurarse como

⁵⁵⁰ GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., pp. 423 a 427; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pp. 27 a 36; BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, cit., pp. 190, 194 y 195. En este sentido, señala MAQUEDA ABREU que solo el “peligro posible –acaso probable- de que bajo ese clima de violencia continuada que describe la situación típica, se incrementa, de modo relevante, el daño para la salud física o psíquica de las personas que sufren el maltrato y que permanecen bajo la esfera de dominio del agresor” sirve de explicación a la previsión autónoma del delito de malos tratos (MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, cit., p. 1526).

⁵⁵¹ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, cit., p. 215; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 66; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., p. 115. En este sentido parece pronunciarse GARCÍA ARÁN cuando señala que “la utilización de violencia física debe ser entendida como cualquier agresión o acometimiento realizado sobre el cuerpo humano, aunque no produzca resultados lesivos sobre el mismo, dada la configuración de este delito como de *simple actividad*” (GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 259).

⁵⁵² Señala GÓMEZ NAVAJAS, a este respecto, partiendo de que el art.173.2 CP protege la integridad moral, que se trata de “un delito de peligro y no de resultado, ya que, a diferencia del delito de lesiones, no se requiere menoscabo en la salud o la integridad personal” y que estamos, por tanto, ante un tipo de mera actividad, en el que “el fundamento de lo injusto no reside en el resultado material sino en el peligro concreto que las conductas constitutivas de violencia implican” (GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit. pp. 66 y 67). Sin embargo, entiendo que las categorías de delitos de peligro y de delitos de resultado no se contraponen, pues responden a fundamentos distintos. De hecho, un delito puede ser de peligro y de resultado, como sucede en los delitos de peligro concreto – por ejemplo, el art. 380. 1 CP-. En relación con los delitos de peligro, véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona, 1994, pp. 123 a 135.

de mera actividad, sobremanera si se entiende que el bien jurídico protegido no es el mismo que en las lesiones.

Mención separada merece la opinión de RAMON RIBAS⁵⁵³, quien sostiene que el delito de malos tratos habituales es un delito de lesión del bien jurídico integridad moral, pero rechaza su consideración como delito de resultado, por entender que la naturaleza espiritual del bien tutelado impide tal configuración. Afirma el autor, siguiendo a QUINTERO OLIVARES, que “tratándose de bienes ideales o espirituales la posibilidad de que se produzca un resultado no existe, debiéndose acudir entonces al concepto de lesión del bien jurídico, de naturaleza eminentemente valorativa”, concluyendo, por este motivo, que nos encontramos ante un delito de mera actividad⁵⁵⁴. En mi opinión, por el contrario, un delito de resultado puede proteger un bien jurídico inmaterial. Ello sucede, por ejemplo, en el delito de acoso sexual del art. 184 CP. Este tipo delictivo protege la libertad de decisión en el ámbito sexual, bien jurídico éste, sin duda, de carácter espiritual⁵⁵⁵. Sin embargo, el acoso sexual es un delito de resultado, cuya consumación requiere la creación de una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante -resultado-, como efecto separable de la conducta típica -solicitar favores de naturaleza sexual-⁵⁵⁶.

⁵⁵³ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 71, nota al pie n. 106.

⁵⁵⁴ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit. p. 88. En este sentido, véase, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pp. 334 a 337.

⁵⁵⁵ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, pp. 232 y 233.

⁵⁵⁶ CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 2004, p. 375; OTERO GONZÁLEZ, P., “Acoso sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, p. 632; SIERRA LÓPEZ, M. V., “La provocación en la víctima de <<una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante>> en el delito de acoso sexual”, en

Por tanto, a mi juicio, aunque se considere que el bien jurídico protegido por el delito de malos tratos es la integridad moral, ello no impide su configuración como delito de resultado.

3.2.3. EL DELITO DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO DE RESULTADO

Otro sector doctrinal, por el contrario, considera que el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP es un delito de resultado, que exige, por tanto, además de la realización de la conducta típica –ejercicio de violencia física y/o psíquica de forma habitual–, un resultado espacio-temporalmente separable de la misma⁵⁵⁷. Sin embargo, a la hora de determinar cuál es el resultado cuya producción resulta necesaria para la consumación del delito, las opiniones son totalmente dispares, por lo que resulta preciso analizarlas de forma individualizada.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I. (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia, 2011, pp. 79 a 84.

⁵⁵⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 64; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 97 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, N., “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173. 2 CP”, cit., pp. 22; MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., p. 261; NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, cit., p. 182; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 87 y ss.

3.2.3.1. El resultado del art. 173.2 CP como maltrato de obra o vejación injusta, según la modalidad comisiva

En relación con la estructura del delito de malos tratos habituales, distingue ACALE SÁNCHEZ entre los malos tratos de carácter físico y los malos tratos de carácter psíquico como modalidades comisivas.

Por lo que respecta al maltrato físico, considera la autora que esta modalidad de conducta típica se definió a partir de la antigua falta de maltrato de obra⁵⁵⁸; infracción esta de resultado material, consistente en “la producción verificable de una serie de efectos sobre el cuerpo humano que no requieran siquiera de una primera asistencia facultativa”⁵⁵⁹. De ello deduce que “el delito de ejercicio de violencias físicas describiría la conducta típica y la falta el resultado: *el maltrato de obra es el resultado producido por la conducta llevada a cabo por el autor, que no es otra que ejercer sobre el sujeto pasivo actos de violencia física*”⁵⁶⁰.

En lo concerniente al maltrato psíquico, entiende que «la interpretación de los términos “ejercicio de violencias psíquicas” y “causar vejación injusta de carácter leve” ha de llevar a la deducción también en este ámbito de una estructura típica idéntica en uno y otro». Así, el delito del art. 173.2 CP y la falta de vejación injusta “vienen a complementarse” en el sentido de que el delito de malos tratos “describiría la forma de la conducta típica -siendo por tanto un delito de medios determinados- y la falta de

⁵⁵⁸ Conducta que constituye, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el delito previsto en el art. 147.3 CP.

⁵⁵⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 97.

⁵⁶⁰ Con cursiva en el original.

vejeciones describiría el resultado causado por la misma, es decir, la vejación”⁵⁶¹ ⁵⁶².

Esta compleja configuración del delito de malos tratos habituales no puede, en mi opinión, ser aceptada, por los motivos que siguen:

En primer lugar, porque si el delito objeto de estudio fuera un delito de resultado, este resultado habría de ser el mismo con independencia del medio comisivo empleado para producirlo, esto es, con independencia de que se hubiera alcanzado a través del ejercicio de violencia física, del ejercicio de violencia psíquica, o de ambas conjuntamente. La modalidad de conducta podría ser cualquiera de las previstas en el tipo, sin embargo, a mi modo de ver, el resultado tendría que ser, en todo caso, único.

En segundo lugar, porque no es posible afirmar que el maltrato de obra sea el resultado del ejercicio de violencia física –entre otras cosas, porque, en mi opinión, se trata de un delito de mera actividad⁵⁶³-. Por el contrario, el resultado de ejercer violencia física sobre el sujeto pasivo podrá abarcar desde “efectos sobre el cuerpo que no requieran siquiera de una

⁵⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 97 y 98.

⁵⁶² La vejación injusta de carácter leve es constitutiva, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, del delito tipificado en el art. 173.4 CP, solo para el caso de que tenga lugar, precisamente, entre los sujetos enumerados en el art. 173.2 CP.

⁵⁶³ En este sentido, en relación con la antigua falta del art. 617.2 CP, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Faltas contra las personas”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 2004, pp. 2729 a 2757. En sentido contrario, exige la producción de un resultado típico, como menoscabo de la integridad o salud personales, que ni siquiera requieran la primera asistencia facultativa, en relación con la antigua falta de maltrato de obra, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Arts. 147-152”, en DÍEZ RIPOLLÉS J. L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. I, Valencia, 1997, pp. 337 y ss.

primera asistencia facultativa”⁵⁶⁴, hasta la pérdida o inutilización de miembros, pasando, obviamente, por las lesiones que requieran, únicamente, una primera asistencia y las que requieran, además de esta, tratamiento médico o quirúrgico posterior. Por otro lado, tampoco es posible limitar, desde luego, el eventual resultado del ejercicio de violencia psíquica a la vejación injusta de carácter leve, pues los actos de esta naturaleza podrán llegar a ocasionar –lo que ocurrirá las más de las veces– incluso lesiones de carácter psíquico.

Por último, porque esta configuración del resultado del delito del art. 173.2 CP no encaja, en mi opinión, con la concepción del bien jurídico que defiende ACALE SÁNCHEZ. La autora considera que nos encontramos ante un delito contra las relaciones familiares, que protege un bien jurídico de titularidad colectiva, ostentada por la propia unidad o núcleo familiar⁵⁶⁵. Pese a ello, como he dicho, identifica el resultado del delito de malos tratos habituales con el maltrato de obra, en el caso de la violencia física, y con la vejación injusta, en el caso de la violencia psíquica, lo que más bien apunta a la protección de un bien jurídico –o bienes jurídicos– de carácter personalísimo –salud o/e integridad moral–.

⁵⁶⁴ Único resultado que, según la tesis de ACALE SÁNCHEZ, puede derivarse del ejercicio de violencia física (ACALE SÁNCHEZ M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 97).

⁵⁶⁵ Véase *supra* epígrafe 1.2.2.2. del Primer Capítulo de la presente investigación.

3.2.3.2. El resultado del art. 173.2 CP como el “síndrome del maltrato”

Para OLMEDO CARDENETE⁵⁶⁶, sin embargo, el resultado material del delito de malos tratos habituales se concreta en “las consecuencias que física y psíquicamente comporta el síndrome de la mujer maltratada y sus peculiaridades para los casos en los que son los menores las víctimas de la violencia habitual”. Entiendo que el autor pretende hacer referencia al “síndrome del maltrato” en sentido amplio, pues el círculo de posibles sujetos pasivos del delito de maltrato habitual no se limita a las mujeres y los menores, aunque, ciertamente, los estudios en relación con los efectos del sometimiento a una situación prolongada del maltrato se han centrado en las mujeres, los niños y los ancianos.

En efecto, el término “síndrome del maltrato” se emplea para hacer referencia al conjunto de consecuencias que el ejercicio habitual de violencia tiene para la salud física y psíquica de las víctimas⁵⁶⁷. No es este el lugar oportuno para entrar en el análisis de estas cuestiones, cuyo estudio corresponde al ámbito de las Ciencias de la Salud y, por lo que interesa a las Ciencias Penales, al campo de la Victimología. Sin embargo, por lo que respecta a la cuestión del resultado típico del delito del art. 173.2 CP, considero que, en tanto que se trata de efectos sobre la salud del sujeto

⁵⁶⁶ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 64.

⁵⁶⁷ Véanse, a este respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 2003, pp. 136 a 145; MORILLAS FERNÁNDEZ, L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., Y AGUILAR CÁRCELES, M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., pp. 407 a 567; BACA BALDOMERO, E., ECHEBURUA ODRIOSOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, cit., pp. 174 a 177 y 286 a 297; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pp. 13 a 57; BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, 2004, cit., pp. 44 a 59.

pasivo, ya sean de carácter físico, como de carácter psíquico, los mismos serán constitutivos, en su caso, de los respectivos tipos de lesiones, que entrarán en concurso delictivo con el de malos tratos habituales y, en consecuencia, no podrán constituir el resultado típico del delito objeto de estudio.

3.2.3.3. El resultado del art. 173.2 CP como lesión de la integridad moral

Finalmente, otro sector doctrinal sostiene que el resultado del delito de malos tratos habituales es el menoscabo de la integridad moral del sujeto pasivo⁵⁶⁸. Sin embargo, el menoscabo de la integridad moral es un concepto valorativo, que hace referencia al desvalor de resultado, pero no constituye un efecto espacio-temporalmente separable de la acción, exigido por el tipo penal para la consumación del delito⁵⁶⁹. La lesión de la integridad moral - como bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP-, puede producirse con la mera realización de la conducta típica, pues, según ya tuve ocasión de manifestar más arriba, un delito puede ser de lesión -en atención a la intensidad de la ofensa al bien jurídico protegido- y de mera actividad -en

⁵⁶⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 217; NUÑEZ CASTAÑO, E., “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, cit., p. 182.

⁵⁶⁹ En sentido contrario, CASTELLÓ NICÁS considera que es preciso que las acciones de violencia física y/o psíquica produzcan un “perjuicio de naturaleza moral”. Entiende, sin embargo, que ello “no supone confusión alguna entre lesión del bien jurídico y resultado material”, pues con el empleo de la noción de “perjuicio moral” está “sintetizando las posibles secuelas materiales de dichas actuaciones, que atacan, eso sí, el bien jurídico integridad moral, y que se concretarán -resultado- en humillaciones, vejaciones, faltas de respeto a la persona en cuanto ser humano, etc., que deterioran su propia consideración personal” (CASTELLÓ NICÁS, N., “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173. 2 CP”, cit., p. 22).

atención a estructura del tipo-, como sucede, por ejemplo, en el delito de allanamiento de morada, al menos en la modalidad de mantenerse en morada ajena⁵⁷⁰.

3.3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Una vez analizadas las posiciones doctrinales existentes en relación con la estructura típica del delito de malos tratos habituales, procede efectuar una serie de reflexiones críticas. Así, en mi opinión, no es posible afirmar que el art. 173.2 CP tipifique un delito de resultado. El tipo penal solamente exige el ejercicio de violencia física o psíquica de forma habitual, sin requerir, para su consumación, la producción de un resultado ulterior, espacio-temporalmente separable de la conducta. No obstante, una cosa es reconocer que, de *lege lata*, estamos ante un delito de mera actividad y otra distinta la opinión que, de *lege ferenda*, pueda merecer esta opción legislativa.

Resulta imprescindible, a estos efectos, retomar la cuestión de la interpretación jurisprudencial del requisito típico de la habitualidad en la conducta, pues, a mi modo de ver, la reformulación de la noción de habitualidad va a incidir directamente sobre el problema de la estructura típica del delito. Según ya tuve oportunidad de explicar, conforme a la reciente doctrina del Tribunal Supremo, ya no basta, para acreditar la existencia de habitualidad, con la prueba de un determinado número de

⁵⁷⁰ Véase, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 807 y ss.

actos de violencia, sino que es necesaria la constatación, además, de la creación de un “estado de agresión permanente”. Sin embargo, ello supone la exigencia de un resultado –esa situación o estado de agresión permanente-, independiente de la acción –ejercicio de violencia física o psíquica de forma habitual-, que no está previsto en el tipo del 173.2 CP⁵⁷¹. Habrá que admitir, por ello, que se trata de una interpretación contraria al principio de legalidad, pero será preciso analizar si, atendiendo a la finalidad de la intervención penal en este ámbito, la solución propuesta por el Supremo puede considerarse la más idónea y, en su caso, realizar una propuesta de reforma del art. 173.2 CP.

Por la analogía estructural existente entre ambas figuras delictivas, es posible trasladar al delito de malos tratos habituales el interrogante que, en su momento, se planteara DE LA CUESTA AGUADO⁵⁷² con respecto a la configuración típica del delito de acoso laboral: “¿de qué forma puede ser más eficaz la intervención penal: prohibiendo conductas de acoso o sancionando la producción de un resultado, en este caso la producción de una situación antijurídica en la que se sitúa al sujeto pasivo, con independencia de la forma en que esta situación haya sido originada por el sujeto activo?”. En relación con el maltrato, tendremos que plantearnos si, con la tipificación del delito previsto en el art. 173.2 CP, se pretende, exclusivamente, prohibir el ejercicio de violencia física o psíquica de forma habitual o si, por el contrario, se trata de castigar la creación *ex novo* de una

⁵⁷¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, coincidiendo con la postura defendida en esta investigación, entiende que la creación de un estado de agresión permanente constituye un resultado material. Sin embargo, considera el autor, contra la opinión que aquí se mantiene, que pertenecen al tipo del art. 173.2 CP tanto la acción de ejercicio habitual de violencia física o psíquica como el resultado (MUÑOZ SÁNCHEZ J., “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, cit., pp. 87 y 88).

⁵⁷² DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, cit., p. 139.

determinada situación para el sujeto pasivo, siendo irrelevante la naturaleza de las diversas acciones consideradas de forma aislada.

En mi opinión, y de forma coherente con las conclusiones que se han ido alcanzando a lo largo de esta investigación, es esta última la forma más idónea de intervención penal en este ámbito. En efecto, según ya he tenido oportunidad de manifestar, considero que lo relevante no puede ser el significado de los actos singulares. Estos pueden ser, incluso, atípico, y adquirir relevancia penal como consecuencia, precisamente, de la habitualidad y del ámbito relacional en el que se producen, o ser ya típicos a los efectos de otras figuras delictivas, en cuyo caso darán lugar a la aplicación, junto con el delito de malos tratos, de los tipos penales en los que se hayan concretado, tal y como ordena la cláusula concursal. Por tanto, habrá que concluir, con RAMON RIBAS⁵⁷³, que este delito “no contempla las violencias (lo que autoriza su punición independiente), sino cuanto transcurre entre acto y acto”, esto es, la situación creada como consecuencia del conjunto de las acciones. Entiendo, así, con el Tribunal Supremo, que lo característico del delito del art. 173.2 CP no es la mera suma de actos violentos, sino la instauración de un estado de violencia permanente, de una situación sostenida en el tiempo; situación que determina la lesión del interés tutelado y entraña el desvalor propio -distinto del desvalor que representan los actos aisladamente considerados- de esta figura delictiva.

Existen, además, a mi modo de ver, otras dos razones que aconsejan la introducción de un resultado en el art. 173.2 CP. La primera se basa en los inconvenientes que la interpretación del requisito típico de la habitualidad en la conducta le plantea a la Doctrina y a la Jurisprudencia. Como es sabido, el Legislador penal no especifica el número de actos de

⁵⁷³ RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 71, nota al pie n. 63.

violencia que deben ejecutarse para poder considerar que la conducta es habitual, lo que suscita, obviamente, serias dudas en relación con su posible incompatibilidad con las exigencias derivadas del principio de legalidad. La determinación de cuándo concurre este elemento del tipo queda, en definitiva, confiada a la valoración judicial. De este modo, al ser el delito del art. 173.2 CP uno de mera actividad, cuya consumación, depende, por tanto, solo de la realización de la conducta típica, la constatación por parte del juez de la concurrencia de la habitualidad resulta decisiva. Sin embargo, el grado de inseguridad jurídica sería notablemente menor si, además de la realización del comportamiento, el tipo exigiera un resultado, cuya efectiva producción hubiera de ser comprobada por el juez o tribunal. En este caso, la consumación y, por tanto, la tipicidad, no dependerían únicamente de la interpretación judicial del requisito de la habitualidad.

La segunda razón tiene que ver con el hecho de que, en mi opinión, los distintos actos de violencia que pueden integrar la conducta típica no tienen por qué tener, singularmente considerados, relevancia penal. Sin embargo, será preciso establecer un criterio que permita determinar cuándo la repetición de actos, por sí mismos atípicos, merece un juicio de desvalor suficiente para ser considerada típica a los efectos del art. 173 CP. Este criterio no puede ser otro que el de la gravedad de la situación creada por el cúmulo de todos ellos; situación que, por tanto, debería conformar el resultado del delito en estudio.

Por lo expuesto, procede reclamar la reforma del art. 173.2 CP para incluir la exigencia, junto con la realización de la conducta –ejercicio de violencia física o psíquica–, de la producción de un resultado típico: la situación creada como consecuencia del conjunto de las acciones⁵⁷⁴. En tal

⁵⁷⁴ Comparto, en este sentido, la opinión de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 219, quien considera que, en la tipificación del delito de malos tratos habituales, el

caso, para la consumación del delito, no sería suficiente con la realización de un cierto número de actos, sino que, además, el juez debería constatar la existencia de esa nueva situación a la que se hubiere sometido al sujeto pasivo, como efecto separable física y temporalmente de la conducta, pero causalmente relacionado con ella.

Sin embargo, la eventual incorporación al tipo, como resultado del delito de malos tratos habituales, de la expresión “estado de agresión permanente”, acuñada por el Tribunal Supremo y acogida por parte de la Doctrina, no es adecuada por resultar excesivamente imprecisa, siendo necesaria una mayor concreción del resultado típico.

En relación con los delitos contra la libertad sexual, la Jurisprudencia advirtió que, en el ámbito doméstico y asimilados -es decir, en el marco de las relaciones descritas en el art. 173.2 CP-, eran frecuentes los casos en los que el atentado contra la libertad sexual no había estado precedido por la ejecución de concretos actos de intimidación o violencia, pero el sujeto pasivo había accedido a realizar tal conducta como consecuencia de su sujeción a una “situación previa y permanente de intimidación”⁵⁷⁵. En efecto, se trataba de supuestos en los que la intimidación del sujeto pasivo traía causa de su sometimiento a reiterados actos de violencia física y/o psíquica durante un determinado periodo de tiempo. Según el Tribunal Supremo, estas “situaciones intimidatorias permanentes o de sometimiento” suponen “una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo”⁵⁷⁶, lo que termina por producir su

Legislador penal tendría que haber empleado la técnica utilizada para el delito de acoso sexual –art. 184 CP-, cuya consumación exige, además de la solicitud de favores de naturaleza sexual, que con tal comportamiento se haya provocado una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima.

⁵⁷⁵ STS 758/1999, de 12 de mayo.

⁵⁷⁶ STS 914/2008, de 22 de diciembre.

absoluta sumisión, anulando su capacidad para resistirse a los actos que se le requieren⁵⁷⁷. En tales supuesto, por tanto, debe entenderse concurrente el elemento típico de la intimidación -pese a que la misma no tenga lugar inmediatamente antes de ejecutar la conducta sexual- y, por tanto, habrán de ser incluidos en el delito de agresión sexual intimidatoria y no en el de abuso sexual con prevalimiento, evitándose, así, un tratamiento penológico más benigno de los atentados contra la libertad sexual que se producen en estas circunstancias⁵⁷⁸.

Es, precisamente, la situación descrita por el Tribunal Supremo para los casos de atentados contra la libertad sexual la que se produce en los supuestos descritos en el art. 173.2 CP. En efecto, el ejercicio habitual de violencia física y/o psíquica genera una situación de continua intimidación en el sujeto pasivo, que le impide el libre desarrollo de su capacidad autonormativa. No debe confundirse, no obstante, la caracterización de la situación creada por la reiteración de las violencias como intimidante, con la que merece cada una de ellas consideradas singularmente. Así, según dije en otra parte de esta investigación, no todos los actos que pueden integrar la conducta típica -ni siquiera aquellos que entran en la categoría de los psíquicamente violentos- tendrán, pos sí solos, contenido intimidante. Los actos de violencia física y los humillantes no tienen por qué ser, en sí mismos, intimidatorios. Tampoco aquellos actos que, autónomamente considerados, carecen de relevancia penal. Sin embargo, su repetición sí dará lugar a una situación intimidante para la víctima, pues esta temerá, constantemente, que tenga lugar un nuevo episodio. De ahí, como he

⁵⁷⁷ En idéntico sentido, la STS 1538/2004, de 30 de diciembre, afirma que “la intimidación no se contrae necesariamente a acciones puntuales, sino que puede ser fruto también de una situación antecedente prolongada den el tiempo”. La STS 1845/2000, de 5 de diciembre, por su parte, habla de “escenario de permanente dominación”.

⁵⁷⁸ En la Doctrina, en este sentido, véase, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Arts. 178-183”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L y ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, II, Valencia, 2004, pp. 296 a 301.

observado en varias ocasiones, la capital importancia que posee el requisito típico de la habitualidad, que impone la necesidad de interpretar el significado conjunto de todas las acciones ejecutadas.

3.4. CONDUCTAS OMISIVAS

Resta por tratar, en relación con el tipo objetivo del delito de malos tratos habituales, un problema que solo es posible abordar una vez llevado a cabo el análisis de la conducta y de la estructura típica del delito en estudio. Me refiero a la cuestión de la admisibilidad de las conductas omisivas, que, a su vez, plantea dos interrogantes distintos: en primer lugar, si los comportamientos omisivos son subsumibles en la conducta típica; en segundo lugar, si el delito admite la comisión por omisión, en atención a los requisitos exigidos por el art. 11 CP.

3.4.1. CONDUCTA TÍPICA Y COMPORTAMIENTOS OMISIVOS

La conducta típica del delito del art. 173.2 CP consiste en ejercer habitualmente violencia física o psíquica. La Doctrina mayoritaria, partiendo del significado gramatical del verbo ejercer, esto es, “realizar sobre alguien o algo una acción, un influjo, etc.”⁵⁷⁹, excluye las conductas omisivas como forma de ejercer violencia por “la connotación

⁵⁷⁹ Diccionario de la RAE, 23ª edición, acepción tercera del término “ejercer”.

eminentemente activa del verbo rector”⁵⁸⁰. Por tanto, para este sector doctrinal, conductas tales como la desatención de las necesidades básicas del sujeto pasivo, la privación de alimentos, medicamentos, ropa, higiene, etc., cuando se trate de personas que no puedan hacerlo por sí mismas, quedan fuera del tipo penal en estudio y deberán ser castigadas, en su caso, por los correspondientes delitos de abandono de familia – art. 226 CP-⁵⁸¹.

No obstante, algunos autores consideran que tales comportamientos, desde la introducción de la violencia psíquica como modalidad comisiva, son subsumibles en el tipo penal⁵⁸².

El Tribunal Supremo, por su parte, adoptando la misma postura que la Doctrina dominante, considera que la conducta típica del art. 173.2 CP no puede integrarse por conductas omisivas. Así, el Acuerdo, de 21 de julio de

⁵⁸⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales” cit., p. 18; GARCÍA ARÁN, M., “Art. 173.2”, cit., p. 259; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 90; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 100; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 434.

⁵⁸¹ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 90; CASTELLÓ NICÁS, N., “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173. 2 CP”, cit., pp. 11 y 12; MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, cit., p. 1531.

⁵⁸² DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de violencia doméstica (art. 173, núms. 2 y 3)”, cit., p. 200; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 202; BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, cit., pp. 191 y 192; GÓMEZ NAVAJAS, J., “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, cit., p. 66; DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, cit., p. 324. Esta parece ser también la postura adoptada por ROCA AGAPITO, quien, al estudiar el delito de abandono de familia, afirma que “tampoco sería descartable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, un concurso de delitos con el de malos tratos habituales del art. 173 CP” (ROCA AGAPITO, L. “Derechos y deberes familiares”, en ÁLVAREZ GARCÍA F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 933 y 934).

2009 de la Sala 2ª del TS declara que “el tipo delictivo del 173.2 CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo. Sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante”. Según puede observarse, el Acuerdo trata las dos cuestiones a las que hice referencia anteriormente: en primer lugar, excluye expresamente la posibilidad de que la conducta típica pueda integrarse por comportamientos omisivos; en segundo, aborda la controvertida cuestión de la admisibilidad de la comisión por omisión, que será analizada en el epígrafe posterior.

En relación con la exclusión de las conductas omisivas como forma de ejercer la violencia, resulta de sumo interés el análisis de la STS 477/2009, de 10 de noviembre, en la que el Tribunal Supremo expone los argumentos en los que, aplicando la doctrina establecida en el Acuerdo de la Sala 2ª a la que acabo de referirme, fundamenta dicha conclusión. En el caso en cuestión, la acusada, según declara el Tribunal, se aprovecha de la “relación cuasifamiliar” que mantenía con la víctima, Laura, por haberse encontrado al servicio de la familia de esta última durante largos periodos, y de la situación de soledad en que la misma se encontraba por haber enviudado y carecer de familiares directos, así como de su edad avanzada. En tales circunstancias, la acusada convenció a la mujer para que se trasladara a su domicilio, ofreciéndole ayuda y asistencia para la vida cotidiana. Posteriormente, consiguió que la víctima abriera una cuenta bancaria a nombre de ambas y con facultades indistintas de disposición, extrayendo la acusada, a lo largo de los meses sucesivos, el saldo íntegro de la cuenta, constituido por los ahorros de Laura y por las cantidades que mensualmente ingresaba de la Tesorería General de la Seguridad Social, en concepto de pensión. Asimismo, logró que la víctima “otorgase escritura pública en la que vino a donar a la acusada, sin contraprestación económica

alguna, bajo la apariencia de compraventa, la vivienda titularidad de Laura". Es preciso señalar que, en aquellas fechas, Laura tenía "normalmente conservadas sus capacidades de entender y querer", pero durante todo ese tiempo protagonizó varios ingresos hospitalarios como consecuencia de su sometimiento por parte de la acusada "a un severo régimen de privación alimenticia", que derivó en diversos cuadros de desnutrición y deshidratación severa, con atrofia muscular en extremidades. Tres años después del inicio de la convivencia entre ambas, los servicios de asistencia social hospitalarios, alertados de la situación de deterioro físico de Laura, gestionaron su ingreso en una residencia de mayores, dónde la mujer ingresó voluntariamente, pese "a la resistencia y obstruccionismo sistemático desarrollado por la acusada". La sentencia de instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real⁵⁸³, condenó a la acusada por los hechos narrados como autora de un delito continuado de estafa, de un delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP y de un delito de lesiones⁵⁸⁴.

En relación con la sentencia del Tribunal Supremo por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la antedicha resolución, me referiré únicamente, por lo que aquí interesa, a las consideraciones realizadas en relación con el delito de malos tratos habituales. No obstante, considero conveniente describir el desarrollo de todos los acontecimientos, incluyendo las conductas que no tienen que ver con el delito objeto de estudio, sino con otros de carácter patrimonial, para evidenciar la confianza de la víctima en la acusada y el grado de dependencia que esta había desarrollado respecto de aquella. Es claro, y así lo manifiesta el Tribunal,

⁵⁸³ SAP de Ciudad Real, 12/2008, de 23 de junio.

⁵⁸⁴ En realidad, los hechos que dieron lugar a los diversos ingresos hospitalarios eran constitutivos de varios delitos de lesiones del art. 147.1 CP, pero la Sala sentenciadora de instancia condena por un único delito de lesiones, tal como declara expresamente, "en estricta observancia del principio acusatorio".

que en el caso expuesto tanto la acusada como la víctima reúnen las condiciones necesarias para ser sujeto activo y pasivo del delito del art. 173.2 CP, pues esta última entraría en la categoría de persona integrada en el núcleo de convivencia familiar de aquella. Sin embargo, difiere del fallo emitido por la Sala de instancia y no considera subsumibles los hechos descritos en el delito objeto de estudio, en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, afirma que “lo que resulta cuestionable es que sea compatible con la exigencia democrática del principio de legalidad el forzamiento de los términos utilizados por el legislador en el citado tipo penal cuando sanciona como tal delito la utilización de violencia como medio comisivo. Es cuestionable calificar como típico el comportamiento de quien, en posición de garante, desatiende las prestaciones asistenciales, asumidas, además bajo prestación económica. Incluso ocasionando cuadros de desnutrición y deshidratación en la persona garantizada. Esa omisión no parece que constituya también violencia”. Entiende el Tribunal, por tanto, que no todo acto que afecte a la integridad moral puede integrar la conducta típica del art. 173.2 CP, sino únicamente aquellos que se hayan provocado ejerciendo violencia física o psíquica, “sin perjuicio de que, si alcanzare la suficiente entidad, pueda éste subsumirse en el apartado 1 del artículo 173 para lo que no debe ser obstáculo que entre autor y víctima exista la relación a que se refiere el apartado 2”.

En segundo lugar, considera que, “desde una perspectiva sistemática el alcance de tal voz (violencia) en la descripción típica del art. 173.2 del Código Penal ha de permitir diferenciarlo del hecho típico del artículo 226 del Código Penal que el legislador no quiso derogar cuando introdujo el delito de violencia habitual doméstica (...) A tal resultado llevaría calificar como violencia del art. 173.2 CP la omisión constituida por el dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a relaciones

equiparables a las que existen entre los sujetos a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal”.

Por último, sostiene que “mal puede decirse que -el art. 173.2 CP- incluye modalidades típicas omisivas que no se compadecen con el verbo típico ejercer”.

En atención a lo expuesto, el Tribunal concluye que “no basta, para estimar cometido este delito del artículo 173.2, ni el total incumplimiento de las obligaciones asistenciales, ni la producción de tratos vejatorios y degradantes, ni siquiera la producción de resultados lesivos, sino que se requiere que, con o sin tal resultado, el autor haya ejercido violencia física o psíquica. Al no poder considerarse como tal violencia los actos descritos en los hechos probados, el motivo debe ser estimado”. Por tanto, estima parcialmente el recurso y absuelve a la acusada del delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP.

No obstante, es preciso hacer referencia al voto particular emitido a la sentencia comentada en el que se firma, en relación con la conducta típica del art. 173.2 CP que “es meridianamente claro que se ejerce violencia omisiva, cuando no se da de comer a una persona que se tiene a cargo del acusado, o no se le suministra medicamentos, o, pongamos por caso, no se enciende la calefacción en una situación de intenso frío, por ejemplo respecto a un bebe, o un niño de corta edad, o un anciano, y todo ello teniendo en cuenta que estas situaciones pueden producir lesiones físicas en la víctima”.

3.4.1.1. Posición personal

Al tratar la cuestión de la conducta típica del delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, ya puse de manifiesto que, en mi opinión, lo relevante, en relación con los actos de violencia, es el padecimiento físico y psíquico que los mismos generan en el sujeto pasivo, siendo, precisamente, este el medio empleado para lesionar su integridad moral en el sentido expuesto a lo largo de esta investigación. Es claro que tales padecimientos pueden ser provocados, también, a través de muy variados comportamientos omisivos. Así sucede en los citados ejemplos de no alimentar, no proporcionar los medicamentos requeridos, no vestir o no asear al sujeto pasivo, cuando se trate de una persona que, por cualquier circunstancia, carezca de autonomía. Pero no se agotan en estas las posibles formas de generar tal clase de sufrimientos por omisión. Imaginemos que el sujeto pasivo del delito se encuentra postrado en una cama y depende por completo del activo. Supongamos que este último, además de los comportamientos ya señalados, no le cambia de postura en la cama, lo que, además de dolores musculares, provoca el desarrollo de escaras en la persona impedida. Del mismo modo, no levanta las persianas de la habitación en la que esta se encuentra para que permanezca en la oscuridad, sin saber cuándo es de día y cuándo de noche, no ventila, no muda la ropa de cama, manteniéndolo en condiciones insalubres, por ejemplo. Así, un día tras otro. No existe duda de que tales comportamientos son susceptibles de generar sufrimientos físicos y psíquicos parangonables -o, a veces, más graves- que muchas conductas activas que he catalogado como física o psíquicamente violentas y que constituyen un medio igualmente idóneo para lesionar la integridad moral del sujeto pasivo. De hecho, el Tribunal Supremo reconoce en la sentencia citada que esta clase de conductas atentan contra la integridad moral, al señalar que, pese a no ser subsumibles en la

conducta típica del art. 173.2 CP, de tener la suficiente gravedad, podrán ser castigadas por el art. 173.1 CP.

Por otro lado, no comparto el razonamiento del Supremo cuando afirma que las conductas omisivas no pueden integrarse en el concepto “violencia”. El significado gramatical del término ofrecido por la RAE, no impone, según expuse en otro lugar de esta investigación, dicha restricción, pues por violencia debemos entender la acción violenta o contra el modo natural de proceder o la acción y efecto de violentar, lo que supone aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia, considerándose medio violento tanto el que supone el empleo de fuerza física como la moral. Estas explicaciones poco o nada aportan, porque contienen el concepto definido dentro de la definición. Si entendiéramos el término violencia solamente como el acometimiento físico, entonces es claro que tales conductas omisivas no podrían calificarse de violentas. Sin embargo, no es este el significado acogido en esta investigación, ni tampoco el que el Legislador ha adoptado a la hora de definir la conducta típica del delito objeto de estudio. Así, a diferencia de lo que ocurre en el delito de coacciones, en el que únicamente se alude al término violencia, dando lugar al debate doctrinal al que ya he hecho referencia en otro momento de esta investigación, acerca del alcance de dicho término, el art. 173.2 CP incluye, también, la violencia psíquica.

Tampoco estoy de acuerdo con la citada sentencia en que ello conduciría a confundir el hecho típico del delito de malos tratos habituales con el delito de abandono de familia del art. 226 CP. En mi opinión, este último pretende proteger el cumplimiento de los deberes de protección y asistencia que rigen en el ámbito familiar, por lo que tales conductas omisivas podrían ser subsumibles en el delito tipificado en el art. 266 CP y,

a su vez, integrar la conducta típica del art. 173.2 CP, dando lugar al correspondiente concurso de delitos⁵⁸⁵.

En otro orden de cosas, no alcanzo a comprender por qué el Tribunal Supremo habla de la posición de garante del sujeto activo en el caso enjuiciado si lo que se está planteando es la posibilidad de que los comportamientos omisivos sean subsumibles en la conducta típica “ejercer violencia” y no si es posible cometer el delito en comisión por omisión. Se trata, como se explicó en su momento, de un delito especial en el que se exigen la concurrencia de una de las relaciones señaladas en el tipo entre el sujeto activo y el pasivo. Si el Tribunal comprueba que, efectivamente, en el supuesto de hecho, la acusada reúne tales requisitos, no es preciso acreditar la existencia de posición de garante alguna puesto que de lo que se trata es de discernir si las omisiones encajan en la conducta descrita por el Legislador penal. Quizá con ello el Tribunal pretenda hacer referencia a que conductas omisivas como las anteriormente descritas solo son típicas en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo no pueda atender por sí mismo sus necesidades y dependa para ello del activo.

Sin embargo, creo que tienen razón la Doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo al afirmar que el verbo rector de la conducta típica impide la inclusión de los comportamientos omisivos. Además, si el obstáculo se encuentra en el verbo típico, no será posible tampoco subsumir las omisiones en la violencia psíquica, como, según he dicho, sugieren algunos autores. Por tanto, a mi juicio, existe una importante laguna a este

⁵⁸⁵ TORRES ROSELL, N., “Artículo 226”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, Pamplona, 2016, p. 1612. No obstante, no es esta una opinión pacífica en la Doctrina, que se encuentra dividida entre quienes sostienen esta postura y quienes tratan de asignar a este tipo penal un bien jurídico de contenido material. Véase, a este respecto LAURENZO COPELLO, P. “Art. 226”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código penal. Parte especial*, II, Valencia, 2004, pp. 1232 y ss.

respecto, probablemente porque el Legislador penal ni siquiera ha reparado en la idoneidad de esta clase de comportamientos omisivos para someter al sujeto pasivo a una situación de persistente coerción lesiva de su integridad moral, limitándose a tipificar aquellas conductas que resultan más obvias.

En consecuencia, considero que es preciso encontrar un verbo típico capaz de abarcar todos los comportamientos que, realizados habitualmente, puedan dar lugar al resultado que se pretende evitar. Así, en mi opinión, la conducta típica habría de ser descrita como “maltratar”, siguiendo el ejemplo del Legislador penal italiano –art. 572 Cpi-, por los siguientes motivos:

- Primero, porque maltratar significa “tratar mal a alguien de palabra u obra”⁵⁸⁶, por lo que caben en dicha definición, también, las conductas omisivas. Así lo demuestra el hecho de que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia italianas se muestran unánimes a la hora de incluir las conductas omisivas en el delito del art. 572 Cpi, según expuse en su momento⁵⁸⁷.
- Segundo, porque considero que el término maltratar es idóneo para describir el fenómeno que se trata de reprimir con la tipificación del delito del art. 173.2 CP, siendo esta la expresión que se emplea, tradicionalmente, tanto en el ámbito del Derecho penal, como de la Criminología y la Victimología.

No obstante, entiendo que, a diferencia del delito italiano, en el art.173.2 CP sería preciso mantener el adverbio *habitualmente*, para evitar las dudas que pudieran surgir en torno a si es precisa la repetición de actos o si, por el contrario, bastaría con un acto de maltrato para la consumación

⁵⁸⁶ Diccionario de la RAE, 23ª edición, primera acepción del término maltratar.

⁵⁸⁷ Véase *supra* epígrafe 3.4. del Capítulo Segundo de la presente investigación.

del delito. Ello porque en nuestro Texto Punitivo existen los arts. 147.2 CP -antigua falta-, cuya acción típica consiste en maltratar de obra, siendo suficiente un único acto de estas características, y 153 CP, en el que sucede exactamente lo mismo, mientras que en Italia existe una consolidada doctrina jurisprudencial y una opinión unánime entre la Doctrina penal acerca de la necesidad de la reiteración de acciones de maltrato para alcanzar el momento consumativo del delito de malos tratos entre familiares y convivientes, tal y como pude explicar en otra parte de esta investigación⁵⁸⁸.

3.4.2. COMISIÓN POR OMISIÓN

Otro problema que surge, en relación con el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, es el de la admisibilidad de la comisión por omisión. Teniendo en cuenta las relaciones que deben mediar entre los sujetos del delito, en cuyo seno será frecuente la existencia de posiciones de garantía, no es de extrañar que este sea uno de los interrogantes a los que se enfrentan Doctrina y Jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la Doctrina científica, esta se encuentra dividida entre quienes consideran que el delito del art. 173.2 CP es de resultado y quienes entienden que es un delito de simple actividad, pues, como es sabido, la exigencia de un resultado típico es requisito necesario

⁵⁸⁸ Véase *supra* epígrafe 3.6. del Segundo Capítulo de esta investigación.

para la posible comisión de un delito por omisión^{589 590}. Así, el art. 11 CP establece que “los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderá cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Partiendo de estas premisas, aquellos autores que sostienen que el delito del art. 173.2 CP es de resultado, admiten, de forma prácticamente unánime, la comisión por omisión, cuando concurren los requisitos

⁵⁸⁹ Véanse, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Artículo 11”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999, pp. 43 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Artículo 11”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999, pp. 482 y ss.

⁵⁹⁰ No es esta la opinión de GRACIA MARTÍN, quien admite la omisión impropia pese a considerar que el delito de malos tratos habituales es de mera actividad. Afirma el autor que “*todo* delito, en principio, puede ser realizado por omisión si se dan los requisitos constitutivos de la equivalencia de la conducta activa; pues entiendo que *todo* delito precisa de la producción de un efecto en el mundo exterior, que no puede faltar, y este es el sentido que debe atribuirse al concepto de resultado en la disposición de la comisión por omisión del art. 11 CP” (GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 464, nota al pie n. 172). Del mismo modo, admiten la posibilidad de cometer el delito objeto de estudio por omisión, a pesar de afirmar que se trata de una infracción de mera actividad, GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 63.

expuestos⁵⁹¹ ⁵⁹² Así, entienden que comete el delito objeto de estudio quien, encontrándose en posición de garante, no impide que otro ejerza habitualmente actos de violencia física o psíquica sobre el sujeto pasivo. No obstante, no existe acuerdo en torno a la cuestión de cuándo puede reputarse equivalente la causación del resultado y la no evitación del mismo “según el sentido del texto de la ley”, lo que no es más que el reflejo del tradicional debate doctrinal acerca del problema del “juicio de equivalencia” en la comisión por omisión. A este respecto, mientras algunos se conforman con que el omitente, ostentando una posición de garante, no evite el resultado⁵⁹³, pudiendo hacerlo, otros, como señala MUÑOZ SÁNCHEZ, “exigen, además, que se pueda fundamentar la equivalencia

⁵⁹¹ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 65 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, N., “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173. 2 CP”, cit., pp. 10 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pp. 219 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “Arts. 173-177”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, vol. II, Valencia, 2004, pp. 122 y ss. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, quien, no obstante, propone la tipificación expresa de la comisión por omisión y propone la introducción en el art. 173 CP de un párrafo con el siguiente tenor: “en las mismas penas incurrirán las personas señaladas en el número segundo de este artículo que teniendo el deber jurídico de evitarlo, no impidan el desarrollo de los actos descritos en el mismo. No obstante lo previsto en el apartado anterior, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del sujeto y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado” (MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho penal y la violencia doméstica”, cit., p. 267).

⁵⁹² ACALE SÁNCHEZ, pese a considerar, tal como expuse en su momento, que estamos ante un delito de resultado, rechaza la posibilidad de admitir la comisión por omisión “porque además de ser un tipo de medios determinados, la acción no es equiparable a la omisión <según el sentido del texto de la ley>” (ACALE SÁNCHEZ M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 99).

⁵⁹³ De este modo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS afirma que “[E]n definitiva, cuando el orden social atribuye al sujeto –v. gr. cónyuges, hijos, tutores...- la obligación de evitar el resultado típico, se constituye en garante de un determinado bien jurídico y si no evita ese resultado deberá responder por omisión” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., p. 220). En el mismo sentido GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 63.

desde el punto de vista de lo injusto entre la omisión y la acción”⁵⁹⁴. En este sentido, según OLMEDO CARDENETE⁵⁹⁵ “la equivalencia entre el hecho de causar *habitualmente* el maltrato y la no evitación del mismo por parte de quien estaba en condiciones de hacerlo”, conduce necesariamente a afirmar la responsabilidad penal del omitente en comisión por omisión. Por su parte, MUÑOZ SÁNCHEZ, afirma que “se dará la comisión por omisión cuando el omitente tenga un poder de decisión acerca de la situación del bien jurídico, esto es, cuando el bien jurídico está en una situación de dependencia de ese sujeto, lo que ocurre cuando controla o domina el curso causal en dirección a ese resultado”⁵⁹⁶.

En cuanto a la postura del Tribunal Supremo sobre la admisibilidad de la comisión por omisión respecto del delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 CP, según ya he adelantado, el Acuerdo, de 21 de julio de 2009 de la Sala 2ª del TS declara que “es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante”. Ello no hace sino confirmar lo que era ya Jurisprudencia consolidada de la Sala 2ª, que venía condenando, primero, por el art. 425 TRCP de 1973 y, tras la entrada en vigor del Código penal del 95, por el delito de malos tratos habituales del art. 153 CP -actual art. 173.2 CP-, en comisión por omisión, al padre o la madre que, teniendo conocimiento de ello, no hubieran impedido el ejercicio de violencia reiterada sobre el hijo menor por parte de su cónyuge o pareja sentimental. Muestra de la postura del Tribunal Supremo es el razonamiento expuesto

⁵⁹⁴MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “Arts. 173-177”, cit., p. 123.

⁵⁹⁵ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 65 (con cursiva en el original). En el mismo sentido, CASTELLÓ NICÁS, N., “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173. 2 CP”, cit., pp. 12 y 13.

⁵⁹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “Arts. 173-177”, cit., p. 124.

en su sentencia 1161/2000, de 26 de junio, en la que condenó como autora por un delito de malos tratos del antiguo art. 153 CP, en comisión por omisión, a la madre de un menor que toleró, conociéndolos, los malos tratos a los que el padre le sometió durante un periodo aproximado de dos meses, declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de instancia⁵⁹⁷, que la había absuelto por considerar que no quedaba acreditada su participación en las agresiones “ni activa ni pasivamente”. Así, en la sentencia objeto de análisis, afirma el Tribunal Supremo que «con relación a la otra acusada –esto es, su madre- a la consideración de este Tribunal, existen elementos suficientes en el “factum” de la Sentencia recurrida de donde deducir su participación como autora por comisión por omisión, dada la posición de garante (...), dado el conocimiento que debe atribuírsele de los malos tratos reiterados que son infligidos por su marido y padre del menor». Dicho menor – de 7 meses de edad- había protagonizado diversos ingresos hospitalarios, presentando hematomas por todo el cuerpo y vómitos persistentes, hechos que el médico pediatra puso en conocimiento de los Servicios Sociales y de la Fiscalía de Menores. El día 22 de febrero de 1998 el niño es ingresado en “estado de parada cardiorrespiratoria sin respuesta a ningún tipo de estímulo”, evidenciando las radiografías que se le efectúan ese mismo día “nueve fracturas intercostales de una antigüedad de unos treinta días aproximadamente”, situación que, tal como se relata en los hechos probados, era perceptible a simple vista, pues “con solo mirar a David, se veían los múltiples hematomas que en este último ingreso todavía presentaba”. Con estos elementos probatorios, advierte el Tribunal que “es fácil deducir inferencialmente que la acusada y madre del menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que era objeto, y ello de forma reiterada, y si no pudo probarse su autoría directa, sí es responsable,

⁵⁹⁷ SAP de Castellón 14/1999, de 23 de febrero.

como autora por comisión por omisión, ya que el único que podía realizar tan reprochable conducta necesariamente tenía que ser el padre, e inevitablemente su materialización en el cuerpo del bebe tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropas, baños, cuidados personales, etc., y nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran dichos malos tratos reiterados” y concluye que “la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora” para la consumación del delito

Por tanto, es posible concluir que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en que un sujeto ostenta una posición de garante, derivada de alguna de las circunstancias mencionadas en el art. 11 CP –sea de los padres frente a los hijos, de los hijos frente a, por ejemplo, los padres impedidos, de quien ha asumido el cuidado de una persona que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidos a custodia o guarda en un centro público o privado, etc.-, este cometerá el delito del art. 173.2 CP, en comisión por omisión, cuando no impida, teniendo conocimiento de la situación y pudiendo hacerlo, que otro ejerza habitualmente los actos de violencia sobre el sujeto pasivo, pues en tal caso la no evitación del maltrato equivale a su causación⁵⁹⁸.

3.4.2.1. Posición personal

Según la tesis sostenida en esta investigación, el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP es de mera actividad, lo que conduce, necesariamente, a inadmitir la comisión por omisión en relación con esta

⁵⁹⁸ Véanse, a título de ejemplo, las SSTS 20/2001, de 22 de enero; 1267/2011, de 14 de noviembre o 64/2012, de 27 de enero o 870/2014, de 18 de diciembre.

figura delictiva. En efecto, dicha posibilidad está supeditada a la exigencia de un resultado típico, por lo que, aunque el sujeto activo ostentare –lo que, teniendo en cuenta el ámbito subjetivo del delito, ocurrirá con frecuencia– una posición de garante respecto del bien jurídico, no podrá exigírsele, *ex art. 11 CP*, responsabilidad penal por no impedir el ejercicio de violencia por parte de un tercero.

No obstante, entiendo que el Tribunal Supremo admite la comisión por omisión respecto del delito objeto de estudio, porque, según expuse con detalle en su momento⁵⁹⁹, la Sala 2ª viene exigiendo la producción de un resultado –el denominado “estado de agresión permanente”–, independiente de la acción, que no está previsto en el tipo penal. Por tanto, para la consumación del delito de malos tratos habituales, según el Tribunal Supremo, no basta con acreditar la realización de la conducta típica, sino que, además, es preciso constatar la producción de un resultado, lo que permitiría, de concurrir el resto de requisitos del art. 11 CP, admitir la comisión por omisión. Sin embargo, en mi opinión, esta doctrina jurisprudencial es abiertamente contraria a las exigencias derivadas del principio de legalidad, pues el art. 173.2 CP no describe resultado típico alguno.

Ahora bien, la introducción en el delito del 173.2 CP de un resultado como el propuesto en esta investigación, haría admisible la realización del tipo en comisión por omisión, tal como sucede, por ejemplo, en relación con el delito de acoso sexual –art. 184 CP–, cuando el empresario no evita que el resultado se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial⁶⁰⁰. Ello, no obstante, plantearía la

⁵⁹⁹ Véase *supra* epígrafe 2.3.1.2. del Capítulo Tercero de la presente investigación.

⁶⁰⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., “Acoso sexual”, cit., p. 636. Lo mismo puede predicarse en relación con el delito de acoso laboral –at. 173.1 CP, párrafo segundo– (Véase

compleja cuestión de dilucidar cuándo la no evitación del resultado equivale, según el sentido del texto de la ley, a su causación; esto es, del denominado “juicio de equivalencia”, lo que constituye, seguramente, el punto más controvertido en materia de omisión impropia⁶⁰¹. La Doctrina científica mantiene a este respecto posturas dispares, cuyo análisis excedería ampliamente del objeto de esta investigación, más aun cuando, como he dicho, en mi opinión, la actual configuración del tipo penal del art. 173.2 CP impide la exigencia de responsabilidad por omisión.

No obstante, es preciso advertir un problema que, en caso de incluirse un resultado típico y de admitirse la realización del delito de malos tratos habituales en comisión por omisión, puede darse con frecuencia en la práctica y al que sería imprescindible prestar atención. Me refiero a aquellos supuestos en los que quien ostenta una posición de garante y no evita el resultado se encuentre, también, sometido a una situación de maltrato persistente. Así, por ejemplo, en los citados ejemplos en los que uno de los progenitores maltrata al hijo menor, sin que el otro lo impida, en caso de que este último fuera a su vez sujeto pasivo del delito, habría que analizar, en sede de culpabilidad, a la hora de dilucidar su posible responsabilidad penal por omisión, en qué medida podría exigírsele una conducta distinta. Tampoco puede descartarse la posibilidad de que el omitente en posición de garante no tenga capacidad de acción, por ejemplo, en el caso de que se encuentre impedido como consecuencia de una

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, cit., pp. 141 y ss.).

⁶⁰¹ Véase, sobre el debate doctrinal en torno al “juicio de equivalencia”, CARBONELL MATEU, J.C., “La equivalencia significativa en la comisión por omisión”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 113, época II, septiembre 2014, pp. 5 a 43; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Comisión por omisión y Principio de Legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. extraordinario 2 (2004), pp. 279 a 315; ÁLVAREZ GARCÍA F. J., “Comisión por omisión y legalidad penal”, en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Madrid, 2008, pp. 45 a 73.

enfermedad y dependa absolutamente del sujeto activo del delito. En tal caso, su omisión sería atípica.

3.5. PROPUESTA DE REFORMA DEL ART. 173.2 CP

Como consecuencia de las consideraciones realizadas, se propone la modificación del párrafo primero del art. 173.2 CP, que pasaría a estar redactado como sigue:

Quien maltratare habitualmente a su cónyuge o persona con quien esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o a los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o a los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a su potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o a la de su cónyuge o conviviente⁶⁰², o a persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, y con ello creare una situación gravemente intimidatoria para la víctima, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela,

⁶⁰² Véase lo dicho sobre esta categoría de posibles sujetos pasivos del delito en el epígrafe 1.3. del Capítulo Tercero de la presente investigación.

guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

El art. 173.2 CP contiene un delito especial, pues limita la posibilidad de ser sujeto activo del delito a quienes se encuentren unidos al sujeto pasivo por alguna de las relaciones específicamente previstas en el tipo. Más concretamente, y utilizando una categoría generalmente admitida en la doctrina, es un delito especial propio.

El catálogo de relaciones amparadas por el delito de malos tratos habituales va más allá de las estrictamente familiares, abarcando desde las meramente afectivas, hasta las convivenciales y las tutelares o semejantes. No obstante, es posible hallar un elemento común a todas ellas; elemento que, a mi juicio, constituye la *ratio legis* de la intervención penal y que debe orientar la interpretación del ámbito subjetivo del delito: la situación de especial vulnerabilidad en que colocan al sujeto pasivo, limitando o impidiendo su capacidad de autoprotección.

El art. 173.2 CP incorpora las siguientes categorías o círculos de posibles sujetos pasivos:

- a) Cónyuge, excónyuge o persona que esté o haya estado ligada al sujeto activo por análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

Con la inclusión en esta categoría de posibles sujetos pasivos de los excónyuges y a las parejas o exparejas sentimentales, aunque nunca hubiera mediado convivencia, el Legislador puso de manifiesto que el precepto no tiene como finalidad la protección de la institución matrimonial, ni de las

relaciones familiares o convivenciales, sino que está destinado a intervenir penalmente en relaciones que, de hecho, son materialmente idénticas a la matrimonial a los efectos de condicionar y limitar la capacidad del sujeto pasivo para sustraerse al maltrato. El principal problema que plantea esta previsión típica es la interpretación del concepto de análoga relación de afectividad a la matrimonial, cuestión que mantiene dividida a la Doctrina y a la Jurisprudencia que se muestra fluctuante. El parámetro central para determinar qué relaciones son análogas, y por tanto, el contenido del concepto, se encuentra, en mi opinión, en la voluntad de dos personas de permanecer unidas por una relación íntima que implica una vinculación personal y que se caracteriza por la existencia de una cierta vocación de permanencia y de compromiso mutuo. Por el contrario, a mi modo de ver, lo relevante del concepto no son tanto las características de la relación, cuanto la situación de hecho en en que dicha relación haya colocado al sujeto pasivo, posibilitando la ejecución del delito, razón por la que considero preferible, por inútiles, no fijar criterios a priori.

- b) Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad ya sean propios o del cónyuge o conviviente.

El Legislador penal no ha precisado si respecto de este grupo de sujetos pasivos es exigible el requisito de la convivencia con el autor, por lo que la Doctrina científica está también dividida. No obstante, varias son, a mi juicio, las razones en las que puede fundamentarse la innecesariedad de convivencia en este caso: por un lado, porque de exigirse convivencia, la mención expresa de esta categoría de sujetos sería innecesaria, pues ya se prevé una categoría autónoma que acoge a toda persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre inmersa en el núcleo de convivencia del autor; de otro, porque la existencia de una relación de

parentesco como las descritas es suficiente para fundamentar una situación de sujeción determinante de una eventual reducción de la capacidad de autoprotección, sin necesidad de añadir requisitos adicionales.

- c) Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho el cónyuge o conviviente.

Todo menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección que conviva con el autor podrá ser sujeto pasivo del delito, aunque entre este y aquel no medie ninguna relación familiar o cuasi-familiar. El concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección se define en el art. 25 CP, que, como es sabido, no requiere de una resolución judicial previa que declare al sujeto incapacitado.

Más discutida resulta la previsión relativa a quienes se encuentren sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. Es preciso advertir, previamente, que con la reforma de 2003 se excluyeron de este grupo de sujetos pasivos a quienes se encuentren sometidos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del propio sujeto activo, pues eliminó la referencia “de uno u otro” prevista en las anteriores redacciones del tipo. Este contrasentido resulta tan obvio que no puede achacarse sino a un olvido del Legislador penal.

La Doctrina mayoritaria critica que el precepto no exija expresamente la convivencia con el autor y reclama este requisito para la aplicación del delito. Ello, en mi opinión, no puede sostenerse, porque de exigirse convivencia, la previsión expresa de este grupo de sujetos sería redundante, pues todo menor o persona con discapacidad necesitada de

especial protección que conviviera con el sujeto activo encajaría en el primer grupo de esta tercera categoría.

d) Persona amparada por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar

Esta vez sí, el Legislador fundamenta la inclusión de este grupo de posibles sujetos pasivos del delito en su relación de convivencia con el autor. No obstante, la Doctrina mayoritaria, a la que me adscribo, se muestra partidaria de una interpretación restrictiva de esta categoría, reclamando la concurrencia de alguna otra circunstancia que pueda servir de base a la relación de supremacía-sujeción, más allá del dato puramente objetivo de la convivencia.

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

La incorporación de esta última categoría de sujetos pasivos en la reforma de 2003 ha sido criticada por una parte de la Doctrina por entender que, al haberse traspasado el ámbito puramente familiar, la esencia del tipo ha quedado desvirtuada. Sin embargo, partiendo de la postura sostenida en esta investigación, la inclusión de estos sujetos ha venido a confirmar la tesis de que el Legislador penal pretende proteger a aquellas personas sujetas a situaciones fácticas de dependencia o subordinación, que, en este caso, vendrán determinadas por la causa que motivó el sometimiento de la persona a custodia o guarda.

II

La conducta típica del art. 173.2 CP consiste en ejercer violencia física o psíquica con carácter habitual, por lo que es preciso desentrañar, de un

lado, los conceptos de violencia física y psíquica y, de otro, el de habitualidad. Con la previsión de la cláusula concursal contenida en el propio precepto, el Legislador ha puesto de manifiesto que el delito de malos tratos habituales no comprende el desvalor de los resultados de lesiones u otros en que pudieran concretarse las distintas acciones. Por tanto, no es posible identificar los conceptos de violencia física y psíquica con los de lesiones físicas y psíquicas. Siendo esto así, considero que lo relevante de tales actos, a los efectos del delito objeto de estudio, es la capacidad de los actos concretos de violencia ejercida para afectar a la integridad moral -bien jurídico protegido en el tipo-. En este sentido, la lesividad al bien jurídico protegido viene determinada por el padecimiento de carácter físico y psíquico que el ejercicio de la violencia típica produce en la víctima. La causación de estos padecimientos, con carácter habitual, constituirá el medio empleado para impedir el libre desarrollo de la capacidad autonormativa del sujeto pasivo.

Si sobre los actos susceptibles de provocar padecimientos físicos no existen dudas, no sucede lo mismo con los actos susceptibles de generar padecimientos psíquicos, por lo que es necesario realizar un esfuerzo interpretativo con el objeto de establecer la característica o características que nos permitan reconocer cuándo un determinado acto violento puede encuadrarse en esta categoría. En mi opinión, es preciso atender a la capacidad del acto para humillar o para intimidar al sujeto. No se trata, obviamente, de caracteres excluyentes. Un acto intimidante, generalmente, provocará humillación, sin embargo, los conceptos de violencia psíquica y de intimidación no se corresponden, pues de lo contrario el Legislador hubiera empleado el término intimidación en la descripción de la conducta típica, como ha hecho en tantas otras figuras delictivas de nuestro Texto Punitivo. Por tanto, es preciso establecer un “grupo de recogida” que englobe aquellos actos que sin ser -o no teniendo por qué ser- intimidantes,

son generalmente reconocidos como psíquicamente violentos. En estos supuestos se englobarían, los insultos, los actos y manifestaciones de menosprecio o que ponen en ridículo al sujeto pasivo, etc. Todo ello sin perder de vista que los actos de violencia física, además del padecimiento de esta índole, generarán, normalmente, sufrimientos psíquicos como los descritos.

III

La Doctrina mayoritaria considera que las acciones de violencia que pueden tenerse en cuenta para integrar la conducta habitual deben ser, aisladamente consideradas, típicas. Sin embargo, considero que, a falta de un pronunciamiento expreso del Legislador penal, es posible tener en cuenta, para apreciar la habitualidad, acciones que, singularmente, carecen de relevancia penal. En relación con la violencia física, no es posible imaginar acciones atípicas, puesto que el mero maltrato de obra es constitutivo del delito leve del art. 147.3 CP. No sucede lo mismo con las acciones de violencia psíquica, pues determinadas acciones adquirirán tal significado solo en atención a la situación creada y a los sujetos implicados.

IV

La interpretación del requisito típico de la habitualidad en la conducta plantea serias dudas, pues el Legislador penal no establece el número de actos de violencia que deben acreditarse para alcanzar la consumación delictiva. Tradicionalmente, la Jurisprudencia había trasladado al delito de malos tratos el criterio desarrollado en relación con el antiguo delito de receptación de faltas, según el cual la habitualidad quedaba acreditada a partir del tercer acto. Sin embargo, en la actualidad, el Tribunal Supremo ha abandonado el criterio puramente cuantitativo y ha reformulado la noción de habitualidad, entendiendo que lo relevante a

estos efectos no es el número concreto de actos, sino el sometimiento de la víctima a “un estado de agresión permanente”. En esta permanencia fundamenta el Supremo la tipificación autónoma del delito de malos tratos habituales y el desvalor propio e independiente del que corresponde a cada acto singular.

Un importante sector doctrinal aboga por esta nueva interpretación jurisprudencial y destaca lo inadecuado del establecimiento de criterios apriorísticos en relación con el número y la proximidad temporal de los actos de violencia.

V

La Doctrina mayoritaria considera que el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP es un delito de mera actividad, aunque cada vez son más los autores que sostienen que se trata de un delito de resultado. No obstante, las formulaciones doctrinales en torno a cuál es el resultado son dispares.

En mi opinión, no puede sostenerse que el art. 173.2 CP contenga un delito de resultado, pues el tipo exige, únicamente, el ejercicio habitual de violencia física o psíquica, sin requerir la producción de ningún resultado ulterior, espacio-temporalmente separable de la conducta. Por tanto, entiendo que excede de lo previsto legalmente la exigencia de constatar que, en el caso concreto, la conducta típica ha creado un “estado de agresión permanente”, que vendría a constituir el resultado típico. Ahora bien, si con la regulación actual debemos considerar contrario al Principio de Legalidad la configuración de un resultado típico como el enunciado, lo cierto es que, de *lege ferenda*, es preciso reclamar su introducción, pues, como he venido manteniendo en esta investigación, lo relevante, a los efectos del delito objeto de estudio, no es la mera suma de actos violentos, sino la situación

creada por el conjunto de todos ellos; situación que determina la lesión del bien jurídico protegido y entraña el desvalor propio -y distinto del que representan las distintas acciones singularmente consideradas- de esta figura delictiva.

La conveniencia de incorporar un resultado al tipo penal del art. 173.2 CP puede justificarse además, por los siguientes motivos: primero, porque de esta forma la consumación del delito no quedaría exclusivamente supeditada a la discrecionalidad judicial acerca de cuántos actos son necesarios para acreditar la habitualidad; segundo, porque si, como sostengo, los actos aislados pueden ser atípicos, será preciso establecer un criterio que permita determinar cuándo la repetición de actos carentes de relevancia penal merece un juicio de desvalor suficiente para ser típica a los efectos del art. 173.2 CP. Este criterio será la gravedad de la situación creada por la acumulación de todos ellos, por lo que tal situación deberá conformar el resultado del delito.

El ejercicio habitual de actos de violencia física y/o psíquica crea una situación de intimidación continua y permanente sobre el sujeto pasivo, que le impide el libre ejercicio de su capacidad autonormativa. No debe confundirse, no obstante, la caracterización de la situación creada por el conjunto de las acciones con la que merece cada una de ellas consideradas singularmente. Estas, como he dicho, no tienen por qué tener, por sí solas, contenido intimidante, sin embargo, su reiteración sí dará lugar a una situación intimidante para la víctima, que temerá, constantemente, que un nuevo episodio tenga lugar.

VI

Tanto la Doctrina mayoritaria como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo excluyen la posibilidad de subsumir en la conducta típica los

comportamientos omisivos, por considerar que el verbo rector “ejercer” lo impide. Por tanto, conductas como la privación de alimentos, medicamentos, higiene, etc., cuando sean utilizadas para someter al sujeto pasivo a una situación de maltrato como la descrita en el tipo, deberán ser castigados en su caso, por los correspondientes delitos de abandono de familia -art. 226 CP-. A mi modo de ver, atendiendo a los términos legales, esta conclusión es acertada. Sin embargo, considero que de ello pone de manifiesto una importante laguna legal, pues, en la práctica, tales conductas son igualmente idóneas para lesionar el bien jurídico protegido. Por ello, propongo definir la conducta típica, siguiendo el ejemplo del Legislador penal italiano, como “maltratar”, verbo en el que son subsumibles tanto los comportamientos activos como omisivos.

Cuestión distinta es la admisibilidad de la comisión por omisión, que mantiene dividida a la Doctrina científica entre quienes consideran que el delito de malos tratos habituales es un delito de resultado y quienes lo consideran de mera actividad. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, condena por el delito del art. 173.2 CP, en comisión por omisión, a quien ostentando una posición de garante no impida, teniendo conocimiento de ello, el ejercicio de violencia física o psíquica habitual por parte de un tercero sobre el sujeto pasivo.

Según la tesis sostenida en esta investigación, la configuración actual del tipo como delito de mera actividad impide la exigencia de responsabilidad penal en comisión por omisión. Por tanto, únicamente la introducción de un resultado típico como el propuesto haría admisible esta posibilidad, si concurrieran los requisitos del art. 11 CP, lo que, no obstante, abriría el debate en relación con la cuestión de cuándo la no evitación del resultado equivaldría, según el sentido del texto de la ley, a su causación – “juicio de equivalencia”-.

CONCLUSIONI PROVVISORIE

I

L'art. 173.2 CP configura un reato proprio, circoscrivendo la possibilità di essere soggetto attivo solo a coloro i quali siano legati al soggetto passivo da una delle relazioni specificamente menzionate dalla norma incriminatrice.

Il novero delle relazioni cui il delitto di maltrattamenti abituali fa riferimento va ben oltre quelle *stricto sensu* familiari, spaziano da quelle meramente affettive a quelle di convivenza, per arrivare a quelle di tutela o simili. É possibile però, ad ogni modo, rinvenire un tratto comune a ciascuna di esse; elemento che, a mio giudizio, costituisce la *ratio legis* dell'incriminazione, e dovrebbe altresì orientare l'esegesi riguardante il novero dei soggetti -attivi e passivi- del delitto: la situazione di particolare vulnerabilità nella quale viene a trovarsi il soggetto passivo, limitante o elidente la capacità di autotutela in capo a quest'ultimo.

L' art. 173.2 CP contempla le seguenti categorie o cerchie di possibili soggetti passivi:

- a) Coniuge, ex coniuge o persona che sia o sia stata legata al soggetto attivo da un'analogha relazione affettiva, pur senza convivenza

Includendo nella menzionata categoria di possibili soggetti passivi gli ex coniugi e i partner o ex partner sentimentali, pur in assenza di una vera e propria convivenza, il Legislatore ha reso chiaro come la fattispecie non sia finalizzata alla tutela dell'istituzione matrimoniale, e neanche delle relazioni familiari o di convivenza, mirando invece ad approntare un

intervento penale per relazioni che, di fatto, sono materialmente identiche a quelle matrimoniali sotto il profilo della dimidiata capacità di fronteggiare i maltrattamenti da parte del soggetto passivo. I profili maggiormente problematici, sul punto, riguardano il concetto di “relazione affettiva analoga a quella coniugale”, in relazione al quale si registrano divergenze dottrinali e, al contempo, fluttuazioni giurisprudenziali. Il parametro primario per determinare la “analogia” delle relazioni affettive –e pertanto il contenuto del concetto– si riscontra, a mio parere, nella volontà di due persone di permanere unite da una relazione intima implicante un vincolo personale, e caratterizzata dalla sussistenza di una certa vocazione alla stabilità ed alla dedizione reciproca. In tale ottica assumono rilevanza non tanto le caratteristiche del legame, quanto piuttosto la situazione di fatto nella quale tale relazione abbia posto il soggetto passivo, consentendo la perpetrazione del delitto, ragion per cui ritengo preferibile rifuggire la rigidità di criteri aprioristici.

- b) Discendenti, ascendenti o fratelli, di sangue o altresì per adozione o affinità, siano essi propri o del coniuge o del convivente.

Il Legislatore non ha precisato se per questo gruppo di soggetti passivi si esiga il requisito della convivenza con l'autore, e al riguardo nemmeno in letteratura si registra una posizione unanime. Ciò nonostante, vi sono varie motivazioni, a mio avviso, per sostenere la non necessità, per tali soggetti, della convivenza: innanzitutto per la contundente ragione che la norma incriminatrice *de quo* già menziona espressamente una categoria di soggetti legati all'agente da diverse tipologie di relazione implicanti la convivenza con quest'ultimo, per cui sarebbe ultroneo considerare necessaria la convivenza ove invece -come nell'ipotesi in esame- la stessa non sia menzionata; e in aggiunta perché l'esistenza di un legame parentale

come quelli descritti è sufficiente di per sé sola –a prescindere da ulteriori requisiti – a sostanziare una condizione di soggezione tale da determinare un' eventuale menomazione della capacità di autotutela.

- c) Minori o persone con incapacità tale da richiedere una speciale protezione che convivano con l'autore o che siano soggetti alla potestà, tutela, curatela, accoglienza o affidamento di fatto del di lui coniuge o convivente.

Qualunque minore o persona con incapacità tale da richiedere una speciale protezione che conviva con l'autore potrà assumere la qualifica di soggetto passivo del reato, pur in assenza di una qualsiasi relazione familiare o “quasi-familiare” con il soggetto attivo. Il concetto di “persona con incapacità tale da richiedere una speciale protezione” è definito dall'art. 25 CP, che –come è noto– non impone una previa declaratoria giudiziale di incapacità.

Maggiori discussioni sono sorte invece sulla previsione relativa a coloro che siano soggetti alla potestà, tutela, curatela, affidamento o custodia di fatto del coniuge o convivente. In *limine litis*, è ineludibile premettere come con la riforma del 2003 siano stati espunti da questa cerchia di soggetti passivi coloro che fossero sottoposti alla potestà, tutela, curatela, affidamento o custodia del medesimo soggetto attivo, essendo stata eliminata la locuzione “dell'uno o dell'altro” contemplata dalla precedente formulazione della fattispecie. Il controsenso risulta così evidente da doversi senz'altro attribuire ad una svista del Legislatore.

La Dottrina maggioritaria critica la mancata previsione espressa del requisito della convivenza con l'autore, e ritiene che il suddetto debba introdursi in via esegetica quale ulteriore presupposto applicativo del delitto. Chi scrive, al contrario, ritiene incongruo esigere la convivenza,

posto che altrimenti la previsione espressa di questo gruppo di soggetti sarebbe ridondante, essendo già ogni minore o persona incapace convivente col soggetto attivo incluso nel primo gruppo di questa terza categoria.

- d) Persona legata da qualunque altra relazione in conseguenza della quale faccia parte del nucleo di convivenza familiare dell'autore.

Questa volta sì, il Legislatore fonda l'inclusione di questo novero di possibili soggetti passivi del delitto sul requisito che questi convivano con il soggetto attivo. Purtroppo, la Dottrina maggioritaria -alla quale mi ascrivo- si mostra sostenitrice di un'esegesi restrittiva di tale categoria, richiedendo la presenza di una qualche specifica condizione sulla quale fondare la relazione di supremazia-soggezione, non apparendo congruo ravvisare quest'ultima ogni qualvolta si constati il mero dato -puramente oggettivo- della convivenza.

- e) Persone che in ragione di uno stato di particolare vulnerabilità siano sottoposte alla custodia di o comunque affidate a centri pubblici o privati.

L'incorporazione di quest'ultima categoria di soggetti passivi ad opera della riforma del 2003 è stata criticata da una parte degli esponenti accademici in virtù del fatto che, una volta superati i confini dell'ambito strettamente familiare, l'essenza della fattispecie verrebbe distorta. Ad ogni modo, partendo dalla posizione sostenuta nell'ambito della presente ricerca, l'inclusione di tali soggetti non ha fatto altro che confermare la tesi che il Legislatore abbia inteso tutelare a quelli persone sottoposte a situazioni fattuali di dipendenza o subordinazione, le quali in queste ipotesi

troveranno la propria fonte nella sottomissione della persona a custodia o affidamento nelle menzionate strutture .

II

La condotta tipica dell'art. 173.2 CP consiste nell'esercitare violenza fisica o psichica in maniera abituale, ragion per cui è necessario scandagliare sia i concetti di violenza fisica e psichica che la nozione di abitudine. Inserendo una clausola di concorso nella medesima previsione incriminatrice, il Legislatore ha reso evidente come il delitto di maltrattamenti abituali non comprenda in sé il disvalore delle lesioni fisiche o degli altri reati in cui potrebbero concretarsi le distinte condotte di maltrattamento. Alla luce di ciò, non è possibile identificare i concetti violenza fisica e psichica con quelli di lesione fisica o psichica. Ritengo perciò che il profilo caratterizzante di tali condotte, affinché rilevino nell'ambito del reato *de quo*, debba essere la capacità dei concreti atti violenti di ledere la libertà morale, ovvero il bene giuridico tutelato dalla fattispecie. In tal senso, la menomazione del bene giuridico tutelato viene determinata dalla sofferenza di carattere fisico e psichica che l'estrinsecazione di violenza tipica cagiona alla vittima. La causazione di tali sofferenze, con carattere abituale, costituirà lo strumento adoperato per impedire il libero esercizio della capacità autonormativa del soggetto passivo.

Se, chiaramente, non si riscontra alcuna problematicità per gli atti suscettibili di provocare sofferenze fisiche, non si può dire lo stesso in relazione alle condotte idonee a generare sofferenze psichiche, per le quali si rende necessario un certo sforzo ermeneutico finalizzato ad enucleare i parametri che ci consentano di inserire o meno un determinato atto violento nella summenzionata categoria.

A mio avviso è necessario, all'uopo, vagliare l'attitudine della condotta ad umiliare o intimidire il destinatario. Non si tratta, ovviamente, di caratteristiche che si escludono l'una con l'altra. Un atto intimidatorio, generalmente, provocherà altresì umiliazione, pur se va rilevato come i concetti di violenza psichica ed intimidazione non siano corrispondenti, perché altrimenti il Legislatore si sarebbe avvalso del termine "intimidazione" per la descrizione della condotta tipica, come ha del resto fatto in tante altre figure delittuose del nostro Testo Punitivo. Di tal guisa, è d'obbligo enucleare un "gruppo di raccolta" che inglobi quelle condotte che, senza essere -o non dovendo essere- intimidatorie, siano generalmente riconosciute come psichicamente violente. Nella suddetta raccolta si inseriranno, pertanto, gli insulti, gli atti o manifestazioni di dispregio, quelli che dileggino il soggetto passivo, ecc. Tutto ciò senza tralasciare la circostanza che gli atti di violenza fisica, oltre alla sofferenza di tale indole, arrecano altresì sofferenze psichiche come quelle appena descritte.

III

La Dottrina maggioritaria ritiene che le azioni violente sussumibili nel paradigma delittuoso abituale dell'art. 173.2 CP debbano essere a loro volta, singolarmente considerate, tipiche. Ad avviso della scrivente, invece, in assenza di una prescrizione legislativa espressa in tal senso è da ammettere la rilevanza, ai fini dell'abitualità richiesta dalla norma, di azioni violente che autonomamente prese difettino di rilevanza penale. Per quanto concerne la violenza fisica, è da escludere che vi siano condotte atipiche, posto che finanche le mere percosse integrano il delitto lieve *ex art.* 147.3 CP. Non si può predicare lo stesso, al contrario, per le condotte di violenza psichica, visto che taluni comportamenti si qualificano di tal guisa solo in relazione alla situazione creata ed ai soggetti coinvolti.

IV

L'esegesi del requisito tipico dell'abitudine della condotta è caratterizzata da rilevanti criticità, posto che il Legislatore non ha specificato il numero di condotte violente necessarie per la consumazione del reato in esame. Tradizionalmente, la giurisprudenza aveva trasposto anche al delitto di maltrattamenti abituali il criterio elaborato a proposito del vetusto reato di "ricettazione di cosa proveniente da contravvenzioni", in base al quale si ravvisava l'abitudine in presenza di almeno tre diverse condotte. Ad ogni modo, il Tribunale Supremo ha attualmente abbandonato il parametro puramente quantitativo ed ha riformulato la nozione di abitudine, affermando come rilevi a tale effetto non tanto il numero concreto di condotte, quanto piuttosto la sottomissione della vittima a "una condizione di aggressione permanente". Ed è proprio su questa permanenza che il Supremo incardina la ragione dell'autonoma tipizzazione del reato di maltrattamenti abituali, ed altresì il disvalore proprio e indipendente che caratterizza ogni singolo atto violento.

Ciò detto, è comunque d'obbligo rammentare che anche parte consistente della Dottrina supporta questo nuovo orientamento giurisprudenziale, ed evidenzia l'inadeguatezza di criteri aprioristici imperniati sul numero e la collocazione temporale degli atti di violenza.

V

La Dottrina maggioritaria sostiene che il delitto di maltrattamenti abituali, incriminato dall'art. 173.2 CP, sia un reato di mera condotta, per quanto stia guadagnando sempre più adesioni l'opposta opinione in virtù della quale si tratterebbe di un reato di evento. Ad ogni modo non vi è

concordia, tra questi ultimi autori, su quale specificamente debba essere ritenuto l'evento nella fattispecie *de quo*.

A mio avviso non è condivisibile l'opinione per cui l'art. 173.2 CP configuri un reato di evento, atteso che la fattispecie richiede unicamente l'esercizio abituale di violenza fisica o psichica, senza tipizzare alcun risultato ulteriore che sia separabile spazio-temporalmente dalla condotta. Ritengo dunque che ecceda quanto prescritto dalla norma penale in questione introdurre in via esegetica un requisito ulteriore dato da una "condizione di aggressione permanente" cagionata dalla condotta tipica, condizione che appunto costituirebbe l'evento del reato. Se peraltro occorre, *de iure condito*, rigettare la necessità di un tale evento in ossequio al principio di legalità, in una prospettiva *de iure condendo* è senz'altro fortemente auspicabile –come già osservato in questa dissertazione– il suo inserimento nel testo della previsione incriminatrice in commento. Ciò in quanto nel reato di maltrattamenti abituali a rilevare non è la mera sommatoria delle condotte violente, ma piuttosto la situazione creatasi per effetto delle stesse; condizione che determina la lesione del bene giuridico tutelato e che racchiude in sé il disvalore proprio –e distinto da quello dei singoli atti violenti– della presente figura delittuosa.

L'opportunità di inserire un evento nella fattispecie di cui all'art. 173.2 CP può altresì giustificarsi per le seguenti ragioni: in *primis*, poiché in tal modo il ravvisare la consumazione del delitto non dipenderebbe dalla discrezionalità giudiziaria sul numero di condotte necessarie ad integrare l'abitualità; in seconda battuta perché se –come sostengo– le singole condotte possono essere atipiche, allora occorrerà enucleare un criterio che permetta di discernere quando la reiterazione di condotte penalmente irrilevanti configuri un disvalore sufficiente ai fini di integrare la tipicità del reato *ex art. 173.2 CP*. Il suddetto criterio sarà dato proprio dalla gravità

della condizione cagionata dall'accumulazione di tutti queste condotte, e pertanto tale situazione dovrà integrare l'evento del delitto.

La perpetrazione abituale di atti di violenza fisica e/o psichica crea una situazione di intimidazione continua e permanente ai danni del soggetto passivo, tale da impedirgli il libero dispiegare della propria capacità autonormativa. Ciò nonostante, occorre evitare di confondere la valutazione della condizione determinata dall'insieme delle condotte con quella relativa alla situazione creata da ogni singolo atto violento. Le condotte violente invero, come visto, non devono necessariamente avere contenuto intimidatorio, ma sarà invece la reiterazione delle stesse ad originare una "condizione intimidatoria" in virtù della quale la vittima tema costantemente la perpetrazione di nuovi episodi violenti.

VI

Sia la Dottrina maggioritaria che la Giurisprudenza del Tribunale Supremo escludono la possibilità di sussumere sotto il paradigma dell'art. 173.2 i comportamenti omissivi, atteso che a ciò osta la scelta del verbo "esercitare" adoperato per tipizzare le condotte violente. In virtù di ciò, condotte come la privazione di alimenti, farmaci, igiene ecc., ove realizzate al fine di sottoporre il soggetto massivo ad una condizione di maltrattamento come quella descritta nella fattispecie *de quo*, potranno dar luogo unicamente all'applicazione dei corrispondenti delitti di abbandono di famiglia -art. 226 CP-.

A mio modo di vedere, in considerazione della lettera della legge tale conclusione è senz'altro condivisibile. La stessa, però, rende manifesta la sussistenza di una importante lacuna normativa, posto che tali condotte omissive, in concreto, sono ugualmente idonee a menomare il bene giuridico tutelato. Alla luce di ciò, propongo quindi di definire la condotta

tipica - prendendo spunto dal Legislatore italiano- mediante il verbo “maltrattare”, il quale consentirebbe di includere nella sfera della tipicità condotte sia attive che omissive.

Questione distinta è invece quella dell'ammissibilità della omissione impropria, a fronte della quale sono emerse divergenti opinioni accademiche tra coloro che sostengono che il delitto di maltrattamenti abituali sia un reato di evento, e quelli che lo qualificano come reato di mera condotta. La Giurisprudenza del Tribunale Supremo, da parte sua, ritiene integrata per omissione impropria la fattispecie *ex art. 173.2 CP* ove l'autore, gravato da una posizione di garanzia, non impedisca -avendone conoscenza- l'esercizio di violenza fisica o psichica abituale ai danni del soggetto passivo ad opera di una terza persona.

Seguendo la tesi sostenuta in questa dissertazione, l'attuale configurazione della fattispecie come reato di mera condotta osta ad una responsabilità penale per omissione impropria. In tale logica, solo l'introduzione nella fattispecie di un evento tipico come quello proposto renderebbe congrua una tale estensione della responsabilità in presenza dei presupposti di cui all'art. 11 CP. Tale evenienza, in ogni caso, aprirebbe il dibattito inerente alla questione del “giudizio di equivalenza”, cioè della determinazione - secondo quando disposto dalla norma appena menzionata - di quando il non impedimento dell'evento corrisponda, in concreto, alla sua causazione.

**CAPÍTULO IV:
NATURALEZA JURÍDICA
DEL DELITO DE MALOS
TRATOS HABITUALES**

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La consumación delictiva equivale a la plena realización del concreto tipo de la Parte Especial⁶⁰³. Se trata, por tanto, de un concepto formal de consumación, que no precisa de la efectiva consecución del fin último perseguido por el autor con la comisión del delito -agotamiento del delito o consumación material-. En el mismo momento en el que la consumación tenga lugar, finalizará el *iter criminis* y se iniciará el cómputo del plazo prescriptivo, de modo que todo comportamiento posterior del sujeto activo carecerá de efectos en relación con la infracción ya consumada -sin perjuicio de que pudiera constituir, en su caso, otra infracción distinta, que concurriría con la anterior-. Tampoco será posible la participación de terceros en el delito, ni el ejercicio de una defensa legítima por parte del sujeto pasivo y resultará irrelevante, a efectos de la determinación de la responsabilidad penal, igualmente, que, tras la consumación del delito, el sujeto activo devenga inimputable.

Lo anteriormente expuesto constituye el régimen general aplicable al supuesto prototípico de delito, al que la Doctrina se refiere comúnmente como delito instantáneo. Sin embargo, las específicas características de la conducta típica del delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, analizadas en el capítulo anterior, ponen inmediatamente de relieve que el delito en estudio presenta una serie de particularidades que lo apartan de este régimen común. Así, para la consumación del delito se requiere de una pluralidad de actos, pero, una vez alcanzada aquella, el sujeto activo podrá

⁶⁰³ Véanse, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pp. 632 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 364 y ss.; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, III*, Madrid, 2004, pp. 177 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, cit., Valencia, 1999, p. 732.

seguir ejecutando actos de violencia que se integrarán en la conducta típica, sin que entren en juego ni las reglas concursales ni las de la continuidad delictiva. El delito, por tanto, puede prolongarse, puede *durar*, más allá del momento consumativo, lo que supone una excepción a la disciplina general del delito instantáneo. Esta singularidad que, obviamente, tiene efectos en relación con numerosas cuestiones, tanto en el plano sustantivo como en el procesal, es propia de dos categorías delictivas: la del delito permanente y la del delito habitual.

El Legislador penal español reconoce, de forma expresa, que ambas clases de delitos constituyen supuestos excepcionales en relación con el delito instantáneo. Así, prevé, en el art. 132.1 CP, una norma general – aplicable, por tanto, al paradigma de delito, el delito instantáneo– para el inicio del cómputo de la prescripción delictiva y unas reglas especiales para al delito continuado, permanente y habitual. Ello obedece a esa *durabilidad* del delito a la que antes hacía referencia. El delito continuado, no obstante, no interesa al objeto de este estudio, pues, como es sabido, no se trata de un delito unitario⁶⁰⁴. De modo que, propiamente, son las figuras del delito permanente y del delito habitual las que se oponen al delito instantáneo.

Según ya he dicho, el tipo penal del art. 173.2 CP no encaja en el esquema característico del delito instantáneo, puesto que el delito puede prolongarse después de la consumación, por lo que será preciso determinar si el mismo pertenece a la categoría del delito permanente o a la del delito habitual. Puede parecer obvio que si la conducta típica exige la concurrencia de habitualidad, el delito debe catalogarse de habitual. Sin embargo, esta conclusión podría resultar precipitada, por los motivos que siguen:

⁶⁰⁴ Véase, por todos, GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 74”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, Navarra, 2016, pp. 568 y ss.

- En primer lugar, porque ni la figura del delito permanente ni la del delito habitual han sido objeto de estudio pormenorizado por parte de la Doctrina penal española, lo que impide determinar cuáles son los elementos estructurales en los que se fundamenta su distinción con el delito instantáneo.
- En segundo lugar, porque, como consecuencia de lo anterior, no es posible establecer si se trata de categorías excluyentes. En principio, parece que el Legislador penal así lo ha considerado, pues, en el citado art. 132.1 CP, establece una regla específica para el delito permanente y otra para las infracciones que exijan habitualidad. No obstante, en mi opinión, es posible realizar otra interpretación del precepto. Así, el Legislador establece que, en el caso del delito permanente, el cómputo del plazo prescriptivo comenzará “desde que se eliminó la situación ilícita” y, en el caso del delito habitual, “desde que cesó la conducta”. Sin embargo, considero que en aquellas infracciones que exigen la realización de una pluralidad de actos, no es posible determinar el momento en el que se elimina la situación ilícita si no es atendiendo al último acto realizado. Por tanto, podría considerarse que el delito habitual es una subespecie del delito permanente, tratándose en ambos casos de ilícitos que pueden durar más allá del momento consumativo⁶⁰⁵. La norma establecida para el delito habitual no sería, entonces, distinta a la prevista para el delito permanente, sino explicativa de la misma, pues, simplemente, fijaría el momento en el que, en este caso, habría de entenderse eliminada la situación ilícita. Por tanto, el argumento de la existencia de dos reglas distintas para el delito permanente y el

⁶⁰⁵ Reconoce, expresamente, RAMPIONI que las similitudes existentes entre el delito habitual y el delito permanente podrían “hacer reconocer en el delito habitual una *species* de la más amplia clase del delito permanente” (RAMPIONI, R., “Reato permanente”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXVIII, Milano, 1987, p. 864).

habitual en materia de prescripción, no puede considerarse definitivo.

- Finalmente, porque, en caso de tratarse de categorías excluyentes, la ausencia de estudios doctrinales acerca del delito permanente y del delito habitual impide conocer cuáles son los rasgos comunes y los rasgos diferenciales de ambas figuras y, en consecuencia, las implicaciones que de ello pudieran derivarse en relación con todos aquellos institutos penales y procesales que se ven afectados por la duración del ilícito.

Para despejar estas incógnitas se hace indispensable recurrir a la Doctrina penal italiana, que, desde hace décadas, se ha ocupado profusamente del estudio del delito habitual y del delito permanente. En ambos casos se trata, según observa PETRONE, “de modos diversos de realización de un ilícito penal en el tiempo”, motivo por el cual ambas clases de delitos han sido incluidos en la más amplia categoría de *i reati di durata*⁶⁰⁶. A partir de las características comunes a estas dos figuras delictivas, se ha desarrollado una disciplina común a los delitos de duración, que se contrapone a la del delito instantáneo. Así, es preciso subrayar que, para los autores italianos, la alternativa al delito instantáneo no es solo el delito permanente, sino la entera categoría de los delitos de duración, inclusiva, también, del delito habitual. Pese a todo, la Doctrina italiana reconoce la existencia de elementos que distinguen al delito habitual del delito permanente, lo que ha impedido la adopción de soluciones unitarias para todos los problemas que se plantean en relación

⁶⁰⁶ Véanse, entre otros, PETRONE, M., *Reato abituale*, Padova, 1999, pp. 24 y ss.; FORNASARI, G., “Reato abituale”, en *Enciclopedia Giuridica*, XXVI, Roma, 1991; p. 2; RAMPIONI, R., “Reato permanente”, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 864; BERNASCONI, C., “Il reato permanente”, en *Studium Iuris*, 1998, p. 668; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo crítico”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, n. 1, 2001, pp. 157 y 173 y ss.

con los delitos de duración, algunos de los cuales, por tanto, van a tener una disciplina propia y diferenciada, según se trate de un delito permanente o de un delito habitual.

El presente capítulo tendrá, por lo tanto, un doble objetivo: de un lado, analizar las figuras del delito habitual y del delito permanente, lo que permitirá determinar cuáles son los elementos en los que debe fundamentarse la distinción entre ambos y, en consecuencia, si se trata de categorías excluyentes; y, de otro, a la luz de las conclusiones extraídas, determinar la naturaleza jurídica del delito de malos tratos del art. 173.2 CP.

2. EL DELITO HABITUAL

2.1. CONCEPTO

No encontramos en nuestro Código penal un concepto de delito habitual. Sin embargo, a diferencia del Código penal italiano, que no contiene ninguna referencia a esta categoría delictiva, el art. 132 del Código penal español alude, a los efectos del cómputo de la prescripción, a “las infracciones que exijan habitualidad”⁶⁰⁷. No obstante, y de forma paradójica, es la Doctrina italiana la que se ha ocupado del estudio pormenorizado de la figura del delito habitual. Así, según señala

⁶⁰⁷ La referencia a las “infracciones que exijan habitualidad” fue introducida en el art. 132 CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Hasta entonces, el art. 132 CP solo fijaba el día en que debe comenzar el cómputo del plazo prescriptivo, para los supuestos de delito continuado y de delito permanente.

PETRONE⁶⁰⁸, pese a la ausencia de un reconocimiento legislativo expreso, la doctrina del delito habitual ha sido desarrollada sobre la base de algunos tipos delictivos, cuyas particularidades estructurales parecen evidenciar la existencia de una autónoma categoría de delitos.

En una primera aproximación, podemos definir el delito habitual como aquel cuya consumación exige una reiteración de actos de contenido homogéneo. Así, el comportamiento típico en el delito habitual se compone de una pluralidad de actos, considerados por la ley como un único delito⁶⁰⁹. Sobre la base de este requisito estructural, algunos autores italianos proponen sustituir la expresión “delito habitual” por la de *reato a condotta reiterata*⁶¹⁰ o la de *reato a condotta plurima*⁶¹¹, tratando, de este modo, de evitar la confusión entre esta categoría delictiva y la de los inconstitucionales delitos de autor. Sin embargo, estas denominaciones alternativas tampoco han estado exentas de críticas, pues parecen obviar que la conducta en esta clase de delitos es única, mientras que la pluralidad o la reiteración solo afecta a los actos que la componen⁶¹². En consecuencia, utilizaré la terminología “delito habitual”, por ser la comúnmente empleada por la Doctrina italiana y la acogida por la Doctrina española.

⁶⁰⁸ PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, p. 941.

⁶⁰⁹Según señala PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., pp. 8 y 9, las peculiares características del delito habitual “permiten *reducir la pluralidad a la unidad*: y ello tanto en el plano de la estructura del hecho, como en el plano de la ofensa” (Con cursiva en el original).

⁶¹⁰ MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 265.

⁶¹¹ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit, p. 270; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 202 y 203; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 114.

⁶¹² PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., p. 944. En idéntico sentido, FORNASARI, G., “Reato abituale”, en *Enciclopedia Giuridica*, cit., p. 1; MAGLIO, M. G. y GIANNELLI, F., “Due particolari categorie di reati: il reato abituale ed il reato permanente”, en *Rivista Penale*, n. 6, 2001, p. 513.

2.2. CLASES DE DELITO HABITUAL

Dentro de la categoría dogmática del delito habitual, la Doctrina italiana distingue, tradicionalmente, entre el delito necesariamente habitual y el delito eventualmente habitual, según el tipo penal “exija” o “permita” la habitualidad en la conducta.

2.2.1. EL DELITO NECESARIAMENTE HABITUAL

Un delito es necesariamente habitual cuando la realización de una pluralidad de actos es requisito constitutivo del hecho típico⁶¹³. La consumación, por tanto, no se alcanza sino a través de la realización de varios actos, que, aunque perfectamente diferenciables y cometidos en momentos distintos, integran un delito único, pues, en estos supuestos, la tipicidad surge del significado ofensivo inherente al conjunto de las acciones⁶¹⁴. Es lo que PETRONE denomina *fattispecie a formazione progressiva*⁶¹⁵.

Es posible distinguir, a su vez, dos clases de delito necesariamente habitual: el delito necesariamente habitual propio y el delito necesariamente habitual impropio. El delito necesariamente habitual es propio cuando la conducta típica puede integrarse tanto por actos típicos,

⁶¹³ PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit. p. 114; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 270.

⁶¹⁴ FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale.*, cit., p. 202.

⁶¹⁵ PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 54.

como por actos que, aisladamente considerados, carecen de relevancia penal. Es impropio, por el contrario, cuando los singulares hechos constituyen, por sí mismos, otros delitos⁶¹⁶.

2.2.1.1. El delito necesariamente habitual propio

La Doctrina italiana coincide en señalar que el delito necesariamente habitual propio constituye el paradigma de delito habitual por dos razones⁶¹⁷:

- a) En primer lugar, porque, en esta clase de delitos, el juicio de tipicidad solo se inicia a partir de la realización de varios actos conectados entre sí de modo tal que permita apreciar la existencia de habitualidad en la conducta. Un episodio singular, o varios, pero esporádicos, no serán suficientes, en ningún caso, para la consumación del delito⁶¹⁸.
- b) En segundo lugar, porque la conducta típica puede surgir de la reiteración de actos que, singularmente considerados, sean atípicos (por ejemplo, en el delito de *sfruttamento della*

⁶¹⁶ PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1996, p. 189; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., pp. 3 a 5; MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., pp. 264 y 265; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 511; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 270.

⁶¹⁷ Véanse, a este respecto, PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., pp. 35 y ss.; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., pp. 3 y ss.

⁶¹⁸ En el Código penal italiano son excepcionales las ocasiones en las que es el propio Legislador quien incluye de forma expresa la exigencia de habitualidad en la redacción típica. Las más de las veces, tal y como señala PETRONE, la naturaleza habitual de un tipo de la Parte Especial debe deducirse, en vía interpretativa, de la descripción de la conducta típica y de la naturaleza del bien jurídico protegido (PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., p. 197).

*prostituzione*⁶¹⁹ o de *tolleranza abituale della prostituzione*), o de la reiteración de actos que pueden tener –o no- relevancia penal, pero a los efectos de otros tipos delictivos diversos (por ejemplo, el delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi*).

2.2.1.2. El delito necesariamente habitual impropio

El delito necesariamente habitual impropio, como el propio, emerge de la realización de una pluralidad de actos. Sin embargo, en este caso, las diversas acciones son ya, consideradas singularmente, delictivas. Un ejemplo característico lo encontramos en el delito de *relazione incestuosa*, previsto en el párrafo segundo del art. 564 Cpi., cuya conducta típica consiste en la repetición de actos que, por sí mismos, son constitutivos del delito de incesto -art. 564 Cpi, párrafo primero-.

No se debe confundir, en este punto, el delito necesariamente habitual impropio con aquel delito necesariamente habitual propio constituido íntegramente por actos típicos -por ejemplo, un delito de malos

⁶¹⁹ El delito de *sfruttamento di prostitute* ofrecía, tradicionalmente, el más claro ejemplo de delito necesariamente habitual propio. El art. 534 CPI incriminaba la conducta de *chiunque si fa mantenere, anche un parte, da una donna, sfruttando i guadagni che essa ricava dalla sua prostituzione*. Un único acto de recibir dinero procedente de la prostitución de una mujer carecía de relevancia penal, siendo imprescindible, para consumir el delito, la reiteración habitual de tal conducta. Sin embargo, la Ley n. 75, de 20 de febrero de 1958, para la abolición de la regulación de la prostitución y la lucha contra la explotación de la prostitución ajena –conocida como *Legge Merlin*-, derogó el art. 534 CPI y tipificó el delito de explotación de la prostitución, con una nueva redacción, en el número 8 de su art. 3. La expresión *si fa mantenere* se sustituye por la de *in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui*, lo que ha llevado a parte de la Doctrina y a la Jurisprudencia a plantearse si un único acto es suficiente para consumir el tipo, siendo, entonces, el delito de explotación de la prostitución solo eventualmente habitual. Actualmente, no existe una postura unánime sobre el particular. Véanse, detalladamente, PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., pp. 197 y 198; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., pp. 3 y 4.

tratos del art. 572 Cpi surgido de la realización de una serie de acciones, todas ellas dotadas, aisladamente, de relevancia penal-, por los motivos que siguen:

- En primer lugar, porque, en este último caso, la circunstancia de que todos los actos que hayan dado lugar a la conducta habitual sean típicos es contingente⁶²⁰.
- En segundo lugar, porque, tal y como indica PETRONE⁶²¹, aunque los singulares episodios del delito necesariamente habitual propio fueran, singularmente considerados, constitutivos de delito, “no existe ninguna *homogeneidad* entre tal autónoma relevancia y la lesividad típica del delito habitual”⁶²². Por el contrario, el delito necesariamente habitual impropio supone una progresión en la lesión del mismo bien jurídico (así sucede en el citado ejemplo del delito de incesto y el delito de relación incestuosa). Por ello, el delito de relación incestuosa absorbe los singulares delitos de incesto, mientras que el delito de malos tratos no absorbe los de lesiones, agresiones sexuales, amenazas, coacciones, etc., a que pudieran dar lugar los diversos actos.

⁶²⁰ De haberse producido actos de maltrato que, singularmente considerados, carecieran de relevancia penal, también tendrían que haber sido tenidos en cuenta a los efectos de integrar la conducta típica del delito de malos tratos.

⁶²¹ PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., p. 198, nota al pie n. 55.

⁶²² Con cursiva en el original.

2.2.2. EL DELITO EVENTUALMENTE HABITUAL

La Doctrina italiana admite, con carácter general, la existencia de una segunda clase de delito habitual: el delito eventualmente habitual⁶²³. Estaremos ante un delito eventualmente habitual cuando el tipo penal no exija la reiteración de actos para la consumación del delito, pero la “tolere”, por atribuir relevancia, al mismo título delictivo, tanto al acto singular como a su repetición habitual. Dicho de otro modo, la reiteración de actos no es necesaria para integrar el delito, siendo suficiente un acto singular para su consumación; pero, si esta se produce, concurrirá, en todo caso, el mismo tipo penal⁶²⁴. No entrarán en juego, por tanto, ni las reglas concursales, ni las de la continuidad delictiva, cuyo excesivo rigor punitivo se pretende evitar⁶²⁵. No obstante, la realización de una pluralidad de actos deberá ser tenida en cuenta por el juez a la hora de determinar la concreta pena a imponer⁶²⁶. Presenta estas particularidades, por ejemplo, el delito de *abusivo esercizio di una professione* del art. 348 Cpi⁶²⁷.

⁶²³ MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 265; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, cit., p., 232; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 115. En sentido crítico, véase, FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., pp. 5 y 6.

⁶²⁴ Así, señala PALAZZO que, en el delito eventualmente habitual, la conducta puede ser, indistintamente, única o repetida (PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, cit., 232).

⁶²⁵ Véanse, MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 265; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., p. 5.

⁶²⁶ PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 114; PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 48.

⁶²⁷ El art. 348 Cpi dispone: *chiunque abusivamente esercita una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro 103 a euro 516*. Basta un único acto realizado en ejercicio de una profesión para la que se requiere una habilitación especial del Estado para consumir el delito, sin embargo la realización habitual de tales actos, integrará el mismo tipo delictivo.

Sin embargo, PETRONE considera que esta descripción de la figura del delito eventualmente habitual parte de una perspectiva equivocada. Así, según este autor, lo que se deduce de los tipos penales que generalmente se incluyen en esta categoría delictiva es, por el contrario, que la norma, aun “requiriendo” la repetición de actos homogéneos, “admite”, también, que la consumación pueda tener lugar con la realización de un único acto⁶²⁸. Ello, según PETRONE, porque las conductas en tales tipos penales se describen, en realidad, en términos de pluralidad -como en el caso de “ejercer” abusivamente una profesión-. Solo en vía interpretativa se infiere la relevancia, al mismo título delictivo, del episodio singular⁶²⁹. Esta técnica de tipificación en virtud de la cual el acto singular equivale, a los efectos de la tipicidad, al acto reiterado es denominada por el autor como *doppia tipicizzazione*⁶³⁰.

⁶²⁸ PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., pp. 47 y 48.

⁶²⁹ Véase, PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 952.

⁶³⁰ PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., pp. 48 a 51. Este autor reconoce los riesgos que el reconocimiento de la figura del delito eventualmente habitual comporta en relación con el principio de legalidad. No obstante, considera que de ello no debe derivarse la inadmisibilidad de esta categoría delictiva, sino, tan solo, una serie de cautelas para el intérprete, que deberá valorar todos los elementos de los que dispone (*ratio* de la norma, bien jurídico protegido, consideraciones de orden sistemático, etc.) en orden a extraer, de modo inequívoco, la equivalencia, a efectos típicos, del acto singular y del acto reiterado (*doppia tipicizzazione*). En los supuestos dudosos, cuando la descripción típica se realice en términos de pluralidad, habremos de concluir que la tipicidad se atribuye a la conducta reiterada, careciendo de relevancia, a los efectos del delito en cuestión, el acto singular. En contra, FORNASARI (“Reato abituale”, cit. pp. 5 y 6), quien sostiene que, si el acto singular es suficiente para la consumación de una determinada figura delictiva, entonces es imprescindible una ulterior tipificación expresa de la conducta reiterada. De otro modo, la reiteración de acciones no podrá sustraerse a las normas del concurso o de la continuidad delictiva. Por contra, si lo que es típico es la repetición de actos, el acto singular tendrá que reputarse, a estos efectos, atípico, por exigencias del principio de Legalidad. Sería, entonces, un supuesto de delito necesariamente habitual propio.

2.3. LA ESTRUCTURA DEL DELITO HABITUAL

La estructura del delito habitual, en cualquiera de sus modalidades -necesariamente habitual, propio e impropio, o eventualmente habitual-, se caracteriza por⁶³¹:

- a) La reiteración de acciones;
- b) La “homogeneidad” de tales acciones;
- c) La existencia de un “nexo de habitualidad” entre las mismas.

2.3.1. LA REITERACIÓN DE ACCIONES

La reiteración de acciones, en abstracto, solamente es requisito constitutivo del delito necesariamente habitual. Sin embargo, para que un delito solo eventualmente habitual se convierta en habitual en el caso concreto, será indispensable, también, la concurrencia de una pluralidad de actos. De lo contrario, se comportará como un delito instantáneo, con todas las consecuencias que de ello se derivan y que se expondrán posteriormente⁶³².

No obstante, conviene recordar que, pese a que es precisa la realización de una multiplicidad de acciones, la conducta del delito habitual es única.

⁶³¹ PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 17.

⁶³² PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., pp. 17 y 18.

2.3.2. LA HOMOGENEIDAD DE LAS ACCIONES

Las diversas acciones deben ser, en todo caso, homogéneas en relación con la ofensa del bien jurídico protegido en el tipo. Esto no significa que los actos tengan que ser idénticos desde un punto de vista físico (así, el comportamiento típico en el delito de malos tratos del art. 572 CPi puede exteriorizarse a través actos de violencia física, amenazas, detenciones ilegales, agresiones sexuales, etc.⁶³³), pero todos ellos deben concurrir a la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico: aquel protegido por delito habitual de que se trate⁶³⁴.

2.3.3. EL NEXO DE HABITUALIDAD

La mera repetición de acciones homogéneas no es suficiente para integrar el comportamiento típico en ninguna de las hipótesis de delito habitual. Es necesario, además, que entre los diversos actos exista “una relación de persistente frecuencia”⁶³⁵, que permita calificar la conducta de habitual (nexo de habitualidad). Este vínculo fundamenta la unificación de una pluralidad de acciones en un único delito⁶³⁶. Por tanto, a los efectos del

⁶³³ Lo mismo sucede en relación con la conducta típica del art. 173. 2 CP.

⁶³⁴ PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 114; PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 19.

⁶³⁵ PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 22. En el mismo sentido, BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 174.

⁶³⁶ Véase, a este respecto, PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, cit., p. 232.

delito habitual, los episodios esporádicos o totalmente desligados entre sí carecen de relevancia.

El nexo de habitualidad es un requisito típico de naturaleza objetiva, que nada tiene que ver con la manifestación de una determinada tendencia o inclinación por parte del autor. De otro modo, la figura del delito habitual constituiría una manifestación del denominado Derecho penal de autor, cuyas indeseables consecuencias ya han sido expuestas en otra parte de esta investigación⁶³⁷.

2.4. LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO HABITUAL

La determinación del momento consumativo del delito habitual obliga a distinguir entre el delito necesariamente habitual y el eventualmente habitual. En el caso del delito necesariamente habitual, ya sea propio o impropio, se requiere la realización de un cierto número de acciones para que el delito se consume⁶³⁸. Es lo que se denomina “serie mínima” -de acciones-⁶³⁹. Sin embargo, tras esta “serie mínima”, el sujeto

⁶³⁷ Véase *supra* epígrafe 2.3 del Capítulo Primero de la presente investigación. Véase, también, PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., pp. 22 a 24.

⁶³⁸ Es preciso advertir, a este respecto, que parte de la Doctrina italiana habla de perfección y no de consumación para hacer referencia al momento en el que se realizan todos los elementos exigidos por el tipo penal, mientras que con el término consumación aluden al momento en el que el delito finaliza. Así, MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 266; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 502 y 503; PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 26; RAMPIONI, R., “Reato permanente”, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 856; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit. p. 137.

⁶³⁹ MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 266; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 266; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, cit., p. 232; PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 55.

activo puede continuar llevando a cabo actos homogéneos y unidos por un nexo de habitualidad. Estos actos sucesivos a la consumación no darán lugar a un concurso de delitos, sino que pasarán a integrar la conducta habitual, posponiendo el inicio del cómputo de la prescripción. Podemos reconocer, por tanto, dos fases distintas en el delito necesariamente habitual: una fase correspondiente a la realización de la “serie mínima”, necesaria para la consumación del delito, y una fase posterior a la consumación, con carácter eventual.

El problema surge, en este punto, en relación con la posible incompatibilidad de la figura del delito habitual con las exigencias derivadas del Principio de Legalidad, pues los preceptos penales que tipifican delitos de esta naturaleza no indican, ni en el Código penal español ni en el italiano, el número de acciones necesarias para considerar satisfecha la “serie mínima”. Por tanto, la determinación de este elemento del delito queda confiado a la valoración judicial, con el consiguiente grado de inseguridad jurídica⁶⁴⁰. A mi modo de ver, estos inconvenientes se plantean, fundamentalmente, cuando el delito habitual no describe un resultado típico, cuya efectiva producción es preciso constatar por parte del juez o tribunal. En efecto, si se trata de un delito habitual de mera actividad, la consumación delictiva requerirá únicamente la realización de la conducta típica y, por tanto, en este caso, la cuestión de cuántas acciones son

⁶⁴⁰ En este sentido, señala PETRONE que, pese a que resulta evidente que de la falta de certeza en torno al número de actos requeridos para integrar la serie mínima deriva una notable inseguridad jurídica, que parece contradecir las exigencias derivadas del Principio de Legalidad, lo cierto es que la figura del delito habitual, si es correctamente interpretada y, sobre todo, si los tipos delictivos son correctamente aplicados, “parece capaz de escapar al riesgo (...) de resultar incompatible con aquel principio” (PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 17). Así, afirma el autor, esta característica “si bien no consiste en un momento de discrecionalidad (el juez, de hecho, no hace ninguna elección entre posibles soluciones, sino que «determina» aquello que está indeterminado) atañe, ciertamente, a aquel indefectible componente interpretativo que, en definitiva, en este caso más que nunca, termina por resolverse en una integración de la norma penal” (PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 56).

necesarias para considerar cumplido el requisito de la habitualidad tiene una importancia capital. Sin embargo, si el tipo penal exige, además de la realización del comportamiento -esto es, la ejecución de una serie de actos de forma habitual-, la producción de un cierto resultado, el nivel de indeterminación será considerablemente menor, pues, en estos supuestos, la consumación del delito no dependerá ya solamente de la realización de un incierto número de actos, sino de que el evento típico pudiera imputarse al autor como consecuencia de tal conducta habitual.

Por lo que se refiere al delito eventualmente habitual, no es precisa una serie mínima de episodios para la consumación del delito, pues, según se ha dicho, esta puede tener lugar con la realización de un único acto. En esta clase de delitos, por tanto, solo podemos hablar de fase eventual, posterior a la consumación, en el caso de que se produzca la reiteración de acciones. Pero, de producirse esta, también el inicio del cómputo de la prescripción quedará pospuesto al momento en que se ponga fin a la conducta.

3. EL DELITO PERMANENTE

3.1. CONCEPTO

El delito permanente carece, como el delito habitual, de una definición normativa. No obstante, nuestro Código penal hace referencia a esta categoría delictiva en su art. 132 para indicar que, en los casos de delito

permanente, el cómputo del plazo prescriptivo comenzará “desde que se eliminó la situación ilícita”. Del mismo modo, el Código penal italiano alude a la figura del delito permanente a los efectos de la prescripción y, así, establece como *dies a quo* aquel en el que cesó la permanencia^{641 642}.

Pese a este expreso reconocimiento en ambos Textos Punitivos, el desarrollo dogmático de la categoría del delito permanente ha corrido diversa suerte en España y en Italia. Así, al margen de alguna monografía aislada, el instituto no ha sido objeto de estudio pormenorizado por parte de la Doctrina penal española⁶⁴³. Es posible encontrar algunas definiciones en los tratados y manuales de Parte General, al tratar la cuestión de la clasificación de los tipos penales⁶⁴⁴, o la de la consumación delictiva⁶⁴⁵. Sin embargo, los diversos autores se conforman con delimitar la figura, sin entrar en el análisis de su naturaleza y sus elementos, ni proporcionar pautas que nos permitan identificar un determinado delito de la Parte

⁶⁴¹ También el *Codice di Procedura Penale* se refiere al delito permanente en varios preceptos. Así, el art. 8.1 establece, en relación con el juez territorialmente competente, que la competencia por territorio se determina por el lugar en el que el delito se ha consumado, mientras que si se trata de delito permanente, es competente el juez del lugar en el que ha tenido inicio la consumación (art. 8.3). El art. 382.2, por su parte, dispone que en el delito permanente el estado de flagrancia dura hasta que cesa la permanencia. Nuestra LECrim., sin embargo, no menciona esta categoría delictiva.

⁶⁴² El art. 158 CPI reza: *Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente, dal giorno in cui è cessata la permanenza.*

⁶⁴³ Cabe destacar el trabajo de LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada, 2006.

⁶⁴⁴ Así, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 280 y 281; DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1986, p. 162; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 232 y 233; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, cit., Valencia, 1999, p. 443; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 163; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 73.

⁶⁴⁵ Véanse, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 633; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015, pp. 440 y ss.

Especial como permanente. La Doctrina italiana, por el contrario, se ha ocupado, en profundidad, del estudio de esta categoría delictiva durante décadas, por lo que el recurso a la misma se hace imprescindible, como se podrá comprobar a lo largo de esta investigación.

Tradicionalmente, tanto la Doctrina italiana como la española, definen el delito permanente, por oposición al delito instantáneo, como aquel en el que se crea un estado antijurídico, o situación antijurídica, que se mantiene en el tiempo por voluntad del sujeto activo⁶⁴⁶. Tomaré, por tanto, esta noción de delito permanente como punto de referencia para el análisis de su fundamento y de su estructura, con independencia de que, a la luz de las conclusiones que se extraigan, pueda ser otro el concepto que finalmente se adopte.

⁶⁴⁶ RAMPIONI, R, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., p. 25; MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2015, pp. 427 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 266 y 267; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 198; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 205; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 509; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 273; QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Delito permanente”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1975, p. 602; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 163; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, cit. p. 76; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 232 y 233; DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, cit., p. 162; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, p. 732; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 633; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 73; BORJA JIMÉNEZ, E., “La terminación del delito”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, 1995, pp. 153 y ss.

3.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO PERMANENTE

Ahora bien, esta definición del delito permanente a la que acabo de hacer referencia no deja de presentar algunas cuestiones problemáticas. Así, decir que en el delito permanente se crea un estado antijurídico que perdura, es tanto como decir que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo penal se mantiene durante un determinado periodo de tiempo⁶⁴⁷. Por este motivo, la Doctrina italiana clásica establece, como presupuesto indispensable para la configuración de un delito como permanente, la necesidad de que el bien jurídico protegido sea susceptible de ofensa prolongada⁶⁴⁸. Se habla, en este sentido, de *beni giuridici comprimibili*, esto es, bienes jurídicos que no son susceptibles de destrucción o disminución y que permiten, por tanto, una afeción no irreparable, de tal modo que, cuando la situación antijurídica cese -por voluntad del sujeto activo o por otras causas-, el bien jurídico recuperará el estado anterior a la

⁶⁴⁷ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 266 y 267; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 204 y 205; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 198 F; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 163; DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, cit., p. 162; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 281.

⁶⁴⁸ La tesis según la cual la naturaleza del bien jurídico protegido constituye un elemento esencial del delito permanente tiene su origen en la obra de CAMPUS, quien define el delito permanente como “la violación de aquellos derechos que por su especial naturaleza no son susceptibles de ser destruidos o disminuidos, sino solamente obstaculizados en su libre ejercicio o goce o en su realización, produciéndose necesariamente por un tiempo más o menos largo, bajo la forma de un hecho continuo, aquel estado de compresión del derecho en que se especifica la permanencia de la infracción” (CAMPUS, P., *Studio sul reato permanente*, Sassari, 1902, pp. 25 y ss.). Así, según señala LEONE, la conceptualización de CAMPUS resulta plenamente válida si se sustituye la referencia a la violación del derecho -producto del momento histórico en el que escribe el autor (véase, por todos, sobre la evolución del concepto de bien jurídico, PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, pp. 64 a 67.)- por la de la ofensa al bien jurídico (LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p., 387). En idéntico sentido, RAGNO, G., *I reati permanenti*, Milano, 1960, pp. 71 y 72).

perturbación⁶⁴⁹. Así, este sector doctrinal sostiene que el bien jurídico protegido en los delitos permanentes debe ser, en todo caso, de carácter inmaterial, como, por ejemplo, la libertad, que, en palabras de COPPI⁶⁵⁰, “se presta a sufrir la permanencia de la infracción y a expandirse en su plenitud cuando esta termina”. Por ello, el delito de detenciones ilegales es citado como clásico ejemplo de delito permanente. En tal caso, afirman estos autores, la lesión de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo perdurará hasta el momento de su liberación, pero, una vez finalizado el ataque, el sujeto pasivo podrá volver al goce del bien jurídico en las mismas condiciones que antes de iniciarse la agresión. Por el contrario, esta parte de la Doctrina entiende que los bienes jurídicos materiales, como la vida o la integridad física, solo podrán ser objeto de delitos instantáneos, pues tales bienes resultarán destruidos o menoscabados por la acción del sujeto activo. En estos casos, permanecerán los efectos del delito, pero no será posible hablar de mantenimiento de la lesión al bien jurídico como consecuencia del comportamiento del agente, como tampoco de la recuperación del bien jurídico, sin merma alguna, en el momento en que se levante el estado antijurídico⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Véanse, LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp., 387 a 391; GIULIANI, U., *La struttura del reato permanente*, Padova, 1967, pp. 125 y 126; MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 428 y 429; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 508; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 205; ALIBRANDI, L., “Reato permanente”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, 1991, p. 1; RAMPIONI, R., “Reato permanente”, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 857; BERNASCONI, C., “Il reato permanente”, cit., p. 670. En la Doctrina española, esta tesis ha sido asumida por algunos autores. Véase, en este sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 280 y 281; BORJA JIMÉNEZ, E., “La terminación del delito”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, cit., pp. 153; AYALA GARCÍA, J. M., “Delito permanente, delito habitual y delito complejo”, en *Unidad y Pluralidad de delitos. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Febrero-1995, p. 306.

⁶⁵⁰ COPPI, F., “Reato permanente”, en *Digesto delle Discipline Penali*, Torino, 1996, p. 321.

⁶⁵¹ Véase, RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, pp. 9 y ss.

Otra parte de la Doctrina italiana, sin embargo, ha cuestionado el criterio de la naturaleza inmaterial del bien jurídico protegido, por no considerarlo determinante a los efectos de caracterizar un delito como permanente. Así, estos autores entienden que la protección de un bien jurídico inmaterial no puede ser el criterio decisivo para reconocer cuándo un delito es susceptible de permanencia, por lo que será indispensable atender al modo en que dicho bien es jurídicamente tutelado⁶⁵². Se aduce, en este sentido, por un lado, que también los bienes jurídicos inmateriales, susceptibles, por tanto, de compresión, constituyen el objeto de protección de figuras delictivas de carácter instantáneo (como, por ejemplo, en el caso del hurto)⁶⁵³ y, por otro, que existen delitos permanentes que protegen bienes jurídicos materiales, tal y como sucede en el delito de ocupación e invasión arbitraria de haciendas agrícolas o industriales (art. 508 Cpi), o en el delito de invasión de terrenos o edificios (art. 633 Cpi)⁶⁵⁴. Esta última afirmación, no obstante, ha sido criticada por RAGNO, quien ha puesto de manifiesto que estos autores confunden el bien jurídico protegido con el objeto material de estos delitos. Así, según señala el autor, el bien jurídico protegido en el delito de invasión y ocupación arbitraria de haciendas agrícolas e industriales (art. 508 Cpi) es "el interés de la economía nacional", mientras que el terreno de la hacienda agrícola o industrial constituye el

⁶⁵² RAGNO, G., *I reati permanenti*, cit., pp. 68 a 67; PIOLETTI, U., "Reato permanente", en *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 1967, pp. 997 y 998.

⁶⁵³ GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, Padova, 1996, p. 35; COPPI, F., "Reato permanente", en *Digesto delle Discipline Penali*, cit., p. 321; RAMPIONI, R., "Reato permanente", cit., p. 857; MAGLIO, M. G. y GIANNELLI, F., "Due particolari categorie di reati: il reato abituale ed il reato permanente", cit., p. 519.

⁶⁵⁴ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 268; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 199; COPPI, F., "Reato permanente", en *Digesto delle Discipline Penali*, cit., p. 321; GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, cit., pp. 34 y 35; RAMPIONI, R., "Reato permanente", cit., p. 857; MAGLIO, M. G. y GIANNELLI, F., "Due particolari categorie di reati: il reato abituale ed il reato permanente", cit., p. 519.

objeto material sobre el que incide la conducta del agente⁶⁵⁵.

En realidad, en mi opinión, la crítica de RAGNO es extensible a los postulados de las dos teorías expuestas, pues entiendo que en ambas se confunde el bien jurídico protegido con el objeto de la acción. En realidad, el bien jurídico es un valor y, como tal, no puede ser material, ni, por tanto, destruido o dañado físicamente. Lo que sucede es que ese valor se puede concretar en una realidad de carácter material, como la vida o la integridad física, por ejemplo⁶⁵⁶. En tales casos, la lesión (ideal) del bien jurídico tendrá lugar a través de la destrucción o el menoscabo (físico) de los respectivos objetos individuales de la acción⁶⁵⁷. Entiendo, de este modo, que cuando estos autores hablan de bienes jurídicos inmateriales, lo que pretenden expresar es la innecesariedad de que el bien jurídico tenga concreción en un objeto perteneciente al mundo sensible, cuya efectiva destrucción o menoscabo supondría una afección irreparable -en sentido ideal- al bien jurídico al que sirve de referente⁶⁵⁸.

Una vez realizadas estas aclaraciones, será preciso comprobar si, en efecto, los delitos permanentes pueden proteger, también, bienes jurídicos materiales -o, mejor dicho, bienes jurídicos que tengan un referente material-. Si el delito permanente presupone, según la definición

⁶⁵⁵En efecto, el delito de arbitraria invasión y ocupación de haciendas agrícolas e industriales, previsto en el art. 508 Cpi, se encuentra en el Libro segundo, Título VIII, Capítulo I, "De los delitos contra la economía pública".

⁶⁵⁶ Véanse, por todos, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 350 y ss.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 62 y 63.

⁶⁵⁷ Véase, en relación con el objeto de la conducta y el referente material del bien jurídico protegido, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Valencia, 2013, pp.51 y ss.

⁶⁵⁸ No obstante, lo cierto es que la denominación bien jurídico material e inmaterial, o bien jurídico tangible e intangible, es la comúnmente empleada también en la Doctrina española. Véase, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pp. 68 y 334 y ss.

comúnmente aceptada de esta categoría delictiva y que, como he dicho, adopto como hipótesis de partida, el mantenimiento del estado antijurídico, resultará indispensable, ciertamente, que el objeto en el que el bien jurídico protegido se concrete no sea destruido o menoscabado por la acción del sujeto activo⁶⁵⁹. Partiendo de estas premisas, si los bienes jurídicos que carecen de referente material permiten una afección continuada (en el sentido explicado más arriba) parece razonable, en principio, pensar que su tutela es presupuesto para la configuración de un delito como permanente. Sin embargo, si el bien jurídico protegido se concreta en un objeto perceptible por los sentidos, pero el tipo no exige, para su consumación, la destrucción o el menoscabo de dicho objeto, también será posible la prolongación de la situación antijurídica, como sucede en los citados delitos de ocupación e invasión arbitraria de haciendas agrícolas o industriales (art. 508 Cpi) y de invasión de terrenos o edificios (art. 633 Cpi)⁶⁶⁰. Ello resulta patente, también, en los delitos de peligro concreto. En estos casos, será posible, como señala LLORÍA GARCÍA⁶⁶¹, la prolongación del estado antijurídico -aun cuando el bien jurídico protegido tenga un referente material-, cuando la situación de peligro se prolongue por el comportamiento del sujeto activo. Ejemplo de ello lo constituye el delito del art. 380 CP, que castiga la puesta en peligro de la vida o integridad de las personas, por conducir un vehículo a motor o ciclomotor con temeridad manifiesta⁶⁶². En tanto en cuanto se mantenga esa situación de peligro, se

⁶⁵⁹ RAGNO, G., *I reati permanenti*, cit., p. 68; RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., pp. 9 y ss.

⁶⁶⁰ Lo mismo podría decirse del delito de usurpación, tipificado en el art. 245 del Código penal español.

⁶⁶¹ LLORÍA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., pp. 70 a 72.

⁶⁶² Es preciso recordar, en este sentido, como apunta TAMARIT SUMALLA, que “la definición del bien jurídico como la «seguridad en el tráfico» no debe entrañar una construcción tan artificiosa y formalista que lleve a sostener, como ha hecho un sector doctrinal minoritario, que la realización de las conductas típicas supone la lesión del referido bien jurídico, o incluso a olvidar que lo protegido no es en última instancia algo

mantendrá la afección al bien jurídico por voluntad del autor, pudiendo este poner fin al estado antijurídico en cualquier momento. Una vez finalizado el ataque, puesto que el resultado típico lo constituye la situación de peligro para la vida o la integridad, sin requerir su efectiva destrucción o menoscabo, el bien jurídico al que sirven de referente recuperará, sin merma alguna -en sentido ideal-, su estado anterior.

Por tanto, aun partiendo de la consideración del delito permanente como creación y mantenimiento de un estado antijurídico, la protección de un bien jurídico sin referente material no es presupuesto para su existencia y carece de virtualidad como criterio para reconocer cuándo un tipo penal tiene tal naturaleza.

3.3. NATURALEZA DE LA “FASE DE PERMANENCIA”

La definición comúnmente aceptada del delito permanente y que, según he dicho, adopto como hipótesis de trabajo, lo caracteriza como aquel delito en el que se crea una situación antijurídica, que se mantiene por voluntad del sujeto activo. A este periodo durante el cual el delito se prolonga se le denomina “fase de permanencia”, o, simplemente, “permanencia”⁶⁶³.

sustancialmente diverso de la vida, la salud o el patrimonio de personas concretas, respecto de las cuales la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental” (TAMARIT SUMALLA, J.M., “De los delitos contra la seguridad vial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, Navarra, 2016, pp. 1130.)

⁶⁶³ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 137.

Al análisis de la naturaleza –o, lo que es lo mismo, del fundamento de su relevancia jurídica⁶⁶⁴- de la fase de mantenimiento de la situación antijurídica creada por el agente se dedicarán las siguientes páginas.

3.3.1. LA PERMANENCIA COMO REQUISITO PARA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.

Un primer sector doctrinal considera que el mantenimiento de la situación antijurídica –es decir, de la afección al bien jurídico protegido- durante un periodo de tiempo apreciable es requisito imprescindible para la consumación del delito permanente⁶⁶⁵. Esta característica se convierte, para los partidarios de esta tesis, en criterio de distinción entre el delito necesariamente permanente y el delito eventualmente permanente.

Un delito será necesariamente permanente cuando el tipo penal exija la prolongación del estado antijurídico durante un lapso temporal mínimo para alcanzar su consumación. De ello se deriva que, en tanto no haya transcurrido ese mínimo de tiempo, estaremos ante una tentativa, o, en su caso, ante otra figura delictiva. Así, señalan que el delito de *sequestro di persona*, previsto en el art. 605 Cpi, no puede consumarse si la privación de

⁶⁶⁴ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 138.

⁶⁶⁵ PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 509; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 198 y 199; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 273 y 274; MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 428 y ss. ; ALIBRANDI, L., “Reato permanente”, en *Enciclopedia Giuridica*, cit., p. 5; PETRONE, M., “Reato abituale”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., p. 195.

libertad no ha tenido una duración apreciable⁶⁶⁶. Por el contrario, será eventualmente permanente aquel delito que, sin exigir el mantenimiento de la situación antijurídica para su consumación, la permita, de tal modo que, de producirse, no dará lugar a un concurso de delitos. Para estos autores, el delito de injurias constituye un ejemplo de delito eventualmente permanente, pues puede consumarse en un instante, con el pronunciamiento de una expresión injuriosa, o bien prolongarse en el tiempo, a través, por ejemplo, de la exhibición pública de un panfleto injurioso⁶⁶⁷.

En el delito necesariamente permanente -genuino delito permanente-el transcurso del lapso temporal mínimo es, como he dicho, requisito indispensable para considerarlo consumado. Sin embargo, tras el momento consumativo, es todavía posible el mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del sujeto activo, dando lugar a una fase post-consumativa con relevancia penal. Este periodo sucesivo a la consumación, que durará hasta que el sujeto ponga fin a la conducta o se vea compelido a ello, tiene carácter eventual, pues, a diferencia del periodo mínimo, no es un elemento constitutivo del delito. No obstante, de su existencia derivarán importantes consecuencias en relación con numerosos institutos penales y procesales⁶⁶⁸.

De esta tesis deriva, por tanto, que la permanencia delictiva presenta -o puede presentar-dos periodos: el mínimo, con carácter necesario a los efectos de la consumación del delito; y el post-consumativo, con carácter

⁶⁶⁶ La misma característica sería predicable en relación con el delito de detenciones ilegales del art. 163 CP.

⁶⁶⁷ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 269; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 507; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 274; RAGNO, G., *I reati permanente*, cit., pp. 311 a 335.

⁶⁶⁸ Véase, en detalle, BERNASCONI, C., "Il reato permanente", cit., pp. 668 y ss.

eventual, pero jurídico-penalmente relevante. De ello se extraen dos características que, según estos postulados, distinguen al delito permanente del instantáneo:

1. En el delito instantáneo, la consumación se produce con la realización de todos los elementos del tipo penal. Sin embargo, la consumación del delito (necesariamente) permanente exige, además, el mantenimiento de la ofensa al bien jurídico protegido por la prolongación de la conducta típica durante un lapso temporal mínimo.
2. En el delito instantáneo, la consumación señala el momento en el que se agota la relevancia penal del hecho. Por el contrario, en el delito permanente, una vez transcurrido ese *minimum* temporal y consumado el delito, es posible el desarrollo de una fase post-consumativa penalmente relevante.

3.3.2. LA PERMANENCIA COMO FASE SUCESIVA A LA CONSUMACIÓN

Sin embargo, otra parte de la doctrina critica esta tesis y sostiene que la permanencia no es un elemento constitutivo del delito, sino una fase sucesiva al momento de la consumación delictiva. Se aducen, en este sentido, los siguientes motivos:

En primer lugar, señalan estos autores que una entidad que todavía no existe no puede permanecer⁶⁶⁹. Por tanto, la permanencia requerirá,

⁶⁶⁹ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 139.

como presupuesto, la existencia de un delito ya consumado, del que constituirá su prolongación⁶⁷⁰. De ello se deriva que la permanencia no pertenece a la fase de ejecución del delito, siendo preciso distinguir, en todo caso, entre el proceso ejecutivo, como fase del *iter criminis* previo a la consumación, y la permanencia, como fase posterior a la consumación delictiva⁶⁷¹.

De forma coherente con este planteamiento, estos autores entienden que la polémica tradicional en torno a si es necesaria o no la prolongación de la ofensa al bien jurídico durante un lapso temporal mínimo para entender consumados determinados tipos de la Parte Especial, no afecta a su consideración como delitos permanentes. Para este sector doctrinal, la cuestión de si las detenciones ilegales se consuman en el mismo momento en el que el sujeto es detenido (o encerrado), o si, por el contrario, es precisa una prolongación mínima de la privación de libertad, no afecta al carácter permanente del delito, sino a los requisitos necesarios para la existencia del mismo. Pero será una vez consumado el delito, con independencia de cuál sea la postura que se mantenga en relación con el *minimum* de prolongación de la conducta indispensable para ello, cuando comenzará, en su caso, la permanencia⁶⁷².

Esta tesis -que la permanencia no es un requisito esencial para la consumación, sino un periodo sucesivo a la misma- obliga a negar la

⁶⁷⁰ PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., pp. 421 y 422; GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, cit., pp. 4 y 5.

⁶⁷¹ PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., pp. 416 y 417; RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., pp. 20 a 23.

⁶⁷² PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., pp. 416 y 417; RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., pp. 20 a 23. GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, cit., pp. 5 a 8; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo crítico”, cit., p. 140 y 141; LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., pp. 106 y 107.

existencia de la categoría del delito necesariamente permanente⁶⁷³. En efecto, el carácter permanente de un tipo delictivo no dependerá de que el mismo exija la prolongación de la situación antijurídica para su consumación, sino de la posibilidad de prolongar el ilícito más allá del momento consumativo sin romper la unidad delictiva. La única distinción posible será, por tanto, entre delitos instantáneos, como aquellos que no son susceptibles de prolongación tras la consumación, y delitos permanentes, como aquellos que, por su configuración típica, la permiten⁶⁷⁴.

En segundo lugar, como señala BARTOLI, si la permanencia no constituyera un periodo sucesivo al momento de la consumación delictiva, el art. 158, párrafo primero, del Código penal italiano, que prevé una regla específica en relación con el inicio del cómputo de la prescripción para el supuesto de delito permanente, carecería de fundamento. Dicho precepto dispone que el término de la prescripción transcurre, para el delito consumado, “desde el día de la consumación” y, para el delito permanente, “desde el día en el que cesó la permanencia”. Si la permanencia fuera una fase anterior a la consumación, estas explicaciones resultarían innecesarias, pues la prescripción comenzaría, tanto si se tratara de un delito instantáneo como permanente, desde el día de la consumación, con independencia de que, en este último caso, la consumación solo pudiera alcanzarse tras la prolongación del ilícito durante un cierto tiempo⁶⁷⁵. Este argumento es

⁶⁷³ LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp. 421 a 423; RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., pp. 10 a 12; PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 422, nota 50; GIULIANI, U., *La struttura del reato permanente*, cit., pp. 140 y 141; GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, cit., pp. 6 y 7; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 162; LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., pp. 41-43.

⁶⁷⁴ En este sentido, GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, cit., pp. 6 a 8; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 162.

⁶⁷⁵ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 139.

perfectamente trasladable al art. 132.1 de nuestro Código penal, que establece, en términos muy similares, que el plazo prescriptivo se computará “desde el día en que se haya cometido la infracción punible”⁶⁷⁶ y, en el caso de delito permanente, “desde que se eliminó la situación ilícita”.

A mi juicio, estas razones avalan la tesis propugnada por este sector doctrinal, esto es, que la permanencia es una fase sucesiva al momento de la consumación delictiva y, por tanto, será la posición que, en adelante, se mantenga en esta investigación.

Desde este punto de vista, la distinción entre delito instantáneo y permanente no puede establecerse en relación con los requisitos necesarios para la consumación de este último. La diferencia entre ambas categorías delictivas radica, por tanto, en que el delito instantáneo agota su relevancia penal en el momento consumativo, mientras que en el delito permanente puede tener lugar un periodo ulterior a la consumación con trascendencia jurídico-penal.

⁶⁷⁶ Aunque el art. 132. 1 de nuestro Código, a diferencia del art. 158 del CPI, no lo dice expresamente, tanto la Doctrina mayoritaria como la Jurisprudencia consideran que el delito debe entenderse cometido, a los efectos del inicio del cómputo de la prescripción, desde el momento en que se produce su consumación, esto es, desde el momento en que se realizan todos los elementos del tipo. Véase, para un análisis en profundidad de esta cuestión PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2004, pp. 211 a 248.

3.4. FUNDAMENTO DE LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DE LA PERMANENCIA

Con carácter general, según ya he señalado, la consumación, es decir, la plena realización del tipo, señala el momento en el cual el hecho agota su relevancia penal. Por tanto, si la permanencia constituye, según acabo de afirmar, una fase sucesiva al momento consumativo, será indispensable determinar cuál es el fundamento de su relevancia jurídico-penal⁶⁷⁷. En relación con esta cuestión, la Doctrina italiana, sostiene tesis diversas⁶⁷⁸. Sin embargo, este debate no se ha planteado entre los autores españoles y, quienes han proporcionado un concepto de delito permanente, han acogido, de forma unánime, pero, sin entrar a analizar sus consecuencias, la segunda de las posturas que se expondrán a continuación.

⁶⁷⁷ Así, como apunta BARTOLI, R., será preciso “establecer cómo una «entidad» extraña a la estructura esencial del tipo, cual es, precisamente, la permanencia pueda ser jurídicamente relevante, puesto que, en materia penal, una determinada realidad puede asumir relevancia jurídica solo si es subsumible en una norma” (BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 138).

⁶⁷⁸ La denominada “concepción pluralística” del delito permanente no se analizará en esta investigación, por tratarse de una postura absolutamente minoritaria en la Doctrina italiana, representada fundamentalmente por GIULIANI. Según dicha tesis, en el delito permanente, en realidad, la prolongación de la conducta da lugar a una multiplicidad de momentos consumativos y, por tanto, a una multiplicidad de ilícitos penales. El delito permanente, desde este punto de vista, constituiría un supuesto de concurso de delitos. Sin embargo, puesto que los varios ilícitos que componen el delito permanente son “unitariamente lesivos del mismo bien jurídico protegido”, pueden ser objeto de una valoración jurídica unitaria y sustraerse a las reglas concursales. Véase, sobre la concepción pluralística del delito permanente y sus consecuencias penales y procesales, GIULIANI, U., *La struttura del reato permanente*, Padova, 1967.

3.4.1. LA “TESIS BIFÁSICA”

Según los partidarios de la denominada “tesis bifásica”, las leyes penales que tipifican delitos permanentes contienen un “doble precepto”: el primero, que prohíbe u ordena la realización de una determinada conducta idónea para crear el estado antijurídico, y el segundo, que ordena poner fin al estado antijurídico creado con la violación del primer precepto⁶⁷⁹. De este modo, la conducta en el delito permanente presenta, también, dos fases diferenciadas, que se corresponden con la transgresión de ambas disposiciones. En la primera fase, que puede ser activa u omisiva, tendrá lugar la creación del estado antijurídico. La segunda fase, constitutiva de la permanencia y de naturaleza necesariamente omisiva, consistirá en el no levantamiento de la situación antijurídica creada. Así, para estos autores, la permanencia asume relevancia jurídico-penal porque supone la vulneración del segundo precepto comprendido en el tipo. De ello se deriva, a su vez, una característica esencial del delito permanente que

⁶⁷⁹ LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp., 391 y ss.; RAGNO, G., *I reati permanente*, cit., pp. 118 y ss.; PIOLETTI, U., “Reato permanente”, cit., pp. 998 y ss.

lo diferencia de otras figuras delictivas⁶⁸⁰: la capacidad del sujeto activo de poner fin al estado antijurídico⁶⁸¹.

3.4.1.1. Críticas

Esta tesis ha sido objeto de numerosas críticas, como a continuación se detalla.

Así, en primer lugar, se ha señalado que esta concepción del delito permanente supone una desviación del principio de tipicidad, pues se construye sobre la exigencia de una segunda fase de carácter omisivo incluso cuando el tipo sea activo⁶⁸².

En segundo lugar, se ha puesto de relieve que en el caso de los delitos omisivos no es posible reconocer el “doble precepto” y, en consecuencia,

⁶⁸⁰ En esta característica –la capacidad del sujeto activo de poner fin al estado antijurídico– la Doctrina española establece, tradicionalmente, la distinción entre el delito permanente y el delito de estado. En el delito de estado - como en el permanente- tendrá lugar la creación un estado antijurídico duradero, pero cuyo mantenimiento no depende de la voluntad del sujeto activo. Como ejemplo clásico de delito de estado se cita la bigamia (Véanse, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., p 233; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 163; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 281; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 73.). Para referirse a esta categoría delictiva, la Doctrina italiana emplea la denominación “delito instantáneo de efectos permanentes” y no la de delito de estado. No obstante, los autores italianos niegan su sustantividad y funcionalidad como categoría delictiva autónoma, pues de todo delito se derivan efectos que perduran en el tiempo más allá de la consumación, pero que carecen de relevancia penal, por lo que en todo caso, estaríamos ante delitos instantáneos (Véase, entre otros, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 269; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 211).

⁶⁸¹ LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp., 433 y 434; PIOLETTI, U., “Reato permanente”, cit., pp. 999 y 1000.

⁶⁸² ALIBRANDI, L., “Reato permanente”, cit., p. 2.

establecer la diferencia entre las dos fases. En estos delitos, el segundo mandato tendría un contenido idéntico al primero^{683 684}.

En tercer lugar, tal y como ha evidenciado un importante grupo de autores, esta teoría topa con un obstáculo insalvable, pues no existe un fundamento normativo del denominado *obbligo di contro-agire* (obligación de hacer lo contrario a lo que se ha hecho con la acción u omisión inicial), cuya violación constituiría la permanencia⁶⁸⁵. En este sentido, señala PECORARO-ALBANI que en el Ordenamiento Jurídico existen obligaciones de hacer o no hacer previstas en las normas penales, pero no una obligación de desistir del propio comportamiento ilícito, o de levantar el estado antijurídico creado con la conducta prohibida. Así, el autor de un secuestro del art. 605 Cpi no es castigado por omitir la restitución de libertad

⁶⁸³ Así, como evidencia PECORARO-ALBANI, el art. 607 CPi -que tipifica la conducta del funcionario que no obedece la orden de liberación de un detenido emitida por la autoridad competente- establece una única obligación: la de liberar al detenido. No se puede afirmar que, junto a este mandato, exista un segundo que imponga el levantamiento del estado antijurídico, pues poner fin a la omisión “significaría <<hacer>>; pero ello constituye precisamente la observancia de la norma del art. 607, que se está violando y, por tanto, se ve claramente la inexistencia de otro precepto” (PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 411).

⁶⁸⁴ En relación con la cuestión de los delitos omisivos, es preciso referirse a la tesis propugnada por DALL’ORA. Para este autor, el delito permanente es siempre omisivo, con independencia de que la conducta de instauración del estado antijurídico sea activa. Ello obedece, según el citado autor, a que “el <<eventual prólogo activo>> representa un *accidens* respecto de la estructura lógica del delito permanente. La creación del estado antijurídico constituye una actividad preparatoria que queda fuera de la descripción legal. Lo inculpativo en el delito permanente es solo la conducta de compresión del bien jurídico, siendo irrelevante la primera fase” (DALL’ORA, A., *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950, pp. 181 a 190). Sin embargo, se trata esta de una teoría aislada en la Doctrina italiana, pues, en palabras de PECORARO-ALBANI, se califica de “<<prólogo irrelevante>> a aquello que representa el nacimiento del mismo delito, la realización de la violación jurídica, sin la cual no surgiría ni siquiera el problema de la permanencia” (PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 400). Véase, sobre la compatibilidad entre conducta omisiva y delito permanente, BARTOLI, R., “Reato permanente e condotta omissiva in tema d’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità”, en *Diritto penale e Processo*, n. 1, 1999, pp. 61 y ss.

⁶⁸⁵ RAMPIONI, R., “Reato permanente”, cit., p. 858. A esta crítica se suman COPPI, F., “Reato permanente”, cit., p. 322; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 143.

a la víctima, sino porque ha incumplido la única prohibición contenida en la norma, la de privar de libertad a una persona⁶⁸⁶.

Finalmente, se ha observado que si las normas que tipifican delitos permanentes contienen un segundo precepto, que impone la obligación de levantar el estado antijurídico previamente creado, este mandato secundario tendría que existir en todos aquellos tipos penales que no contemplan la destrucción o disminución del bien jurídico protegido⁶⁸⁷. Así, por ejemplo, en los delitos de hurto y de apropiación indebida existiría la obligación secundaria de restituir la cosa. Sin embargo, ambos son delitos instantáneos, lo que demuestra la insuficiencia de esta tesis en orden a establecer los elementos estructurales que permitan reconocer un delito como permanente.

Las objeciones expuestas conducen, necesariamente, a rechazar la “tesis bifásica” para fundamentar la relevancia jurídica de la permanencia, pues la misma se revela como un mero “producto doctrinal”⁶⁸⁸.

3.4.2. LA TESIS SEGÚN LA CUAL EL MISMO PRECEPTO INCRIMINA TANTO LA CREACIÓN DEL ESTADO ANTIJURÍDICO COMO LA SUCESIVA CONDUCTA DE MANTENIMIENTO

La Doctrina mayoritaria, consciente de la artificiosidad de la “tesis bifásica”, prescinde del recurso a la obligación de desistir del propio

⁶⁸⁶ PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., pp. 400 y 401.

⁶⁸⁷ COPPI, F., “Reato permanente”, cit., p. 322.

⁶⁸⁸ RAMPIONI, R., “Reato permanente”, cit., p. 858.

comportamiento ilícito u *obbligo di contro-agire* para establecer el fundamento del delito permanente. Así, estos autores consideran que no es necesaria la escisión de la norma en un doble precepto para sustentar la relevancia jurídico-penal de la permanencia, pues es el mismo precepto que incrimina la creación del estado antijurídico el que, a su vez, incrimina la sucesiva conducta de mantenimiento⁶⁸⁹. Por tanto, un delito es permanente cuando tipifica no solo la creación de una situación de ofensa -de lesión o de peligro- al bien jurídico protegido, sino también su mantenimiento por efecto de la persistente conducta voluntaria del sujeto⁶⁹⁰. En consecuencia, es la propia conducta típica la que se prolonga⁶⁹¹; conducta que, como apunta ALIBRANDI, es unitaria y “no es susceptible de dividirse en entidades jurídicamente relevantes de manera autónoma”⁶⁹². El comportamiento en el delito permanente es, por consiguiente, único, y responde a un único fundamento: la ofensa sostenida al bien jurídico

⁶⁸⁹ MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 429 y ss; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 204; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 509; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 274; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 266 y 267; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 210 y ss.

⁶⁹⁰ Así, entre otros, RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., p. 25; MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 429 y ss.; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 205 y 206; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 266 y 267; FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 210; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 509; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 274. En este sentido, en la Doctrina española, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 163; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, cit., p. 76; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 232; DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, cit., p. 162.

⁶⁹¹ Subraya LLORIA GARCÍA, a este respecto, “que las formulaciones típicas de los delitos permanentes deben contener verbos que aludan a conductas que, naturalísticamente, sean susceptibles de prolongación en el tiempo”. Así, apunta, “verbos como «tener», «retener» o «detener» manifiestan claramente la posibilidad de que la acción dure cierto tiempo”. Véase, ampliamente, sobre la importancia de los verbos típicos en orden a establecer la naturaleza permanente de una determinada figura delictiva, LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., pp. 83 y ss.

⁶⁹² ALIBRANDI, L., “Reato permanente”, en *Enciclopedia Giuridica*, cit., p. 2.

protegido. Este sector doctrinal coincide, no obstante, con los defensores de la “tesis bifásica” en señalar como elemento fundamental del delito permanente la capacidad del sujeto activo de poner fin a la situación ilícita.

3.4.2.1. Críticas

Esta teoría, sin embargo, tampoco ha estado exenta de críticas, según se expone a continuación.

La primera objeción que se ha planteado a esta definición del delito permanente es la referencia a la creación de un “estado antijurídico”, que se mantiene por voluntad del sujeto activo. Se ha dicho, en este sentido, que tal estado -la ofensa sostenida al bien jurídico protegido- también tiene lugar en el caso de figuras delictivas que no son permanentes. Así, por ejemplo, en el delito de hurto el apoderamiento de la cosa determina la aparición de un estado antijurídico -ofensivo del patrimonio- que se dilata más allá del momento consumativo⁶⁹³. Además, el autor puede poner fin a la situación ilícita en cualquier momento mediante la restitución de la cosa⁶⁹⁴.

No obstante, a mi juicio, estas razones no puede considerarse definitivas para rechazar la tesis objeto de análisis, pues, como he dicho, sus partidarios entienden que el estado antijurídico debe mantenerse a consecuencia de la prolongación de “la conducta típica”. Por tanto, en el citado ejemplo del hurto, aunque es cierto que se produce una ofensa

⁶⁹³ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 145.

⁶⁹⁴ PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, pp. 167 y 168.

sostenida al bien jurídico (que durará en tanto el sujeto pasivo no recupere la cosa), no estaríamos, según estos autores, ante un delito permanente, pues la conducta, tal como está descrita en el tipo, no es susceptible de prolongación. En efecto, en el delito de hurto (art. 234 CP) la conducta típica consiste en “tomar” las cosas muebles ajenas. Ello supone “la realización de un acto de desposesión mediante la aprehensión del objeto material”, trasladándolo del ámbito de disposición del sujeto pasivo al del activo⁶⁹⁵. De este modo, como apunta LLORIA GARCÍA, en el momento en el que el sujeto toma la cosa con la posibilidad de disponer de ella, su conducta ya ha finalizado, no permanece en el tiempo. Así, el delito no puede calificarse de permanente, pues “falta la persistencia de uno de los aspectos caracterizadores del mismo: la continuidad del comportamiento”⁶⁹⁶. Lo mismo se puede decir del delito de hurto del art. 624 del Código penal italiano, cuya conducta típica consiste en “apoderarse” de la cosa mueble mediante su “sustracción” a quien la posee. En el instante en el que se hace pasar la cosa de la esfera de disposición del poseedor a la del sujeto activo, la conducta típica termina, por lo que el delito no puede permanecer⁶⁹⁷.

Más convincentes resultan, sin embargo, el resto de críticas que se han opuesto contra la tesis según la cual el delito permanente incrimina tanto la creación del estado antijurídico como la sucesiva conducta de mantenimiento. Así, se le ha reprochado, en primer lugar, que esta construcción parte de la consideración de la ofensa al bien jurídico como

⁶⁹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Los delitos de hurto y el «furtum possessionis»”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, II, Valencia, 2011, p. 77.

⁶⁹⁶ LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., p. 61.

⁶⁹⁷ Así, el propio BARTOLI, que critica la referencia a la creación de un “estado antijurídico”, por entender que tal estado se produce, igualmente, en delitos de carácter instantáneo, como el hurto, reconoce, no obstante, que la conducta típica en dicho delito “no puede durar en el tiempo y, por tanto, no es susceptible de permanencia” (BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 162).

elemento estructural del delito, La lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido constituye el fundamento del juicio de desvalor de resultado del hecho típico, pero, en ningún caso, un requisito estructural del mismo.⁶⁹⁸.

En segundo lugar, una parte de la doctrina ha cuestionado el fundamento de la relevancia jurídico-penal de la conducta de mantenimiento. En este sentido, PROSDOCIMI ha señalado que “si hablando de un «estado antijurídico» no se quiere aludir a una genérica ilicitud extrapenal, la situación creada con la perfección del ilícito es calificable como antijurídica únicamente si se postula la existencia de un segundo precepto”⁶⁹⁹. De este modo, como advierte BARTOLI⁷⁰⁰, esta tesis termina, igual que la “tesis bifásica”, por escindir la norma que tipifica un delito permanente en dos preceptos, siendo el primero el que prohíbe la creación del estado antijurídico, y el segundo el que ordena el no mantenimiento de tal estado. Para este autor, la única diferencia entre ambas teorías radica en que mientras la “tesis bifásica” sostiene que el segundo precepto tiene por objeto ordenar el *levantamiento* del estado antijurídico y, por tanto, solo puede ser violado mediante una omisión, para la construcción objeto de examen, el segundo precepto ordena el *no mantenimiento de la situación*, por lo que puede ser infringido tanto por un comportamiento activo como omisivo⁷⁰¹. A partir de aquí, se hacen

⁶⁹⁸ DALL'ORA, A., *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, cit., pp. 154 y ss.; PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., pp. 402 a 406; DE FRANCESCO, G., “Profili strutturali e processuali del reato permanente”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1977, pp. 564 y 565; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., pp. 146 y 162.

⁶⁹⁹ PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, cit. p. 169. En el mismo sentido, BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 146.

⁷⁰⁰ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 146.

⁷⁰¹ Y ello “porque, mientras una situación solo puede levantarse mediante una acción, la misma, por el contrario, puede ser mantenida indistintamente a través de una

extensibles a esta tesis algunas de las críticas dirigidas contra la “tesis bifásica”. Así, se observa, por un lado, que una construcción basada en la existencia de un *obbligo di non mantenere* se revela, también, como una mera construcción doctrinal sin fundamento normativo; y, por otro, que la existencia de un *obbligo di non mantenere*, como la de un *obbligo di contro-agire*, no podría predicarse únicamente de los delitos permanentes, sino de todos los tipos de la parte especial⁷⁰², o, más concretamente, de aquellos delitos tras cuya consumación fuera posible restablecer la situación anterior al inicio de la ofensa del bien jurídico.

3.4.3. LA TESIS SEGÚN LA CUAL LA PERMANENCIA INDICARÍA LA EVENTUAL DURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL ÚNICO PRECEPTO CONTENIDO EN EL TIPO PENAL.

Partiendo de las deficiencias de la “tesis bifásica” y de la tesis según la cual el delito permanente incrimina tanto la creación del estado antijurídico como la sucesiva conducta de mantenimiento, un sector doctrinal sostiene que la permanencia no puede ser objeto de una incriminación específica, pues la misma indica, únicamente, la “duración de la rebelión la norma”⁷⁰³. En efecto, el tipo penal describe el hecho en todos sus elementos constitutivos, pero no su duración, pues esta es eventual.

acción o de una omisión” (BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 146).

⁷⁰² BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., pp. 146 y 147.

⁷⁰³ PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 428. En idéntico sentido, DE FRANCESCO, G., “Profili strutturali e processuali del reato permanente”, cit., pp. 568, 575 y 576; PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, cit., p. 177; COPPI, F., “Reato permanente”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., p. 318; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 149.

Para estos autores, por tanto, resulta innecesario recurrir a la escisión de la norma primaria en un doble precepto, ya que, para que la fase de la permanencia posea relevancia jurídico-penal, esta debe consistir en la prolongación ininterrumpida de todos los elementos del hecho típico⁷⁰⁴. Por tanto, la permanencia es penalmente relevante porque es “típica”, lo que implica que, durante la fase sucesiva a la consumación delictiva, “el hecho histórico resulta ininterrumpidamente conforme al hecho típico previsto en la norma”⁷⁰⁵.

De esta concepción de la permanencia, como prolongación ininterrumpida del hecho típico en todos sus elementos constitutivos, deriva una consecuencia fundamental: durante la fase sucesiva a la consumación, el delito persiste idéntico y sin solución de continuidad⁷⁰⁶. Ello implica, en palabras de BARTOLI⁷⁰⁷, que “la permanencia se caracteriza por una *dipendenza contenuistica* respecto al momento de realización de todos los elementos que integran el delito”, es decir, que el juicio de desvalor del hecho que se prolonga durante la fase de la permanencia es idéntico al del momento de la consumación delictiva⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 428; DE FRANCESCO, G., “Profili strutturali e processuali del reato permanente”, cit., pp. 576 y 582; COPPI, F., “Reato permanente”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., p. 318; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, p., 232; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 149.

⁷⁰⁵ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 149.

⁷⁰⁶ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 150.

⁷⁰⁷ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 142.

⁷⁰⁸ PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 431; DE FRANCESCO, G., “Profili strutturali e processuali del reato permanente”, cit., p. 482; COPPI, F., “Reato permanente”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., pp. 318 y 319; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 142.

3.4.4. POSICIÓN PERSONAL

A la vista de lo anterior, es, precisamente, esta última tesis, que define la permanencia como la prolongación ininterrumpida del hecho típico, la que mejor explica la naturaleza jurídica del delito permanente. Ello por los motivos que siguen:

En primer lugar, porque entiendo que las críticas dirigidas tanto contra la “tesis bifásica”, como contra la tesis según la cual el delito permanente incrimina, además de la creación del estado antijurídico, la sucesiva conducta de mantenimiento, demuestran, según ya he adelantado, su insuficiencia de ambas teorías para fundamentar la relevancia jurídico-penal de la fase de permanencia.

En segundo lugar, porque comparto con sus defensores que sólo una concepción de la permanencia como extensión del hecho típico en todos sus elementos se adecúa a las exigencias derivadas del Principio de Legalidad. En efecto, como acertadamente señala BARTOLI, también durante la fase sucesiva a la consumación delictiva, el único criterio válido para discernir aquello que es penalmente relevante de aquello que no lo es, debe ser el de la tipicidad. Así, según este autor, no habrá inconveniente en admitir la existencia de una fase post-consumativa con relevancia penal, siempre y cuando, durante su desarrollo, el hecho resulte en todo momento conforme a la descripción típica⁷⁰⁹. De este modo, el juez deberá comprobar la total correspondencia del hecho concreto con el modelo legal también durante la

⁷⁰⁹ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 150.

fase sucesiva a la consumación del delito, por lo que el tipo cumplirá, así, plenamente, su fundamental función de garantía⁷¹⁰.

3.5. LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO PERMANENTE

Una vez analizado el fundamento de la relevancia jurídico-penal de la permanencia, procede hacer referencia, siquiera brevemente, a algunas cuestiones que plantea la consumación de los delitos permanentes. A este respecto, según ya he tenido oportunidad de explicar al tratar el asunto de la naturaleza de la denominada fase de permanencia, la Doctrina sostiene dos tesis diferenciadas:

1. Un sector mayoritario, partiendo de la concepción del delito permanente como aquel que tipifica la creación y el mantenimiento de una determinada situación antijurídica por voluntad del sujeto activo (ya sea estableciendo su fundamento en el *obbligo di contro-agire*, ya en el *obbligo di non mantenere*), considera que la consumación delictiva exige no solo la realización de todos los elementos descritos en el concreto tipo de la Parte Especial, sino, además, el mantenimiento de la ofensa al bien jurídico por la prolongación de la conducta típica durante un lapso de tiempo apreciable. Esta parte de la Doctrina sostiene que este *minimum* temporal es un elemento constitutivo del delito permanente y, por tanto, indispensable para alcanzar su consumación. Así, para estos autores, la distinción con el delito instantáneo radica, de un lado, en esta exigencia de

⁷¹⁰ PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, cit., p. 177.

prolongación de la ofensa al bien jurídico durante un tiempo mínimo como requisito necesario para la consumación, y, de otro, en la posibilidad de que, tras el momento consumativo, el sujeto activo mantenga voluntariamente dicha ofensa, dando lugar a una fase post-consumativa con relevancia penal. Ambos periodos conforman la permanencia delictiva: el periodo mínimo, necesario para la consumación, y el periodo eventual sucesivo a la consumación.

2. Otra corriente doctrinal, defendida fundamentalmente por aquellos autores que conciben la permanencia como la prolongación ininterrumpida de todos los elementos del hecho típico⁷¹¹, sostiene, sin embargo, que la misma constituye una fase posterior a la consumación delictiva y que, por tanto, no es un elemento constitutivo del delito. Desde este punto de vista, la permanencia solo podrá comenzar una vez que el delito se haya consumado, con independencia de cuáles sean los requisitos (duración mínima de la conducta o del resultado, en su caso, incluida) exigidos para ello. Es esta la tesis que, por los motivos que expuse en su momento, he adoptado en esta investigación.

Pese a las notables diferencias existentes entre estas dos posiciones doctrinales -con las consecuencias que de ello, como expliqué anteriormente, se derivan-, es posible encontrar, si se observa, un punto en el que ambas coinciden: el reconocimiento de que en el delito permanente, a diferencia de lo que ocurre en el instantáneo, puede existir un periodo post-consumativo con relevancia penal. Sin embargo, la Doctrina no se muestra unánime acerca de si el delito se sigue consumando continuamente durante dicho periodo, dando lugar a lo que se ha denominado un “estado

⁷¹¹ En este sentido, pese a concebir el delito permanente como la creación y mantenimiento de la ofensa al bien jurídico como consecuencia de la conducta del sujeto activo, LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., p. 107.

consumativo”, o si, por el contrario, también en el delito permanente la consumación se produce en un instante⁷¹².

3.5.1. LA PROLONGACIÓN DE LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO PERMANENTE: EL “ESTADO CONSUMATIVO”

La Doctrina mayoritaria considera que en el delito permanente aparece un “estado consumativo”, que comienza en el momento de la consumación delictiva (con independencia de la postura que se mantenga en relación con el *minimum* temporal) y que se prolonga hasta el momento en el que el delito cesa, bien por voluntad del sujeto activo, bien por otras

⁷¹² Esta misma cuestión se plantea en la Doctrina italiana en relación con la consumación del delito habitual. Así, en relación con el delito de *maltrattamenti contro familiari e conviventi*, MONTICELLI asegura que la consumación se mantiene mientras se prolongue la conducta del sujeto activo o hasta que sea interrumpida por un procedimiento judicial (MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 408 y 409), COLACCI habla de “periodo de consumación” (COLACCI, M.A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 82) y COPPI y ANTOLISEI afirman que la consumación puede prolongarse en el tiempo y concluirá cuando los actos de maltrato hayan cesado (COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 282; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 538), lo que pone de manifiesto la pertenencia del delito habitual, junto con el permanente, a la categoría de *i reati di durata*.

causas⁷¹³. Para este sector doctrinal, durante este lapso temporal la consumación del delito perdura ininterrumpidamente⁷¹⁴.

3.5.2. LA CONSUMACIÓN INSTANTÁNEA EN EL DELITO PERMANENTE

Otra parte de la Doctrina sostiene, sin embargo, que en el delito permanente la consumación es instantánea⁷¹⁵. Estos autores señalan que la

⁷¹³ Según ya advertí con anterioridad, parte de la Doctrina italiana denomina perfección al momento en el que se produce la plena realización del tipo (lo que la Doctrina española llama consumación) y reserva el término consumación para hacer referencia al momento en el que el delito cesa. Para este sector doctrinal, en el caso del delito instantáneo ambos momentos coinciden, mientras que en otros supuestos, como en el de delito permanente, será posible distinguir la perfección de la consumación en aquellos casos en los que el delito se prolongue después de aquella (véase nota a pie n. 641). Es destacable, a este respecto, la opinión de BARTOLI, quien, del mismo modo, distingue la perfección de la consumación, pero entiende que en el delito instantáneo, en realidad, no puede hablarse de consumación, pues, en este caso, no existe una fase ulterior a la perfección del delito con relevancia penal (BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 155).

⁷¹⁴ LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp. 462 a 466; RAGNO, G., *I reati permanenti*, cit., pp. 164 a 168; ALIBRANDI, L., “Reato permanente”, cit, p. 1; FIORE, C. y FIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 205; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 268; PADOVANI, T., *Diritto penale*, cit., p. 274. En la Doctrina española, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 232; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 633; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 732; ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 290 y 291; DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, cit., p. 162; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 128 y 129; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 73.

⁷¹⁵ Resulta imprescindible realizar en este momento una serie de precisiones en relación con la terminología utilizada por una parte de la Doctrina española, por cuanto puede inducir a error. También entre los autores españoles es tradicional el debate en torno a si la consumación del delito permanente requiere o no del mantenimiento de la conducta o del resultado durante un lapso temporal mínimo. En la exigencia de este requisito radicaría, según la Doctrina clásica, la distinción entre un delito instantáneo y uno permanente (véase, a este respecto, CÓRDOBA RODA, J., “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1964, pp. 401 y ss.). Sin embargo, actualmente un sector doctrinal sostiene que los tipos

consumación se produce en un momento concreto (aquel en el que se realizan todos los elementos del tipo) y es, en consecuencia, por definición, incompatible con la idea de prolongación. No existe, por tanto, en este sentido, ninguna diferencia entre el delito instantáneo y el permanente, pues la consumación de toda figura delictiva solamente puede suceder en un determinado instante⁷¹⁶.

delictivos tradicionalmente considerados como ilícitos permanentes (detenciones ilegales, allanamiento de morada, etc.) se consuman en el mismo instante en el que se realizan todos los elementos típicos, sin exigir el transcurso de dicho periodo mínimo, lo que significa que, desde el punto de vista de la consumación delictiva, en nada se diferencian de los delitos de carácter instantáneo. No obstante, estos autores reconocen que, tras este momento consumativo, es posible que tales delitos se prolonguen por voluntad del sujeto activo, dando lugar a una fase ulterior a la consumación con relevancia penal. Por tal motivo, y para establecer la distinción entre esta tesis y la mantenida tradicionalmente, esta parte de la Doctrina ha adoptado la denominación de “delito instantáneo con efectos permanentes” en lugar de “delito permanente” (véanse, entre otros, REBOLLO VARGAS, R., “Detenciones ilegales y secuestros”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, p. 327; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 137). Sin embargo, ello puede conducir a equívoco al estudiar la Doctrina italiana, pues los autores italianos emplean la denominación “delito instantáneo con efectos permanentes” para referirse a lo que nosotros conocemos como “delito de estado” y, en ningún caso, para aludir al delito permanente, sea cual sea la postura que en relación con su naturaleza jurídica se adopte. A mi modo de ver, la denominación “delito instantáneo con efectos permanentes” puede resultar inapropiada, pues confunde los efectos del delito que perduran en el tiempo (efectos que, por lo demás, derivarán de la comisión de cualquier acción delictiva) con la existencia de una fase sucesiva a la consumación y jurídico-penalmente relevante.

⁷¹⁶ SINISCALO, M., “*Tempus commissi delicti*, reato permanente e successione di leggi penali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 1101 y 1102; PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 425; GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, Padova, 1996, pp. 5 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Delito permanente”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 602; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Vol. II, cit., pp. 971 y 972; AYALA GARCÍA, J. M., “Delito permanente, delito habitual y delito complejo”, cit., p. 308; LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., pp. 104 a106.

3.5.3. POSICIÓN PERSONAL

En mi opinión, es la segunda de las tesis expuestas la que más se adecua a la noción de consumación. Así, entiendo, con LLORIA GARCÍA⁷¹⁷, que existe una contradicción entre el significado de “consumar” y el de “prolongarse”. Si la consumación hace referencia a la completa realización del tipo penal, esta, necesariamente, tendrá lugar en un instante concreto: aquel en el que se verifique el último de los elementos exigidos por la figura delictiva en cuestión. Esto es así en todos los delitos, ya sean instantáneos, ya sean “de duración”. En el delito habitual será indispensable el transcurso de un tiempo determinado para alcanzar la consumación, que se computará desde que el sujeto activo ejecute el primer acto de violencia, hasta que sea posible apreciar la existencia de habitualidad en la conducta. En el delito (necesariamente) permanente, para un importante sector doctrinal, será también imprescindible, como he dicho anteriormente, el mantenimiento del comportamiento típico durante un lapso temporal determinado para considerar consumado el delito. Sin embargo, en cualquier caso, el delito se consume en un momento concreto, con independencia de los requisitos que se exijan para ello.

Pese a todo, considero que se trata más de una cuestión de impropiedad terminológica que de un auténtico problema con trascendencia práctica. En efecto, desde mi punto de vista, lo importante es el reconocimiento de que en el delito permanente puede desarrollarse una fase post-consumativa con relevancia penal, cuya existencia tiene consecuencias en relación con numerosos institutos penales, como la sucesión de leyes, la prescripción, la legítima defensa, la inimputabilidad,

⁷¹⁷ LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., p. 105.

la participación, o la concurrencia delictiva⁷¹⁸. Puesto que la Doctrina es unánime a este respecto, resulta indiferente, en mi opinión, que se entienda que el delito se sigue consumando continuamente durante todo el periodo de permanencia, o que, por el contrario, se considere que la consumación, por definición, solo puede hacer referencia al concreto momento en el que se produce la plena realización del tipo de la Parte Especial.

3.6. CONCEPTO DE DELITO PERMANENTE QUE SE ADOPTA: CONSECUENCIAS ESTRUCTURALES

Una vez analizadas las distintas posturas que la Doctrina sostiene en relación con la naturaleza y fundamento jurídico del delito permanente, es preciso, de un lado, recapitular las conclusiones que sobre el particular se han ido extrayendo en la páginas anteriores y, de otro, determinar las consecuencias que de ello se derivan en relación con la estructura de los tipos permanentes.

Atendiendo a las consideraciones realizadas hasta el momento, las características que diferencian al delito permanente del delito instantáneo - y que justifican su consideración como categoría jurídica autónoma- son, en síntesis, las siguientes:

⁷¹⁸ Para un análisis en profundidad de esta problemática, véase, GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, cit., pp. 59 a 85; RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., pp. 71 a 104; RAGNO, G., *I reati permanenti*, cit., pp. 355 a 368; COPPI, F., “Reato permanente”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., pp. 323 a 327; PIOLETTI, U., “Reato permanente”, cit., pp. 1001 a 1003; ALIBRANDI, L., “Reato permanente”, en *Enciclopedia Giuridica*, cit., p. 5.

1. La configuración de un delito como permanente no afecta a los requisitos necesarios para alcanzar la consumación delictiva, pues la permanencia es, en todo caso, una fase post-consumativa.
2. Consecuencia de lo anterior es que la distinción con el delito instantáneo estriba en que, mientras este último agota su relevancia penal en el momento consumativo, en el delito permanente puede tener lugar un periodo ulterior a la consumación con trascendencia jurídico-penal.
3. La fase de permanencia, por tanto, tiene carácter eventual, lo que obliga a negar la tradicional distinción entre delito necesariamente permanente y eventualmente permanente. Todos los tipos penales susceptibles de permanencia serán, en este sentido, eventualmente permanentes.
4. La fase de permanencia únicamente podrá tener relevancia jurídico-penal si consiste en la prolongación ininterrumpida del hecho típico en todos sus elementos constitutivos. No consiste la permanencia, por tanto, en el mantenimiento de la ofensa al bien jurídico protegido –el denominado estado antijurídico-, fundada en el incumplimiento de un supuesto *obbligo di contro-agire* o de un *obbligo di non mantenere* –mandatos que, por lo demás, carecen de cualquier fundamento normativo-, pues dicha ofensa no es un elemento estructural del delito, sino que sirve para fundamentar el juicio de desvalor. Por el contrario, la permanencia habrá de ser, en todo caso, “típica”.
5. La consumación en el delito permanente tiene lugar –como en todo delito- en el concreto instante en el que se produce la plena realización del tipo. Así, no será posible hablar de prolongación de la consumación sin incurrir en una contradicción lógica. Sin embargo, la cuestión de si el delito se sigue consumando durante todo el periodo de permanencia, o si, por el contrario, la consumación solo puede hacer referencia al momento en el que se

realiza el último elemento del tipo penal, carece de efectos en la práctica.

De esta concepción del delito permanente se deducen una serie de consecuencias que afectan a su estructura. Así, si la permanencia ha de consistir en la prolongación ininterrumpida de todos los elementos constitutivos del hecho típico, un delito tendrá naturaleza permanente, únicamente, cuando todos y cada uno de sus elementos estructurales sean susceptibles de prolongarse sin solución de continuidad. Este será, por tanto, el único criterio válido para determinar cuándo un tipo de la Parte Especial tiene tal naturaleza. De forma coherente con estas afirmaciones, habremos de descartar la tesis propugnada por cierto sector doctrinal que, aun concibiendo la permanencia como la eventual duración de la violación del precepto, entiende que un delito será permanente cuando la conducta típica pueda prolongarse ininterrumpidamente⁷¹⁹. Este último planteamiento ha sido acertadamente criticado por BARTOLI, quien afirma que, cuando se trate de un delito de resultado, el delito solo podrá considerarse permanente cuando, además de la conducta típica, el resultado –en sentido naturalístico– sea susceptible de prolongación⁷²⁰.

En conclusión, podremos afirmar que un delito es permanente solo cuando todos sus elementos constitutivos puedan prolongarse ininterrumpidamente o, como afirma SINISCALO, cuando el cumplimiento de alguno de los elementos estructurales del tipo penal no haga imposible

⁷¹⁹ Así, según PECORARO-ALBANI, la permanencia “no indica otra cosa que la duración del delito y, puesto que este es conducta, la duración de la misma” (PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 424). En el mismo sentido, PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, cit. p. 175.

⁷²⁰ BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 158.

la prolongación del ilícito más allá del momento consumativo⁷²¹. Desde este punto de vista, los delitos podrán clasificarse del siguiente modo⁷²²:

1. Delitos instantáneos: cuando el tipo penal excluya la eventualidad de la permanencia, porque alguno o algunos de los elementos constitutivos del delito no puedan prolongarse en el tiempo.
2. Delitos susceptibles de permanencia: cuando todos los elementos constitutivos del hecho típico sean, en abstracto, susceptibles de prolongación. En este caso, podremos distinguir dos hipótesis:
 - a. Cuando, a pesar de que el tipo permita la permanencia, el sujeto activo no haya prolongado el hecho típico más allá de la consumación, el delito será, en el caso concreto, instantáneo.
 - b. Cuando el tipo penal admita, en abstracto, la eventual permanencia, y, además, el sujeto activo haya prolongado el hecho típico más allá de la consumación, el delito será, en concreto, permanente.

⁷²¹ SINISCALO, M., “*Tempus commissi delicti*, reato permanente e successione di leggi penali”, cit., pp. 1101 y 1102. En este sentido, también, CARACCIOLI, I., “*Condotta permanente e permanenza di effetti nella fattispecie criminosa*”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1960, pp. 221 y 221.

⁷²² BARTOLI, R., “*Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*”, cit., p. 162.

4. CARACTERÍSTICAS COMUNES Y DIFERENCIALES ENTRE EL DELITO HABITUAL Y EL DELITO PERMANENTE

Tanto el delito habitual como el delito permanente, pertenecen, según ya tuve oportunidad de explicar anteriormente, a la más amplia categoría de *i reati di durata*, esto es, aquellos delitos que pueden prolongarse más allá del momento consumativo. De esta particularidad se derivan, obviamente, algunas características comunes a ambas figuras delictivas, lo que ha provocado que, con frecuencia, hayan sido confundidas por la Doctrina⁷²³. Sin embargo, de las conclusiones que se han extraído en esta investigación sobre el fundamento y la estructura del delito habitual y del delito permanente, es posible inferir, también, algunos rasgos que permiten distinguirlos. Procederá, por tanto, en este momento, exponer sus caracteres comunes y diferenciales.

4.1. CARACTERÍSTICAS COMUNES

Es preciso advertir, previamente, que las coincidencias que puedan observarse entre el delito habitual y el delito permanente dependerán de la tesis que se adopte en relación con la naturaleza y la estructura de la permanencia. De este modo, para aquellos autores que defiendan la existencia del delito necesariamente permanente, la analogía entre las dos

⁷²³ Así lo reconocen, entre otros, PETRONE, M, *Reato abituale*, cit., p. 16; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., p. 6; RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., p. 69; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 158.

clases de delitos será mayor. Así, tanto en el caso del delito necesariamente permanente, como en el caso del delito necesariamente habitual, existirán dos fases diferenciadas: una necesaria para alcanzar consumación y otra post-consumativa, con carácter eventual. En ambos casos, la consumación delictiva requerirá el transcurso de un cierto periodo de tiempo: en el delito habitual, el necesario para la realización de la “serie mínima”; en el delito permanente, el necesario para el cumplimiento del *mínimum* temporal^{724 725}.

Sin embargo, partiendo de la concepción de la permanencia defendida en esta investigación, que excluye la existencia del delito necesariamente permanente, la única característica que comparten las categorías del delito permanente y del delito habitual es la posibilidad de que el ilícito se prolongue después de la consumación, sin que entren en juego ni las reglas del concurso, ni las de la continuidad delictiva.

No obstante, el desarrollo de esta fase post-consumativa tiene importantes consecuencias tanto en el plano sustantivo como en el procesal, lo que implica que, en determinados aspectos, los delitos de duración tengan un régimen distinto al común del delito instantáneo⁷²⁶. Así, el inicio del cómputo de la prescripción, comenzará, en ambos casos, en el momento en el que finalice la fase ulterior a la consumación delictiva. El Código penal español prevé, en su art. 132.1, reglas específicas a este respecto y, así,

⁷²⁴ Véase, PETRONE, quien habla de delitos *necesariamente di durata*, para incluir tanto al delito necesariamente permanente, como al necesariamente habitual (PETRONE, M, *Reato abituale*, cit., p. 27)

⁷²⁵ Aquella parte de la Doctrina italiana que distingue entre perfección y consumación del delito, reconoce como rasgo común al delito permanente y al habitual la posibilidad de distinguir entre ambos momentos: la perfección tendría lugar tras ejecutarse la serie mínima, en el caso habitual, y del trascurso del *mínimum*, en el caso del delito permanente, mientras que la consumación se produciría, en ambos supuestos, al finalizar la fase post-consumativa (véase, a este respecto, la bibliografía citada en la nota n. 641)

⁷²⁶ PETRONE prefiere hablar de delitos *non di durata*, en lugar de delitos instantáneos, para distinguirlos de los delitos *di durata* (Véase, PETRONE, M, *Reato abituale*, cit., pp. 26 y ss.)

dispone que, en el caso del delito permanente, el plazo se contará “desde que se eliminó la situación ilícita”, y en el supuesto de las infracciones que exijan habitualidad, “desde que cesó la conducta”. Sin embargo, el Código penal italiano señala como *dies a quo*, para el delito permanente, aquél en el que cesó la permanencia (art. 158 Cpi), pero no menciona expresamente al delito habitual. Ello ha llevado a algunos autores italianos a entender que la norma establecida por el Legislador para el delito permanente está prevista, en realidad, para todos los delitos de duración y, por tanto, es aplicable también al delito habitual⁷²⁷.

4.2. CARACTERÍSTICAS DIFERENCIALES

A pesar de que tanto el delito permanente como el habitual son delitos de duración y, por tanto, plantean una problemática común en relación con numerosos institutos penales y procesales –ajena a la del delito instantáneo-, es posible, sin embargo, atendiendo a las conclusiones alcanzadas a lo largo de esta investigación, reconocer una particular estructura de la fase post-consumativa en cada uno de ellos. Estas diferencias impedirán el desarrollo de una doctrina unitaria aplicable, en todo caso, a ambas categorías delictivas.

El delito permanente, según la concepción aquí defendida, es aquel que permite la prolongación *ininterrumpida* del hecho típico más allá de la consumación. En consecuencia, para poder afirmar la naturaleza

⁷²⁷ Véase, PETRONE, quien afirma, incluso, que probablemente el Legislador penal haya considerado al delito habitual como hipótesis específica de delito permanente (PETRONE, M, *Reato abituale*, cit., p. 76). En el mismo sentido, MANTOVANI, F., *Principi di Diritto penale*, cit., p. 267.

permanente de un delito no es suficiente con que todos sus elementos constitutivos sean susceptibles de prolongación, sino que, además, es indispensable que esta prolongación sea ininterrumpida, constante⁷²⁸. En el delito habitual, sin embargo, se produce una repetición de actos –aunque homogéneos desde el punto de vista de la lesión al bien jurídico protegido, y unidos por el nexo de habitualidad-, por lo que esta figura se caracteriza por la *discontinuidad* del hecho típico^{729 730}. Por tanto, el carácter unitario del delito permanente no es fruto de una “ficción del legislador”⁷³¹, sino que viene dado por la prolongación del hecho típico sin solución de continuidad⁷³², mientras que, en el caso del delito habitual, su consideración como delito único responde a una valoración normativa, fundada en la existencia del nexo de habitualidad entre los diversos actos⁷³³.

Partiendo de estas premisas, la distinción entre el delito permanente y el delito habitual radicará en su propia *estructura típica*. Ello, a mi modo de ver, tiene importantes consecuencias, pues convierte a ambas categorías

⁷²⁸ PETRONE, M, *Reato abituale*, cit., p. 25; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., p. 6; PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, cit., 232; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., pp. 162 y 174; MAGLIO, M. G. y GIANNELLI, F., “Due particolari categorie di reati: il reato abituale ed il reato permanente”, cit., p. 514.

⁷²⁹ PETRONE, M, *Reato abituale*, cit., p. 25; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., p. 6; RAMPIONI, R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., p. 69; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 174.

⁷³⁰ Precisamente en atención a estas características estructurales niega BARTOLI, en contra de la opinión de la *Corte di Cassazione – Cass. Pen. Sez. Un.*, 23 luglio 1999-, la naturaleza permanente del delito previsto en los arts. 3 y 20 de la Ley n. 64, de 2 de febrero de 1974, consistente en la ejecución de construcciones contraviniendo las normas técnicas sobre la edificación en zonas sísmicas, pues, afirma el autor, pese a ser un delito *di durata*, este se caracteriza por la discontinuidad del hecho típico (BARTOLI, R., “Permanenza del reato e costruzioni in zone sismiche”, en *Diritto penale e Processo*, n. 4, 2000, p. 478).

⁷³¹ COPPI, F., “Reato permanente”, cit., p. 320.

⁷³² BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 174.

⁷³³ PETRONE, M, *Reato abituale*, cit., pp. 20 a 22. En el mismo sentido, DE FRANCESCO, G., “Profili strutturali e processuali del reato permanente”, cit., pp. 587.

delictivas en excluyentes. Si esto es así, un determinado delito de la Parte Especial no podrá ser permanente y, a su vez, habitual. Sin embargo, en mi opinión, si se concibe la permanencia como el mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del sujeto activo –tesis que, según expuse, es mayoritaria entre la Doctrina italiana y unánime entre los autores españoles que se han pronunciado al respecto- no será posible realizar la misma afirmación. En efecto, para esta posición doctrinal lo que se prolonga ininterrumpidamente en el delito permanente es la ofensa al bien jurídico - el resultado en sentido valorativo-, pero esta, según dije anteriormente, no constituye un elemento estructural del delito, por lo que dicha característica no incumbirá a la estructura típica del delito permanente. Por tanto, considero que si se adoptara esta última postura, un delito podría ser habitual, por su estructura típica, si exige la realización de una pluralidad de actos temporalmente próximos para su consumación, y, al mismo tiempo, permanente, si permite mantener la lesión del bien jurídico por la continuidad de la conducta.

La posibilidad de prolongar el delito más allá de la consumación tiene, según he dicho, importantes consecuencias en relación con numerosos institutos de Derecho penal y procesal. He hecho referencia, más arriba, al asunto de la prescripción delictiva, pero la problemática de los delitos de duración alcanza a muchas otras cuestiones, como son la sucesión de leyes, la legítima defensa, la inimputabilidad, la participación, la concurrencia delictiva, la competencia territorial del juez penal o la flagrancia. El tratamiento de todas ellas excedería ampliamente el objeto de esta investigación, que no pretende ser un estudio monográfico sobre los delitos de duración, sino, únicamente, analizar la estructura del delito permanente y del delito habitual para determinar a cuál de estas categorías pertenece el delito de malos tratos en el ámbito de determinadas relaciones, tipificado en el art. 173.2 CP. Sin embargo, sí es preciso advertir que el

reconocimiento de una particular estructura de la fase post-consumativa en ambas figuras delictivas implica, según he adelantado, un régimen diferenciado de algunos de los problemas mencionados, según se trate de un delito permanente o habitual. Así, por ejemplo, la participación delictiva durante la fase sucesiva a la consumación tiene un tratamiento distinto en uno y otro caso. En el delito permanente, la intervención de un tercero constituye participación en el delito, aunque se limite a un momento de la fase de permanencia⁷³⁴. Por el contrario, en el caso del delito habitual, la intervención de un tercero podrá considerarse participación –en el entero delito– únicamente si ha contribuido a la realización de episodios suficientes para integrar una nueva “serie mínima”⁷³⁵.

⁷³⁴ PECORARO-ALBANI, A., “Del reato permanente”, cit., p. 450; PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, cit., p. 178; PIOLETTI, U., “Reato permanente”, cit., p. 1001; PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 72; COPPI, F., “Reato permanente”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., p. 321; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 174; BERNASCONI, C., “Il reato permanente”, cit., p. 673. Entre la Doctrina española, en este sentido, véase, por todos, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 163; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 633; DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, cit., p. 162.

⁷³⁵ PETRONE, M., *Reato abituale*, cit., p. 71; FORNASARI, G., “Reato abituale”, cit., p. 6; BARTOLI, R., “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, cit., p. 174. En el mismo sentido LEONE, quien, no obstante, considera también participe a quien haya contribuido a la realización del último acto necesario para integrar la “serie mínima”, siempre que tuviera conocimiento de la existencia de las acciones anteriores (LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 144).

5. EL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO PERMANENTE O COMO DELITO HABITUAL

5.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

En la Doctrina española, según señalé anteriormente, no ha existido un debate en relación con la naturaleza jurídica del delito de malos tratos habituales. En la mayoría de los estudios que versan sobre el art. 173.2 CP ni siquiera se menciona esta cuestión y, en aquellos en los que se plantea, la atención que se le dedica es escasa. Es frecuente asumir, sin más disquisiciones, que se trata de un delito habitual, por la exigencia de habitualidad como requisito de la conducta típica. Sin embargo, como dije en las páginas anteriores, esta conclusión podría resultar excesivamente simplista. Asimismo, la ausencia en la Doctrina española de estudios pormenorizados acerca de la categoría del delito habitual, impide comprender el alcance de la problemática del instituto y de las importantes consecuencias que, en relación con numerosas cuestiones, tanto en el plano penal como procesal, derivan de la consideración de un determinado tipo de la Parte Especial como tal. Algunos autores, no obstante, sí se han pronunciado a este respecto, pero son contadas las ocasiones en las que se ha planteado la cuestión de la posible naturaleza permanente del delito de malos tratos, dada su similitud, en muchos aspectos, con el delito habitual. Tampoco si la pertenencia del tipo en cuestión a la categoría del delito habitual impide su consideración como delito permanente, o si, por el contrario, no son categorías excluyentes. Ello obedece, a mi modo de ver, a la inexistencia en la Dogmática penal española de la categoría de *i reati di*

durata, inclusiva tanto del delito permanente como del delito habitual, y, en consecuencia, de estudios doctrinales acerca de la misma que pongan de manifiesto los rasgos comunes y diferenciales de ambas figuras. No obstante, antes de profundizar en estas ideas, será preciso analizar las posturas de los –escasos– autores españoles que han manifestado su opinión sobre el particular, así como la posición del Tribunal Supremo al respecto.

5.2. EL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO PERMANENTE

Un sector minoritario de la Doctrina española, partiendo de la concepción de la permanencia como mantenimiento de la ofensa al bien jurídico protegido, considera que el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP es un delito de naturaleza permanente. Esta tesis, cuya principal representante es LARRAURI PIJOAN, sostiene que, en el delito en estudio, la lesión al bien jurídico protegido, que concibe como la libertad y la seguridad, se prolonga en el tiempo hasta que cesan los actos de violencia⁷³⁶. En consecuencia, entiende que en el delito del art. 173.2 CP se crea un estado antijurídico, similar al que tiene lugar en los delitos de allanamiento de morada y de detenciones ilegales, ejemplos tradicionales de delitos permanentes. En ello se basa la autora para afirmar que, en tal caso, la agresión es incesante y, por tanto, actual, a los efectos de apreciar la

⁷³⁶ LARRAURI PIJOÁN, E. y VARONA GÓMEZ, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, cit., pp. 37 y 38.

eximente de legítima defensa ante una posible reacción defensiva por parte del sujeto pasivo⁷³⁷.

De la misma opinión se muestra ACALE SÁNCHEZ, quien defiende que en el delito de malos tratos la situación antijurídica se prolonga más allá de los concretos momentos en los que se producen las agresiones, por lo que se trata de un delito permanente⁷³⁸. Por ello, considera, asimismo, que la agresión ilegítima existe, a pesar de que no sea actual el acto individual de violencia física o psíquica, pues la afcción al bien jurídico, entendido como las condiciones mínimas indispensables para el desarrollo de la dignidad de la persona en cuanto miembro del grupo familiar, perdura en el tiempo⁷³⁹.

También el Tribunal Supremo ha afirmado la naturaleza permanente del delito de violencias habituales del antiguo art. 153 CP –actual art. 173.2 CP-. Así, la STS 619/2008, de 13 de octubre, afirma que “el carácter permanente del delito, de acuerdo con esa durabilidad de producción (...), lleva a afirmar que la norma aplicable haya de ser la vigente a partir de 1999, toda vez que parte importante de las sucesivas infracciones que integran esa permanencia acontecen una vez entrada en vigor ésta. Del mismo modo que, de acuerdo con lo previsto en el segundo inciso del párrafo primero del apartado 1 del artículo 132 del Código penal, también vigente al tiempo de la comisión del ilícito, el «dies a quo» para el cómputo del plazo prescriptivo no se produce hasta la finalización de la permanencia en la

⁷³⁷ LARRAURI PIJOÁN, E. y VARONA GÓMEZ, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, cit., pp. 38 y ss.

⁷³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 187.

⁷³⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 187. En este sentido parece pronunciarse, también, MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, cit., p. 1528, nota n. 65.

ejecución del delito”. En otras sentencias – algunas, incluso, anteriores a la introducción en el art. 132 CP del inciso específico relativo a la prescripción de las infracciones que exijan habitualidad- el Tribunal Supremo aclara que la prescripción del delito de malos tratos habituales comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados⁷⁴⁰. Entiendo, no obstante, que ello no supone ninguna contradicción, ni que el Tribunal Supremo niegue en estas resoluciones la naturaleza permanente del delito en estudio para otorgarle la de delito habitual, pues no existe, a mi modo de ver, otro modo de determinar en qué momento finaliza, en su caso, “la permanencia en la ejecución del delito”, sino “a partir del último de los episodios violentos considerados”. En este mismo sentido se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/1998, de 24 de octubre, en la que afirma que “la violencia habitual es una actividad permanente que no cabe señalar cometida en momentos concretos, sino que, aunque se manifieste en actos susceptibles de ser singularizados, se despliega durante todo el tiempo y también en el lapso de tiempo que media entre los concretos actos de violencia” y añade que “en cuanto conducta de cierta permanencia en el tiempo comenzará a prescribir por sí misma –con independencia de la prescripción de cada uno de los actos aislados en que se concreta- cuando cese dicha situación ilícita (art. 132.1 CP)”⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Véanse, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 687/2002, de 16 de abril, 580/2006, de 23 de mayo, 1159/2005, de 10 de octubre y 1358/2011, de 21 de junio.

⁷⁴¹ CFGE 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

5.3. EL DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES DEL ART. 173.2 CP COMO DELITO HABITUAL

En la mayoría de los estudios sobre el art. 173.2 CP no se hace referencia, como he dicho, a la categorización del delito de malos tratos como delito habitual. Ello, probablemente, se da por supuesto, por las especiales características de la conducta típica. No obstante, algunos autores sí se han manifestado expresamente en este sentido, pudiendo clasificar sus posiciones del siguiente modo⁷⁴²:

1. El delito de malos tratos habituales constituye un supuesto de delito habitual propio. Así, señala GRACIA MARTÍN⁷⁴³, que el delito en estudio “es un delito habitual en el sentido estricto de que los actos de violencia física constitutivos de aquél no son, por sí mismos, delictivos (...) y adquieren aquél rango únicamente en virtud de la habitualidad”⁷⁴⁴.
2. El delito del art. 173.2 CP es un delito habitual impropio, entendiendo por tal aquel delito habitual compuesto por acciones que, aisladamente consideradas, son ya típicas. Entiende este sector doctrinal que el delito en estudio no puede ser, en ningún caso, un supuesto de delito habitual propio, pues ello implicaría que las

⁷⁴² En este epígrafe me refiero únicamente a aquellos autores que expresamente han catalogado al delito del art. 173.2 CP como delito habitual y, dentro de este, como propio o impropio. Sin embargo, es posible inferir la postura que a este respecto sostiene el resto de la Doctrina que ha estudiado el delito de malos tratos habituales, atendiendo a sus posiciones en relación con la relevancia penal de los actos singulares de violencia, a pesar de que no hayan clasificado el delito de forma explícita.

⁷⁴³ GRACIA MARTÍN, L., “Art. 153”, cit., p. 457. En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999, p. 442.

⁷⁴⁴ Nótese que el autor está haciendo referencia al antiguo art. 153 CP, con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de junio.

acciones singulares, pese a no ser penalmente relevantes, originan la intervención del Legislador como consecuencia de la habitualidad⁷⁴⁵.

Mención separada, por lo que interesa al objeto de esta investigación, merecen las consideraciones de aquellos autores que, de forma explícita, sostienen que el delito del art. 173.2 CP es un delito habitual y que ello implica, necesariamente, negar su naturaleza permanente. De este modo, afirma OLMEDO CARDENTE que el delito habitual es una categoría propia y diferenciada del delito permanente. Así, mientras en este último se crea una situación antijurídica que solo cesa en el momento en el que el sujeto activo abandona su comportamiento, “en cambio, el delito habitual no se caracteriza por el desarrollo de una acción *ininterrumpida*, sino por el desarrollo de *distintas acciones* que tienen lugar, eso sí, de modo regular o periódico, pero que resultan perfectamente diferenciables entre sí en una dimensión espacial y temporal”⁷⁴⁶. Por este motivo, entiende el autor que no es posible aceptar la tesis de LARRAURI PIJOAN acerca de la consideración de los malos tratos como delito permanente y que, en todo caso, el ejercicio de una legítima defensa por parte de la víctima estaría supeditada a la actualidad de cualquiera de los distintos actos de agresión⁷⁴⁷. Obsérvese, por lo que posteriormente se dirá en relación con

⁷⁴⁵ ALONSO ÁLAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M., y CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia, 2004, pp. 57 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género y doméstica”, cit., p. 453; MONGE FERNÁNDEZ, A., “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, cit., p. 114; AYALA GARCÍA, J. M., “Delito permanente, delito habitual y delito complejo”, cit., pp. 314 y ss.

⁷⁴⁶ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., p. 120.

⁷⁴⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 120 y ss.

esta postura, que OLEMDO CARDENETE parte de la concepción de la permanencia como creación y mantenimiento de una situación antijurídica.

En el mismo sentido se manifiesta LLORIA GARCÍA, quien señala que lo que caracteriza al delito permanente es que la lesión al bien jurídico ha de ser continuada y sin interrupciones⁷⁴⁸. Según la autora, “*a diferencia de lo que ocurre en los delitos habituales (donde es el propio tipo el que exige una reiteración del ataque, ya que los actos aislados considerados individualmente no son suficientes para recoger el desvalor típico, generalmente por la insignificancia de los mismos), o en el delito continuado, en el delito permanente la afectación del bien jurídico es única, pues no comienza y termina con cada acto*”⁷⁴⁹. Así, señala que en el delitos de malos tratos del art. 173.2 CP, y de impago de pensiones del art. 227 CP –ambos delitos habituales–, cada acto singular realiza un ataque distinto al bien jurídico, aunque sean considerados unitariamente en el tipo penal. Sin embargo, en los delitos permanentes no se producen atentados reiterados al bien jurídico, sino que *la agresión es una sola*⁷⁵⁰.

5.4. POSICIÓN PERSONAL

Una vez analizadas las categorías del delito habitual y del delito permanente, procede aplicar las conclusiones extraídas a los largo de este

⁷⁴⁸ LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., p. 119.

⁷⁴⁹ LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., pp. 124 y 125 (con cursiva en el original).

⁷⁵⁰ LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, cit., p. 125 (con cursiva en el original).

estudio al delito de malos tratos del art. 173.2 CP, lo que constituye el objeto fundamental del presente capítulo.

El delito de malos tratos del art. 173.2 CP no puede considerarse, en mi opinión, un delito permanente. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta conclusión únicamente puede alcanzarse, según trataré de exponer a continuación, partiendo de la concepción de la permanencia delictiva que se ha acogido en esta investigación.

Aquel sector de la Doctrina española que defiende la naturaleza permanente del delito en estudio, fundamenta su postura en el hecho de que, cuando se comete un delito de malos tratos, la ofensa al bien jurídico protegido se prolonga hasta que cesan los actos de violencia. A mi modo de ver, esta última afirmación es acertada y es, también, coherente con la definición del delito permanente que adoptan estos autores. En efecto, considero que la lesión al bien jurídico "integridad moral" se mantiene de forma constante, ininterrumpida, durante todo el periodo en el cual el delito se esté cometiendo o, lo que es lo mismo, hasta que el sujeto activo abandone los actos de violencia física y/o psíquica. No es posible entender, como sostienen quienes critican esta tesis, que el bien jurídico protegido se ve lesionado de forma intermitente, es decir, que el ataque comienza y termina con cada acto. Más bien al contrario, la ofensa al bien jurídico se produce, precisamente, por el conjunto de los actos, por la situación creada como consecuencia de todos ellos y, por tanto, no puede entenderse contraída a cada una de las acciones individuales. Por tanto, también en el supuesto del delito del art. 173.2 CP se crearía una situación antijurídica que perduraría hasta que el delito cesara. Por tanto, si la permanencia se concibiera como mantenimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, sería correcto, en mi opinión, catalogar al delito de malos tratos de permanente.

Sin embargo, según la noción de permanencia acogida en esta investigación, el argumento de la duración de la ofensa al bien jurídico protegido no es válido para considerar que el delito de malos tratos es permanente. Según la tesis aquí defendida, para poder afirmar la naturaleza permanente de un delito, es imprescindible que todos sus elementos constitutivos sean susceptibles de prolongación ininterrumpida más allá del momento consumativo. Ello no sucede en el delito de malos tratos del art. 173.2 CP, pues la repetición de actos que exige la conducta implica una discontinuidad del hecho típico, por lo que el delito no puede considerarse permanente, sino habitual. En consecuencia, no pueden aceptarse las consideraciones de LARRAURI PIJOAN en torno a la actualidad de la agresión ilegítima en el delito en estudio. Ciertamente, la lesión al bien jurídico es constante, sin embargo, el requisito de la agresión ilegítima requiere la existencia de una agresión *típica* y antijurídica actual⁷⁵¹, lo que no sucede en el caso del delito habitual, en el que el hecho típico es, como he dicho, discontinuo.

Es importante recalcar que a esta conclusión se llega porque la distinción entre el delito permanente y el delito habitual se ha establecido en atención a su propia estructura típica, lo que, en mi opinión, convierte a ambas categorías delictivas en excluyentes. Por tanto, no comparto la tesis de aquellos autores que, aun concibiendo la permanencia como mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del sujeto activo, consideran que el delito del art. 173.2 CP es habitual y excluyen su posible naturaleza permanente. Según ya he adelantado, si se concibiera la permanencia como prolongación de la lesión al bien jurídico, no existiría impedimento para que el delito pudiera ser habitual y, a su vez, permanente. La duración de la ofensa no incumbe a la estructura típica del

⁷⁵¹ Véase, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 449 y ss.

delito, por lo que un delito se podría caracterizar por el mantenimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico más allá del momento consumativo, como consecuencia de la prolongación de la conducta y ser, desde este punto de vista, permanente, y por una particular estructura típica que exigiera la reiteración de actos para su consumación -delito habitual-.

En conclusión, atendiendo a los conceptos de delito habitual y de delito permanente que se han adoptado en esta investigación, el delito de malos tratos del art. 173.2 CP es un delito habitual. No obstante, dentro de esta categoría delictiva se distinguen, a su vez, varios subgrupos. Así, según la clasificación tradicional, no existe duda de que el delito en estudio es un delito necesariamente habitual, pues la consumación delictiva solo puede alcanzarse a través de la realización de una pluralidad de actos. Sin embargo, restará aún por determinar si, en atención a las específicas características de la conducta típica, se trata de un delito habitual propio o impropio.

Con carácter previo, es necesario realizar algunas precisiones en relación con las explicaciones ofrecidas por aquel sector de la Doctrina española que se ha pronunciado a este respecto y que fueron expuestas anteriormente. Así, al menos atendiendo a la clasificación realizada por la Doctrina italiana, el concepto de delito habitual propio del que parten estos autores -tanto quienes catalogaban al delito del art. 173.2 CP de habitual propio, como quienes lo consideraban impropio- es inexacto. En efecto, delito habitual propio es aquel cuya conducta puede integrarse tanto por actos típicos -a los efectos de otras figuras delictivas diversas-, como por actos que, aisladamente considerados, carezcan de relevancia penal. No es, por tanto, condición necesaria para la existencia de un delito habitual propio la atipicidad de los singulares actos de violencia, por lo que no puede

aceptarse este argumento para rechazar la inclusión del delito en estudio en esta categoría.

Aclarado este punto, de forma coherente con las conclusiones alcanzadas en esta investigación en relación con la conducta típica del delito, habrá que concluir que el art. 173.2 CP tipifica un delito habitual propio, por los motivos que siguen:

- En primer lugar, porque, según sostuve en su momento, para apreciar la concurrencia de habitualidad, podrán tenerse en cuenta tanto actos que, por sí mismos, sean constitutivos de otros delitos diversos, como actos que, aisladamente considerados, sean atípicos, siendo lo penalmente relevante, a estos efectos, el significado que las acciones adquieren en su conjunto.
- En segundo lugar, porque, aun cuando se exigiera que los diversos actos singulares fueran penalmente relevantes, el delito de malos tratos del art. 173.2 CP tampoco podría considerarse un delito habitual impropio. Este último emerge, ciertamente, de la reiteración de actos delictivos, pero estos delitos singulares, cuya reiteración integra la conducta típica, deben dirigirse a proteger el mismo bien jurídico que el delito habitual impropio de que se trate. Por tanto, para la existencia de un delito de esta clase, es preciso que el Legislador penal tipifique como delito la conducta singular y, a su vez, como delito más grave, por suponer una lesión mayor al mismo bien jurídico, su reiteración. Ello se aprecia claramente en el ejemplo ya citado del delito de relación incestuosa del art. 564 Cpi, párrafo segundo, cuya conducta típica consiste en la repetición de actos constitutivos del delito de incesto del art. 564 Cpi, párrafo primero. Por este motivo, el delito habitual impropio absorbe los diversos delitos de los que se compone.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

La consumación delictiva supone el punto final del *iter criminis* y, por tanto, de la relevancia penal del hecho. Este es el régimen general aplicable al paradigma de delito: el delito instantáneo. Sin embargo, en el delito de malos tratos del art. 173.2 CP, una vez realizado el número de actos suficientes para alcanzar la consumación, el sujeto activo podrá seguir ejerciendo acciones violentas sin que entren en juego ni las reglas concursales ni las de la continuidad delictiva. Ello impone la necesidad de analizar a cuál de las dos categorías que permiten la prolongación del delito más allá del momento consumativo pertenece el delito objeto de estudio; esto es, a la categoría del delito permanente o a la del delito habitual.

La ausencia de estudios pormenorizados en la Doctrina española acerca de estas dos categorías delictivas dificulta la tarea de establecer cuáles son los elementos estructurales en los que se fundamenta su distinción con el delito instantáneo y, a su vez, como consecuencia, la de determinar si se trata de categorías excluyentes entre sí. Por ello, resulta imprescindible el recurso a la Doctrina penal italiana, que, desde hace décadas, se ha ocupado profusamente del estudio de ambas figuras, incluyéndolas en la más amplia categoría de *i reati di durata*, para determinar la naturaleza jurídica del delito del art. 173.2 CP.

II

El delito habitual es aquel que presupone la ejecución de una pluralidad de actos de contenido homogéneo, pero, dentro de esta categoría

general, la Doctrina italiana distingue entre el delito necesariamente habitual y el delito eventualmente habitual. Un delito será necesariamente habitual cuando la consumación exija la realización de varios actos, mientras que será eventualmente habitual cuando el tipo “tolere” la habitualidad, por atribuir relevancia, al mismo título delictivo, tanto al acto singular como a su repetición.

A su vez, el delito necesariamente habitual puede ser propio o impropio. Será propio cuando la conducta típica pueda integrarse tanto por actos ya de por sí típicos, como por otros que, aisladamente considerados, carezcan de relevancia penal. Será impropio, por el contrario, cuando los hechos singulares constituyan, por sí mismos, otros delitos.

La estructura del delito habitual, cualquiera que sea su clase, se caracteriza por: a) la reiteración de acciones –en el caso del delito eventualmente habitual será necesaria para convertir al delito en habitual en el caso concreto-, considerada como conducta única; b) la homogeneidad de las acciones, en el sentido de concurrir todas ellas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido de que se trate; c) el nexo de habitualidad, entendido como “relación de persistente frecuencia” entre los actos.

La determinación del momento consumativo requiere, no obstante, distinguir entre el delito eventual y necesariamente habitual. El primero se consume con la realización de un único acto. El segundo, sin embargo, requiere de la realización de un cierto número de acciones, denominada “serie mínima”. Los actos ejecutados por el sujeto activo tras esta “serie mínima” pasarán a integrar la conducta habitual, posponiendo el inicio del cómputo de la prescripción. De ello se deriva que en el delito necesariamente habitual sea posible reconocer dos fases: una necesaria,

correspondiente a la serie mínima, y otra post-consumativa, con carácter eventual. El problema surge, en este caso, en relación con el número de acciones necesarias para satisfacer la “serie mínima”, siendo este un elemento confiado por entero a la valoración judicial. Los problemas de inseguridad jurídica que de ello se derivan podrían, a mi modo de ver, paliarse con la exigencia de un resultado típico, cuya efectiva producción fuera necesario constatar.

III

Tanto la Doctrina italiana como la española definen tradicionalmente el delito permanente, por oposición al instantáneo, como aquel en el que se crea una situación o estado antijurídico que se mantiene por la voluntad del sujeto activo. Ello exige, en primer lugar, establecer cuál es la naturaleza de esta fase durante la cual el delito se prolonga y que los autores italianos denominan “permanencia”.

Podemos distinguir, a este respecto, dos posturas diferenciadas:

- a) Un sector doctrinal considera que el mantenimiento del estado antijurídico es requisito imprescindible para la consumación del delito permanente. A partir de este criterio se distingue entre el delito necesariamente permanente, cuya consumación exige ese lapso temporal mínimo, y el eventualmente permanente, que sería aquel que, sin exigir un *minimum* temporal para alcanzar la consumación, permite la prolongación del ilícito más allá de aquella, eludiendo las reglas concursales y las de la continuidad delictiva.

En el caso del delito necesariamente permanente, que es considerado por los partidarios de esta tesis como genuino delito permanente, transcurrido el *minimum* y consumado el

delito, es aún posible el mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del sujeto activo, lo que dará lugar a una fase post-consumativa penalmente relevante. Por tanto, en este caso, la permanencia presenta dos periodos diferenciados: el *minimum*, con carácter necesario y el post- consumativo, con carácter eventual.

- b) Otra postura entiende, sin embargo, que la permanencia no es un elemento constitutivo del delito, sino una fase que sucede a la consumación delictiva. Para esta tesis, que comparto, la cuestión de si la consumación de determinados tipos de la Parte Especial requiere de un lapso temporal mínimo es ajena a la permanencia y pertenece al proceso ejecutivo del delito, previo, por tanto, a la consumación. Un delito será permanente, por tanto, siempre que permita la prolongación del ilícito más allá del momento consumativo sin romper la unidad delictiva, por lo que la fase de permanencia posee siempre carácter eventual.

La posibilidad de que el delito se prolongue tras la consumación constituye una excepción al régimen general del delito instantáneo, lo que obliga a determinar cuál es el fundamento de la relevancia jurídico-penal de la fase de permanencia. Esta difícil cuestión ha suscitado un amplio debate en la Doctrina italiana, que ha formulado diversas teorías, si bien se ha impuesto como mayoritaria la que encuentra dicho fundamento en la prolongación de la ofensa al bien jurídico protegido por voluntad del sujeto activo. Esta polémica no se ha planteado entre los autores españoles, que han asumido, sin ulteriores disquisiciones esta concepción del delito permanente.

De entre las tesis enunciadas por la Doctrina italiana considero que únicamente aquella que concibe la permanencia como la prolongación ininterrumpida del hecho típico en todos sus elementos cumple con las exigencias derivadas del Principio de Legalidad. La permanencia, por tanto, es penalmente relevante porque es típica, pues, también tras la consumación, el único criterio válido para discernir aquello que tiene trascendencia penal debe ser el de la tipicidad. De ello deriva la necesidad de que, durante la fase de permanencia, el delito persista idéntico y sin solución de continuidad.

IV

No existe acuerdo en la Doctrina italiana, ni tampoco en la española, acerca de si durante la fase post-consumativa el delito permanente se “sigue consumando ininterrumpidamente”, generando lo que se ha denominado un “estado consumativo”, o si, por el contrario, su consumación es instantánea. Por mi parte, aunque considero que la consumación, por definición, solo puede referirse a un concreto momento –el de la plena realización del tipo-, creo que nos encontramos ante un problema derivado de la utilización de una terminología inapropiada, pues, más que cómo calificamos o describamos jurídicamente la fase post-consumativa que ahora nos ocupa, lo relevante es el reconocimiento -unánime en la Doctrinas italiana y española- de las consecuencias que de la existencia de dicha fase se derivan en relación con numerosos institutos penales - sucesión de leyes, prescripción, legítima defensa, inimputabilidad y concurrencia delictiva- y procesales –competencia del juez por territorio y flagrancia-.

V

Partiendo de la concepción de la permanencia defendida en esta investigación –que tiene como consecuencia excluir la existencia del delito necesariamente permanente- la única característica común al delito permanente y al habitual es la posibilidad de que el ilícito se prolongue más allá de la consumación, eludiendo las reglas del concurso y de la continuidad delictiva. Sin embargo, la estructura de la fase post-consumativa en ambas figuras es distinta. Así, en el caso del delito permanente resulta imprescindible no solo que todos sus elementos constitutivos sean susceptibles de prolongación, sino que, además, esta debe ser ininterrumpida, mientras en el caso del delito habitual la necesaria reiteración de actos provoca la discontinuidad del hecho típico. Por ello, el carácter unitario del delito permanente obedece a la prolongación del hecho típico sin solución de continuidad, mientras que el del delito habitual responde a una valoración normativa, fundada en el nexo de habitualidad.

Partiendo de estas premisas la distinción entre el delito permanente y del delito habitual radicará en la propia *estructura típica*, lo que convierte a ambas categorías en excluyentes. No sucedería lo mismo, en mi opinión, si, como sostiene la Doctrina mayoritaria en Italia –y unánime en España-, la permanencia se concibiera como el mantenimiento de la ofensa al bien jurídico, pues la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no constituye un elemento estructural del delito, sino el fundamento, junto con el desvalor de acción, del juicio de desvalor del hecho típico, por lo que dicha característica no incumbiría a la estructura típica del delito permanente.

VI

En España, el problema de la naturaleza del delito de malos tratos del art. 173.2 CP ha pasado prácticamente inadvertido. Así, numerosos

autores asumen, sin ulteriores comprobaciones, que nos encontramos ante un delito habitual, por la exigencia de habitualidad como requisito de la conducta típica, lo que podría resultar, como he tratado de evidenciar, una conclusión excesivamente simplista.

No obstante, sí podemos afirmar que un sector minoritario de nuestra Doctrina, que defiende que la permanencia se fundamenta en el mantenimiento de la ofensa al bien jurídico protegido, considera que el delito objeto de estudio es de naturaleza permanente. Esta postura permite admitir la legítima defensa de la víctima durante todo el periodo en el cual el delito se prolonga –por ser la agresión ilegítima incesante-, aunque en el momento en que esta se ejercite, no esté teniendo lugar ningún concreto acto de violencia, trasladándose el problema, en su caso, al segundo requisito de la eximente: la necesidad racional del medio.

VII

Aunque pudiera parecer lo contrario, por mantener idéntica terminología, lo cierto es que los conceptos de delito habitual propio e impropio no son idénticos en la Doctrina española e italiana. He puesto de manifiesto cómo en España el debate sobre esta categoría -y subcategorías- es insuficiente y, desde luego, no permite fundamentar razonadamente la naturaleza jurídica del delito de malos tratos del art. 173.2 CP. Sin embargo, considerando permanente el delito que exige la creación y mantenimiento de una situación antijurídica, algunos autores han destacado que la catalogación del delito contenido en el art. 173.2 CP como de delito habitual impide su consideración como delito permanente.

Por mi parte, coincido con quienes sostienen que el delito del art. 173.2 CP es un delito permanente, en que la ofensa al bien jurídico protegido se prolonga más allá de los concretos actos de violencia

ejecutados y se mantiene constante en tanto el sujeto activo no abandone la conducta. De hecho, entiendo que la lesión al bien jurídico protegido deriva de la situación creada por el conjunto de las acciones y, por ello, no puede entenderse contraída a cada una de ellas. Por tanto, si la permanencia se concibiera como mantenimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sería correcto, a mi juicio, catalogar al delito de malos tratos de permanente. Sin embargo, la noción de permanencia defendida en esta investigación impide llegar a esta conclusión, pues la repetición de actos que exige la conducta típica del art. 173.2 CP implica una discontinuidad del hecho típico, por lo que el delito habrá de considerarse habitual. Puesto que la distinción entre el delito permanente y el habitual se ha establecido en atención a su propia estructura típica, ambas categorías delictivas serán excluyentes.

Tampoco comparto la tesis de quienes, aun defendiendo que la permanencia es el mantenimiento de la ofensa al bien jurídico, concluyen que el delito del art. 173.2 CP es habitual, excluyendo su posible naturaleza permanente, pues, según ya he adelantado, de adoptarse esta postura, no existiría, a mi modo de ver, ningún obstáculo para que el delito pudiera ser habitual, por la presencia de una particular estructura típica que exige la reiteración de actos, y, a su vez, permanente, por la posibilidad de prolongar la lesión al bien jurídico por voluntad del sujeto activo después de la consumación.

VIII

Según la clasificación tradicional elaborada por la Doctrina italiana, el delito de malos tratos del art. 173.2 CP es necesariamente habitual, pues la consumación delictiva solo puede alcanzarse a través de la realización de una pluralidad de actos. Más concretamente, de forma coherente con cuanto

se ha afirmado en relación con la conducta típica, habrá que concluir que se trata de un delito habitual propio, por dos razones: primera, porque, según sostengo, la conducta habitual podrá integrarse tanto por actos constitutivos de otros delitos diversos, como por actos que, aisladamente considerados, carezcan de relevancia penal; segunda, porque aun cuando se exigiera que los singulares actos fueran ya típicos, la configuración del delito de malos tratos habituales en nuestro Texto Punitivo impediría considerarlo un delito habitual impropio, pues, para la existencia de un delito de esta naturaleza, es preciso que la conducta singular típica lesione el mismo bien jurídico que la conducta reiterada, previendo, obviamente, por suponer una lesión mayor, una respuesta punitiva más severa el tipo que exija la reiteración. Por ello, el delito habitual impropio absorbe los diversos delitos de los que se compone, lo que no sucede en el caso del delito del art. 173.2 CP.

En definitiva, por todo lo expuesto, el delito contenido en el art. 173.2 CP es un delito habitual necesario y propio lo que tiene como consecuencia que una legítima defensa de la víctima se supedita a la actualidad de los distintos actos singulares de violencia.

CONCLUSIONI PROVVISORIE

I

La consumazione del delitto normalmente rappresenta il punto finale dell' *iter criminis* e, pertanto, della rilevanza penale del fatto. Questo è il regime generale applicabile, di regola, ai delitti: il reato istantaneo. Ciò però non avviene con l'incriminazione di maltrattamenti abituali ai sensi dell'art. 173.2 CP. Una volta che si siano realizzate, a livello numerico, le condotte violente sufficienti ai fini del superamento della soglia di rilevanza penale, invero, il soggetto attivo potrà continuare a porre in essere atti violenti senza che ciò comporti l'applicazione né delle regole sul concorso, né di quelle sulla continuità criminosa. Ciò obbliga ad uno sforzo ermeneutico suppletivo per determinare a quale delle due categorie dogmatiche che permettono il prolungamento della condotta criminosa oltre il momento consumativo appartenga il delitto *de quo*: al reato permanente oppure al reato abituale.

L'assenza di studi dettagliati, a proposito delle summenzionate due categorie dogmatiche penalistiche, nella Dottrina spagnola rende più difficile il compito di enucleare gli elementi strutturali sui quali si fonda la distinzione tra di esse e la categoria dogmatica del reato istantaneo, e ciò a sua volta, di conseguenza, implica che sia più arduo determinare se si tratti di categorie dogmatiche che si escludano a vicenda. Alla luce di ciò, pertanto, risulta imprescindibile –ai fini di determinare la natura giuridica della fattispecie criminosa di cui all'art. 173.2 CP– avvalersi delle conclusioni alle quali è giunta la letteratura penalistica italiana, la quale già da molti decenni si dedica massicciamente ed alacramente all'approfondimento ermeneutico delle peculiarità concernenti le figure

dogmatiche appena richiamate, includendole peraltro nella più ampia cerchia dei “reati di durata”

II

Il reato abituale è contrassegnato dalla commissione di una pluralità di condotte di contenuto omogeneo. Dentro la suddetta categoria ermeneutica generale, ad ogni modo, la Dottrina penalistica italiana distingue tra il reato necessariamente abituale e il reato eventualmente abituale. Un reato sarà considerato necessariamente abituale ove ai fini della sua integrazione sia richiesta la realizzazione di una pluralità di condotte, mentre sarà categorizzato eventualmente abituale qualora la fattispecie semplicemente “tollerata” l'abitualità, nel senso di attribuire rilevanza penale, con il medesimo titolo criminoso, sia ad una condotta singola -la quale invece non sarebbe sufficiente ai fini del reato necessariamente abituale- che ad una pluralità di condotte.

A sua volta, il reato necessariamente abituale può categorizzarsi come proprio oppure improprio. Sarà proprio ove la tipicità oggettiva dell'incriminazione possa essere integrata sia da condotte già in sé tipiche, sia da condotte che, isolatamente considerate, non siano dotate di rilevanza penale autonoma. Ci si troverà invece di fronte ad un reato necessariamente abituale improprio, qualora lo stesso sia costituito da una molteplicità di condotte tutte singolarmente contrassegnate da autonoma rilevanza penale.

La struttura del reato abituale, indifferentemente dalla categoria ermeneutica di collocazione, si caratterizza per: a) la reiterazione delle condotte -nel caso del reato eventualmente abituale la stessa sarà necessaria per trasformare il delitto in abituale nel caso concreto- , considerata però nel suo complesso come condotta unica; b) la omogeneità delle condotte,

dovendo ciascuna di esse concorrere all'offesa o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato rilevante nel caso di specie; c) il nesso di abitualità, inteso come "legame di frequenza persistente" tra le varie diverse condotte.

Ai fini della determinazione del momento della consumazione occorre, ad ogni modo, distinguere tra il reato eventualmente e necessariamente abituale. Il primo si consuma, difatti, con la realizzazione di un'unica condotta; mentre il secondo, viceversa, esige la perpetrazione di un certo numero di condotte, denominato "serie minima". Le condotte realizzate dal soggetto attivo successivamente al raggiungimento della "serie minima" saranno pertanto costitutive della condotta abituale, con l'ulteriore effetto di posporre l'inizio del computo del tempo richiesto ai fini della prescrizione. Da ciò deriva che nel reato necessariamente abituale sia possibile distinguere due fasi: una necessaria, corrispondente alla "serie minima"; ed un'altra post-consumativa, quest'ultima invece di carattere eventuale. Le criticità emergono, in questa ipotesi, con riferimento al numero di condotte necessarie ai fini di integrare la "serie minima", essendo tale valutazione totalmente affidata -nell'ambito del Diritto vivente- al potere discrezionale dei giudici. Gli inevitabili problemi di incertezza del Diritto scaturenti da una tale situazione potrebbero, a mio modo di vedere, essere risolti ove si prescrivesse la necessità di un evento tipico, di cui occorrerebbe pertanto, all'uopo, ravvisare l'effettiva verifica.

III

Tanto la Dottrina italiana come quella spagnola definiscono tradizionalmente il reato permanente, in opposizione a quello istantaneo, come quello nel quale si crea una situazione o uno stato antigiuridico che si mantiene per volontà del soggetto attivo. Tale categoria ermeneutica esige,

innanzitutto, che si stabilisca quale sia la natura di quella fase durante la quale il delitto si “prolunga” e che gli autori italiani etichettano con il termine “permanenza”.

Possiamo a tal riguardo distinguere due diversi orientamenti ermeneutici:

a) Parte del mondo accademico penalistico sostiene che il mantenimento dello stato antiggiuridico sia requisito imprescindibile ai fini della consumazione del reato permanente. Seguendo questo criterio si dovrebbe distinguere tra il delitto necessariamente permanente, la cui consumazione esigerebbe tale lasso temporale minimo, e quello eventualmente permanente, che sarebbe viceversa quello che, senza richiedere un *minimum* temporale per addivenire alla consumazione, permetterebbe la prosecuzione dell'illecito ben al di là del momento consumativo, eludendo perciò, al contempo, le regole sul concorso e sulla continuazione criminosa.

Nel caso del reato necessariamente permanente, che è ritenuto dai fautori di questa impostazione ermeneutica come l'unico genuino reato permanente, trascorso il *minimum* richiesto e consumatosi il delitto, sarebbe possibile il mantenimento dello stato antiggiuridico per volontà del soggetto attivo, il che porterebbe al verificarsi di una fase post-consumativa penalmente rilevante. In tale ipotesi, dunque, la permanenza sarebbe caratterizzata da due distinti stadi: il *minimum*, con carattere necessario, e la fase post-consumativa, con carattere, al contrario, eventuale.

b) Un altro settore della Dottrina, viceversa, propugna il contrapposto orientamento per cui la permanenza non andrebbe configurata come elemento costitutivo della tipicità criminosa, bensì come una fase successiva alla consumazione del reato. Seguendo tale impostazione, cui la scrivente aderisce, la questione relativa alla necessità o meno, ai fini della consumazione di talune fattispecie di Parte Speciale, del trascorrere di un lasso temporale minimo è estranea al tema della permanenza, e riguarda piuttosto la fase esecutiva del reato, e dunque uno stadio temporale precedente alla consumazione.

L'eventualità che il reato si estenda temporalmente oltre il momento consumativo costituisce una eccezione al paradigma generale del reato istantaneo, il che rende necessario rinvenire il fondamento della rilevanza giuridico-penale della "fase di permanenza". Questo complesso nodo dogmatico ha suscitato un ampio dibattito nella letteratura penalistica italiana, nell'ambito della quale sono state formulate diverse teorie, pur dovendosi riconoscere che si sia imposta come egemone quella che ravvisa il predetto fondamento nella prosecuzione dell'offesa al bene giuridico tutelato per volontà del soggetto attivo. Questa contrapposizione accademica non si è invece replicata nell'ambito della Dottrina spagnola, la quale ha aderito compattamente –senza ulteriori disquisizioni– a tale ultima concezione di reato permanente.

Tra gli orientamenti emersi nell'ambito del mondo accademico italiano, ritengo pienamente compatibile con tutti i corollari del principio di legalità solo quello che concepisce la permanenza come la prosecuzione ininterrotta del fatto tipico in tutti i suoi elementi. La permanenza, pertanto, è penalmente rilevante in quanto tipica, posto che –anche dopo la

consumazione - l'unico criterio valido per discernere ciò che è caratterizzato da rilievo penale deve essere il paradigma della "tipicità". Da ciò deriva altresì l'esigenza che, durante la fase della permanenza, il reato persista identico e senza soluzione di continuità.

IV

Non esiste accordo nella Dottrina italiana, e neanche in quella spagnola, sulla questione se durante la fase post-consumativa il delitto permanente "continui a consumarsi ininterrottamente", generando ciò che si è etichettato come uno "stato consumativo"; o se, al contrario, la sua consumazione sia istantanea. Da parte mia, pur ritenendo che la consumazione, per definizione, possa solo riferirsi ad un momento concreto -quello in cui venga integrata pienamente la tipicità della fattispecie-, opino che ci si trovi dinanzi ad un problema originato dall'uso di una terminologia inappropriata, e questo perché, piuttosto che la qualificazione o descrizione giuridica della fase post-consumativa cui ci stiamo riferendo, ciò che rileva è il riconoscimento -unanime sia nella Dottrina italiana che in quella spagnola- delle conseguenze che dalla sussistenza di detta fase si traggono in relazione a numerosi istituti penalistici -successione di leggi nel tempo, prescrizione, legittima difesa, inimputabilità e concorso di delitti- e processualpenalistici -competenza del giudice per territorio e flagranza nel reato-.

V

Mantenendo la teoria in materia di permanenza sostenuta nelle pagine precedenti -che si caratterizza per la conseguenza di escludere la configurabilità del reato necessariamente permanente- l'unica nota comune tra reato permanente e reato abituale è la possibilità che l'illecito si estenda oltre il momento della consumazione, eludendo le regole in materia di

concorso di reati e di continuazione criminosa. In tal modo, nell'ipotesi di reato permanente risulta necessario non solo che tutti i suoi elementi costitutivi siano suscettibili di prosecuzione, ma altresì che, in aggiunta, tale prosecuzione sia ininterrotta; mentre nel caso di reato abituale l'obbligatoria reiterazione delle condotte provoca la "discontinuità esecutiva" del fatto tipico. In virtù di ciò, il carattere unitario del reato permanente consente la prosecuzione "naturalistica" del fatto tipico senza soluzione di continuità, mentre l'unitarietà del reato permanente, frutto di un apprezzamento normativo, si incentra sul nesso di abitualità.

Partendo da queste premesse la distinzione tra il reato permanente ed il reato abituale si fonderà pertanto sulla propria *struttura tipica*, il che rende palese come l'integrazione dell'uno escluda l'altro, e viceversa. Non accadrebbe a mio avviso lo stesso qualora, al contrario, si aderisse alla tesi sostenuta dalla Dottrina maggioritaria in Italia -e unanime in Spagna- per cui la permanenza andrebbe intesa come il mantenimento dell'offesa al bene giuridico, posto che l'offesa o messa in pericolo del bene giuridico non dà luogo ad un elemento strutturale del reato, ma rappresenta piuttosto il fondamento -insieme al disvalore della condotta- del giudizio di disvalore del fatto tipico, per cui tale connotato non incomberebbe sulla struttura tipica del reato permanente.

VI

In Spagna il nodo ermeneutico della natura del delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 173.2 CP non è stato oggetto di pressoché nessuna attenzione in dottrina. Al riguardo numerosi autori si limitano a sostenere, senza supportare ciò con adeguate argomentazioni dogmatiche, che ci si trovi dinnanzi ad un delitto abituale poiché l'abitualità è configurata dal Legislatore come presupposto della tipicità della

fattispecie: il che potrebbe risultare -come ho cercato di evidenziare- una conclusione eccessivamente semplicistica.

Ciò nonostante, si può senz'altro affermare che un settore minoritario della nostra letteratura, che ritiene la permanenza incentrata sul mantenimento dell'offesa al bene giuridico tutelato, predichi per il delitto oggetto di ricerca la natura di reato permanente. Tale opinione consente di ritenere ammissibile la legittima difesa della vittima durante tutto il segmento temporale nel quale si estenda la condotta delittuosa -essendo l'aggressione illecita incessante-, pur se nel momento in cui si realizzino gli atti difensivi non sia in corso alcuna concreta condotta violenta, spostandosi il problema -in tale caso- sul secondo requisito della scriminante: la ragionevole necessità dello strumento difensivo.

VII

Per quanto possa apparire che -per mantenere una identica terminologia- avvenga il contrario, in realtà è chiaro che i concetti di reato abituale proprio e improprio non sono identici nella Dottrina italiana e in quella spagnola. Ho difatti posto l'accento sul fatto che in Spagna il dibattito dottrinale al riguardo sia insufficiente e, in conseguenza di ciò, non consenta di discernere e fondare adeguatamente la natura giuridica del delitto di maltrattamenti previsto e punito dall'art. 173.2 CP. Ad ogni modo, considerando permanente il reato che esiga la creazione ed il mantenimento di una situazione antigiuridica, taluni autori hanno sottolineato come l'attribuzione alla fattispecie incriminatrice in commento della natura di reato abituale osti alla sua classificazione quale reato permanente.

Chi vi scrive concorda con coloro che aderiscono alla tesi che l'incriminazione *ex art. 173.2 CP* sia un reato permanente, nel quale la offesa al bene giuridico tutelato trascende i momenti di estrinsecazione delle

concrete condotte violente, e persiste fintanto che il soggetto attivo non cessi definitivamente i suoi comportamenti violenti. Infatti, ritengo che l'offesa al bene giuridico tutelato derivi dalla condizione determinata dal complesso delle condotte violente, e alla luce di ciò non possa ritenersi circoscritta ai soli momenti di violenza. Al riguardo, se la permanenza si concepisse come mantenimento dell'offesa o messa in pericolo del bene giuridico, congruo sarebbe, a mio giudizio, etichettare la presente fattispecie criminosa come reato permanente. La nozione di permanenza accolta in questa dissertazione, però, osta rispetto alla condivisione di tale conclusione, poiché la ripetizione delle condotte richiesta dalla formulazione della norma di cui all'art. 173.2 CP implica una discontinuità del fatto tipico, in virtù della quale il delitto dovrà essere classificato quale reato abituale. In conseguenza di ciò, e tenendo presente come la distinzione tra reato permanente e reato abituale si sia andata enucleando in connessione con la propria configurazione tipica, le due categorie ermeneutiche saranno reciprocamente escludenti -ergo uno stesso reato non potrà essere qualificato contemporaneamente ai sensi di entrambe le categorie dogmatiche-.

Mi preme peraltro evidenziare come io non condivida nemmeno l'orientamento di coloro che, anch'essi sostenendo come la permanenza sia il mantenimento dell'offesa al bene giuridico, ne desumano che la figura criminosa dell'art. 173.2 CP sia un reato abituale, escludendone la natura permanente. Ciò in quanto, secondo quanto ho già esposto, aderendo a tale impostazione non sussisterebbe -a mio parere- nessun ostacolo a classificare il delitto *de quo* come reato permanente, attesa la presenza di una particolare struttura tipica che da un lato presuppone sì la reiterazione delle condotte, ma dall'altro consente l'attribuzione della qualifica di "reato permanente" in ragione della evidente possibilità di prolungare l'offesa al bene giuridico, per volontà del soggetto attivo, dopo la consumazione.

VIII

Secondo la classificazione tradizionale elaborata dalla Dottrina italiana, il delitto di maltrattamenti abituali di cui all'art. 173.2 CP andrebbe qualificato come reato necessariamente abituale, visto che la consumazione delittuosa può avverarsi solo mediante l'implementazione di una pluralità di condotte violente. Più concretamente, in coerenza con quanto si è asserito a proposito della condotta tipica, occorrerà concludere che ci si trovi di fronte ad un reato abituale proprio, e ciò per due ragioni: *in primis*, poiché -secondo quel che sostengo- la condotta abituale potrà essere posta in essere sia con atti costitutivi di altri distinti delitti, sia per mezzo di atti che, singolarmente presi, difettino di rilevanza penale; secondariamente, perché pur imponendo che le singole condotte siano già di per sé tipiche, la formulazione della norma incriminatrice *de quo* nel codice penale spagnolo impedirebbe di considerarlo un reato abituale improprio, in quanto -ai fini di ravvisare un delitto di tale natura- sarebbe necessario che la singola condotta tipica offendesse il medesimo bene giuridico della condotta reiterata -pur dovendo prevedere la fattispecie che esiga la reiterazione, logicamente, una risposta sanzionatoria più severa, supponendosi in essa un'offensività più elevata-. In base a ciò, il reato abituale improprio assorbe le diverse incriminazioni che lo compongono, disciplina che però non si riscontra nella norma incriminatrice dell'art. 173.2 CP.

In definitiva, in virtù di quanto sinora esposto, il delitto incriminato per mezzo dell'art. 173.2 CP è un reato abituale necessario e proprio, dal che se ne ricava la conseguenza che la legittima difesa della vittima è condizionata all'attualità delle singole differenti condotte violente.

CONCLUSIONES FINALES

I

El fenómeno de los malos tratos ejercidos en el ámbito familiar o doméstico ha sido tradicionalmente concebido como un asunto privado, tanto por la sociedad como por el Derecho penal, lo que se refleja en la tardía intervención de nuestro Legislador en este ámbito, que data, solamente, del año 1989. Ello resulta aún más llamativo si se compara con el caso italiano, pues ya los Códigos penales sardos de 1839 y 1859 tipificaban el delito de malos tratos entre cónyuges. Si bien es cierto que los preceptos contenidos en los Códigos sardos tenían un carácter prácticamente simbólico, ya el *Codice Zanardelli* de 1989 introdujo un delito de maltrato muy semejante a nuestro actual art. 173.2 CP, lo que justifica la selección del Ordenamiento penal italiano como objeto de estudio comparativo.

II

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, *de actualización del Código penal*, que incorporó el art. 425 al TRCP de 1973, fue, desde su entrada en vigor, objeto de vivas críticas por parte de un importante sector doctrinal, que tachaba la intervención penal de innecesaria, considerando suficientes los delitos y faltas ya existentes en el Texto Punitivo –agravados por la concurrencia de la circunstancia parentesco-, para reprimir la conducta tipificada en aquel precepto. El art. 425, incriminaba, entre los delitos de lesiones, el ejercicio de violencia física habitual sobre determinados sujetos unidos al agresor por determinadas relaciones y siempre que concurriera el requisito de la convivencia. Desde entonces, y en tan solo veintiséis años de vigencia, el delito ha sufrido cuatro reformas, contrariamente a lo sucedido

con el art. 572 CPi, que ha permanecido con idéntica redacción desde el *Codice Rocco* de 1930 hasta las reformas acaecidas en 2012 y 2013. Lo que sí han tenido en común el delito español y el italiano ha sido el cambio en su ubicación sistemática. En el caso español, el delito de malos tratos pasó del Título dedicado a los delitos de lesiones al dedicado a los delitos contra la integridad moral. El delito italiano, por su parte, introducido por los Códigos sardos entre los delitos contra la familia, fue trasladado, con el *Codice Zanardelli* de 1889, al Título relativo a los delitos de lesiones y, posteriormente, con el *Codice Rocco* de 1930, reubicado, otra vez, entre los delitos contra la asistencia familiar. Tales cambios han contribuido a oscurecer el debate existente, tanto en la Doctrina española como en la italiana, en torno al bien jurídico protegido en ambos tipos penales.

En España es posible distinguir tres posiciones fundamentales en relación con el bien jurídico protegido por el art. 173.2 CP:

- a) Una tesis minoritaria en la Doctrina científica, pero acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que el objeto de tutela es la paz y la convivencia familiar. Sin embargo, además de que esta concepción parece comprometer seriamente el carácter de *ultima ratio* del arma penal, lo cierto es que, especialmente tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el círculo de posibles sujetos pasivos del delito se extiende fuera del estricto ámbito familiar.
- b) Otro sector doctrinal entiende que lo que se protege es la integridad corporal y la salud física y psíquica. Esta postura, que vino abonada por la antigua ubicación sistemática del delito de malos tratos entre los delitos de lesiones y por la primera redacción del tipo penal, que castigaba solo el ejercicio de

violencia física sobre determinados sujetos, encontró un obstáculo insalvable con la entrada en vigor del Código penal de 1995, pues, desde entonces, el delito prevé una clausula concursal que ordena la punición separada de los delitos en los que los diversos actos de violencia pudieran concretarse. Por tanto, los resultados lesivos de la integridad y de la salud van a ser ya desvalorados a través del castigo de los correspondientes delitos de lesiones, lo que evidencia que el delito objeto de estudio pretende proteger un bien jurídico diverso. Ni tan siquiera interpretando, como hacen estos autores, que el delito objeto de estudio es un delito de peligro abstracto se podría soslayar este inconveniente, pues, en tal caso, la exigencia de responsabilidad por los resultados ulteriores debería absorber, lógicamente, el delito de maltrato habitual.

- c) Actualmente, la opinión mayoritaria sostiene -de acuerdo con la ubicación sistemática del tipo entre los delitos contra la integridad moral, a partir de la reforma de 2003 - que el art. 173.2 CP es un delito contra la integridad moral. Sin embargo, las distintas definiciones de la integridad moral que se han ido proporcionando por la Doctrina, no resultan, a mi modo de ver, satisfactorias a los efectos de configurar el contenido de un bien jurídico digno de tutela penal, lo que justifica la necesidad de redefinir dicho concepto.

Semejante es el panorama existente en la Doctrina italiana en torno a la cuestión del bien jurídico protegido por el art. 572 CPi. Así, es posible también reconocer tres posturas diferenciadas:

- a) Una parte de la Doctrina, actualmente minoritaria, entiende que el bien jurídico protegido es la familia, como ente que, a pesar de carecer de personalidad jurídica, posee intereses diversos a los de cada uno de sus miembros y que merecen una protección penal autónoma. Sin embargo, lo cierto es que esta tesis es mayoritariamente criticada y que la ubicación del art. 572 CPi entre los delitos contra la asistencia familiar se atribuye al momento político-social en el que tiene lugar la entrada en vigor del *Codice Rocco*. Por otra parte, y del mismo modo que nuestro art. 173.2 CP, el art. 572 CPi extiende su tutela mucho más allá del ámbito familiar.
- b) También entre la Doctrina italiana algunos autores sostienen que el delito de malos tratos protege el mismo bien jurídico que los delitos de lesiones. No obstante, esta postura, que fue dominante durante la vigencia del *Codice Zanardelli* –seguramente porque el delito estaba ubicado sistemáticamente entre los delitos de lesiones- no cuenta actualmente con muchos defensores. Pese a que el art. 572 Cpi no contiene –a diferencia del art. 173.2 CP- una cláusula concursal expresa, el párrafo segundo de dicho precepto pone claramente de manifiesto que lo que se pretende proteger no puede ser la integridad corporal y la salud. Así, el art. 572, párrafo segundo, prevé una respuesta punitiva más severa para los casos en que del hecho –o sea, de los malos tratos- derive una lesión personal grave, una lesión personal gravísima o la muerte de la víctima, no siendo tales resultados queridos por el sujeto activo. Por tanto, dejando de lado la discutida naturaleza de este segundo párrafo, lo que resulta claro es que el delito de malos tratos tipificado en el párrafo primero no protege el mismo bien jurídico que los tipos de lesiones. De esta previsión normativa la

Doctrina y la Jurisprudencia deducen que, cuando las lesiones graves o gravísimas o la muerte sean dolosas, estas deben entrar en concurso con el delito de *maltrattamenti*.

- c) La Doctrina mayoritaria encuentra el bien jurídico en algún valor relacionado con la dignidad humana o con la personalidad del sujeto pasivo –conceptos muy próximos a la integridad moral-, pero no existe una definición unánime del mismo ni de su contenido. En lo que sí existe coincidencia entre los diversos autores, al igual que sucede entre quienes sostienen que el bien jurídico protegido en nuestro art. 173.2 CP es la integridad moral, es en caracterizar con las notas de humillación o vejación las conductas lesivas del bien jurídico.

Lo expuesto pone claramente de relieve las similitudes entre las diversas concepciones existentes en la Doctrina española y la italiana acerca del bien jurídico protegido en los arts. 173.2 CP y 572 CPI, pudiendo afirmarse que en ambos países es mayoritaria la tesis que sostiene: a) que el delito de malos tratos protege un bien jurídico de carácter personalísimo que no puede identificarse con la integridad corporal y la salud física y/o psíquica; b) que tal bien jurídico resulta lesionado como consecuencia de la violencia reiterada, lo que confiere al delito de malos tratos un injusto propio y diferenciado del que pudiera derivarse de los singulares actos que integren la conducta típica y legitima su tipificación autónoma; c) que el bien jurídico protegido está relacionado con la dignidad humana, entendida en el sentido de garantizar el respeto al libre desarrollo de la personalidad.

III

El bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP es, en mi opinión, la integridad moral. No obstante, como he dicho, el concepto de integridad moral, como bien jurídico merecedor de tutela penal, debe ser revisado. A mi modo de ver, la Moral individual puede definirse como el sistema normativo del que se dota el individuo para regir su modo de vida en atención al sistema de valores que haya asumido como propio. El Derecho -penal- únicamente puede intervenir en el ámbito de los actos que sean exteriorizados por el agente y que tengan, por tanto, trascendencia social. Pero, aún más, respecto de tales actos, solo podrá intervenir en relación con aquellos que lesionen o pongan en peligro valores esenciales para la convivencia -por ser, según la concepción defendida en esta investigación, constitucionalmente relevantes-. En el resto de ámbitos -el interno y el de los actos externos que no comprometan ningún bien jurídico protegido- el individuo podrá conducir su comportamiento según "sus" propias normas morales. El reconocimiento constitucional de esta capacidad autonormativa se encuentra en el art. 15 CE, que establece el derecho a la integridad moral. De este modo, entiendo que la protección penal de la integridad moral se encamina a garantizar que ese sistema autonormativo se mantenga indemne frente a alteraciones antijurídicas. Esto es, en definitiva, lo que prohíbe el art. 173.2 CP: el sometimiento a través de la violencia a un sistema normativo ajeno.

IV

El art. 173.2 CP es un delito especial, pues únicamente puede cometerse por quien se encuentre unido al sujeto pasivo por alguna de las relaciones descritas en el tipo. Tales relaciones exceden del ámbito estrictamente familiar, por lo que el fundamento de la intervención penal debe buscarse, más allá de la protección de dicho ámbito, en la situación de

especial vulnerabilidad en la que de hecho, por razones de diversa índoles, todas ellas colocan al sujeto pasivo, limitando o excluyendo su capacidad de autoprotección. Este es, por tanto, a mi modo de ver, el criterio que debe orientar la interpretación del ámbito subjetivo del delito. De forma coherente con este planteamiento, entiendo que es posible agrupar las distintas categorías de sujetos pasivos del siguiente modo:

a) Las categorías de sujetos que no requieren convivencia con el agresor:

a. Obviamente, el excónyuge o expareja sentimental, pero tampoco quien se encuentre unido al sujeto activo por una relación de afectividad análoga a la matrimonial, por expreso mandato del Legislador penal. Ello obedece a la necesidad de otorgar protección a situaciones que, de hecho, determinan una idéntica situación de vulnerabilidad para sustraerse al maltrato a la que puede derivarse de la relación matrimonial. Además, por lo que se refiere a la exparejas, su inclusión ha tenido en cuenta una evidente realidad: que la ruptura de la relación con el agresor determina, las más de las veces, el incremento de los episodios de violencia.

En relación con el cónyuge, el precepto no especifica si el requisito de la convivencia es o no necesario, pues se da por hecho que los miembros del matrimonio convivirán. No obstante, de forma coherente con la que he defendido como *ratio* de la intervención penal en el ámbito de estas relaciones, entiendo que si por cualquier circunstancia los cónyuges no conviviera, por ejemplo, por trabajar uno de ellos en el extranjero, ello no impediría apreciar el delito si la violencia tuviera lugar en aquellos periodos en los que conviven,

siempre y cuando se pudiera apreciar la habitualidad en la conducta.

b. Los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad ya sean propios o del cónyuge o conviviente. Aunque el Legislador no lo precisa y buena parte de la Doctrina científica considera exigible el requisito de la convivencia en relación con esta categoría, la innecesariedad de la convivencia en este caso puede fundamentarse, a mi modo de ver, en dos razones: primera, porque la existencia de una relación como las descritas es suficiente, por sí sola, para determinar una situación de sujeción limitativa de la capacidad de autoprotección de la víctima; segunda, porque el tipo ya prevé una categoría autónoma que acoge a toda persona que esté integrada en el núcleo de convivencia del autor, por lo que la previsión expresa de esta segunda categoría de sujetos pasivos sería superflua.

c. Los sujetos que se hallen sometidos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. La reforma de 2003 excluyó, de forma inexplicable, a quienes se encuentren sometidos a la potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho del propio sujeto activo, al eliminar la referencia “de uno u otro” que preveían las redacciones del tipo que precedieron a la actual. Ello constituye, sin duda, un injustificable olvido del Legislado penal, siendo preciso reclamar la introducción, nuevamente, de este grupo de personas.

La Doctrina mayoritaria critica que, en relación con esta categoría de sujetos pasivos, el precepto no exija una relación

de convivencia con el autor y demanda la concurrencia de este requisito para la aplicación del delito. Ello, a mi modo de ver, no puede sostenerse por las siguientes razones: primera, porque, el tipo prevé una categoría inclusiva de todo menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección que conviva con el autor, por lo que el menor o persona incapacitada sometida a la institución que, además, conviviera con el sujeto activo, encajaría ya en aquella categoría, siendo, entonces, esta previsión expresa redundante; y segunda, porque cuando se estatuye la institución tutelar se confía a un sujeto la protección de una persona que carece de la capacidad de gobernarse por sí misma, lo que basta para fundamentar la existencia de una relación de sujeción y la enorme limitación de su capacidad de reacción ante un posible maltrato.

d. Las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. En este caso, el propio Legislador pone de manifiesto que el sujeto pasivo se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, que es la que determina su sometimiento a custodia o guarda en centros públicos o privados, por lo que la reducción de su capacidad de autoprotección es clara.

b) Las categorías de sujetos que requieren convivencia con el agresor:

a. Los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con él convivan. El Legislador penal no exige que entre estas personas y el sujeto activo del delito medie un relación familiar o tutelar, siendo

la causa de su especial vulnerabilidad para sustraerse al maltrato su propia condición de menores o de personas con discapacidad que requieran de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses, a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente -art. 25 CP-, y, a su vez, la existencia de una relación convivencial con el agresor que es la que proporciona la ocasión para la comisión del delito.

- b. Las personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de su convivencia familiar. No obstante, aunque el tipo no lo diga expresamente, entiendo, con la Doctrina mayoritaria, que es preciso realizar una interpretación restrictiva, exigiendo la existencia de una cierta dependencia afectiva o material respecto del agresor, que justifique la equiparación legal al resto de posibles sujetos pasivos, sin que para ello sea suficiente la mera convivencia de hecho. Ejemplos de ello serían los casos de parientes no mencionados en los incisos anteriores, o el personal de servicio doméstico, que cohabiten con el sujeto activo.

El delito de *maltrattamenti contro familiare e conviventi* del art. 572 CPi es también, por tipificar el maltrato ejercido en el seno de determinadas relaciones, un delito especial - o *reato proprio*, según la denominación italiana-. Hasta la entrada en vigor de la Ley n. 172, de 1 de octubre de 2012, el citado precepto contenía también un delito común: los malos tratos cometidos contra un menor de catorce años, puesto que, en este caso, la conducta podía llevarse a cabo por cualquier persona, con independencia

de su particular relación con el menor. Sin embargo, actualmente la circunstancia de la edad del sujeto pasivo ha pasado a ser, únicamente, un supuesto de agravación y el círculo de posibles sujetos pasivos del delito ha quedado reducido a:

a) Cualquier persona de la familia del sujeto activo o que con él conviva.

b) Toda persona sometida a su autoridad o a él confiada por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de una profesión o un arte.

Según puede observarse, el Legislador penal italiano no ha sido tan exhaustivo como el español a la hora de describir las distintas relaciones familiares o *quasi-familiares* en cuyo seno puede cometerse el delito, por lo que el problema se plantea con la interpretación del término "familia". Sin embargo, lo cierto es que entre la Doctrina y, lo que es más relevante, entre la Jurisprudencia se ha impuesto una concepción de la familia como estado de hecho y no como instituto jurídico, que incluye los supuestos de convivencia *more uxorio*, las relaciones sentimentales sin convivencia y los supuesto de separación consensual o judicial. Se afirma, en este sentido, que lo relevante no es el carácter formal de las relaciones por las que se encuentren unidos los sujetos del delito, sino la situación de sujeción o de sometimiento en que tales relaciones colocan al sujeto pasivo. Por tanto, el delito de malos tratos contra familiares y convivientes del art. 572 Cpi compartiría el que, a mi modo de ver, constituye también el fundamento del art. 173.2 CP.

En la misma dirección apunta la inclusión como sujetos pasivos de quienes se encuentren sometidos a la autoridad del autor o estén a él confiados por razón de su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o

custodia, o para el ejercicio de una profesión o un arte. A estos efectos, la Doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia consideran que no es necesaria la existencia de una relación jurídica entre las partes, sino que basta con que se trate de una relación de hecho. De este modo, al igual que sucede con el precepto español, las relaciones comprendidas en el tipo exceden de las estrictamente familiares, extendiendo la protección penal a determinados sujetos que se hallan en una posición de “supremacía-sujeción” que determina, de forma análoga a los vínculos familiares, una situación de especial vulnerabilidad ante el maltrato.

V

La conducta típica del art. 173.2 CP consiste en ejercer violencia física o psíquica habitualmente. Ello plantea el problema de interpretar tanto los conceptos de violencia física y –fundamentalmente- psíquica, como el de habitualidad. No es posible identificar las nociones de violencia física y psíquica con las de lesiones físicas y psíquicas, pues, de producirse estas, la cláusula concursal ordena su punición conjunta con el delito de malos tratos. Por tanto, es claro que este último no comprende el desvalor de los resultados lesivos en que pudieran concretarse las diversas acciones de violencia, por lo que considero que lo relevante, a los efectos del delito objeto de estudio, es su dimensión lesiva de la integridad moral, la cual, a mi juicio, se halla en el padecimiento de carácter físico y/o psíquico que entrañan –las diversas acciones de violencia- para el sujeto pasivo y cuya causación habitual constituirá el medio empleado para impedir el libre desarrollo de su capacidad autonormativa –integridad moral-.

Acerca de los actos susceptibles de provocar padecimientos físicos no existen dudas doctrinales, pero la delimitación de los actos capaces de generar sufrimientos psíquicos constituye una cuestión controvertida. En

mi opinión, es preciso, más que proporcionar largas ejemplificaciones, determinar la característica o características que debe presentar un acto para generar un sufrimiento de carácter psíquico. Así, a mi modo de ver, son dos las clases de actos susceptibles de causar esta clase de sufrimiento: los humillantes y los intimidantes.

El acto intimidante será aquel capaz de generar en la víctima un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, pero es preciso tener en cuenta que determinados actos cobran un significado intimidante en función de las circunstancias, por lo que habrá que atender al significado que el comportamiento tiene en la situación concreta y para las personas implicadas. Sin embargo, los conceptos de violencia psíquica y de intimidación no pueden considerarse equivalentes, pues, de ser así, el Legislador penal hubiera utilizado el término intimidación para describir la conducta típica, tal como ha hecho en multitud de figuras delictivas previstas en nuestro Texto Punitivo. Por ello, es preciso establecer una categoría que comprenda aquellos actos que sin ser –o no teniendo por qué ser– intimidantes, son generalmente considerados como psíquicamente violentos. En ella se englobarían los insultos, los actos que ridiculizan o que menosprecian al sujeto pasivo, etc. Es claro que estas categorías no son excluyentes, pues un acto intimidante provocará, normalmente, humillación, un acto humillante puede, a su vez, intimidar y un acto físicamente violento entrañará, además del padecimiento de esta índole, con carácter general, también sufrimientos psíquicos como los descritos. Lo que sucede es que no todos los comportamientos que generan padecimiento psíquico o emocional pueden incluirse entre las acciones de violencia física o las intimidantes, por lo que resulta necesario establecer este último grupo “de recogida”: el de los actos humillantes.

La Doctrina mayoritaria entiende que la conducta típica del art. 173.2 CP solamente puede integrarse por acciones que, aisladamente consideradas, sean constitutivas de otros delitos. En mi opinión, ante el silencio del Legislador penal, será posible tener en cuenta, para apreciar la habitualidad, actos carentes de singular relevancia penal. Lo que sucede es que, en relación con los actos de violencia física, no es posible imaginar acciones atípicas, ya que el mero maltrato de obra es constitutivo del delito del art. 147.3 CP. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de las acciones de violencia psíquica, pues determinadas acciones que, de permanecer aisladas carecerían de trascendencia penal, adquirirán tal significado en atención a la situación creada por el conjunto de todas ellas y a los sujetos implicados. Ello pone de relieve la capital importancia del elemento de la habitualidad en orden a determinar el significado de los singulares actos ejecutados.

La interpretación del requisito típico de la habitualidad en la conducta -el elemento más genuino del tipo- ha constituido, desde la incorporación del delito a nuestro Texto Punitivo, una inagotable fuente de controversia. En la reforma de 1999, el Legislador penal introdujo los criterios a los que se debe atender para la apreciación de la habitualidad - número de actos de violencia acreditados y proximidad temporal entre los mismos, con independencia de que se hubieran ejercitado sobre la misma o sobre diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto y de que tales actos hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento-, pero no determinó cuántos actos de violencia son necesarios para alcanzar la consumación delictiva. La Jurisprudencia tradicional trasladó al delito de malos tratos el criterio establecido para el antiguo delito de receptación de faltas, según el cual la habitualidad quedaba acreditada a partir del tercer acto. Actualmente, sin embargo, el Tribunal Supremo ha abandonado este criterio puramente cuantitativo o numérico y ha llevado a cabo una

completa reformulación de la noción de habitualidad para el delito de malos tratos, considerando que lo relevante no es la constatación de un determinado número de actos, sino que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un “estado de agresión permanente”. Esta tesis ha sido acogida por un importante sector doctrinal, que sostiene, con el Tribunal Supremo, que la creación de tal estado de agresión permanente representa el desvalor propio del delito del art. 173.2 CP y justifica su tipificación autónoma. Por ello, rechazan el establecimiento de criterios apriorísticos en relación con el número de actos de violencia que deben resultar acreditados y en relación con su proximidad temporal, señalando que, cuando el Legislador hace referencia a este último criterio, solo pretende evidenciar que el tipo previsto en el art. 173.2 CP no castiga comportamientos esporádicos o aislados, sino la instauración de una situación sostenida de violencia.

La conducta típica del art. 572 CPi se define como “maltratar”, por lo que también la Doctrina y la Jurisprudencia italianas se han enfrentado al problema de determinar qué comportamientos pueden integrarla, dada la elasticidad del término. No obstante, es pacífica la opinión de que los actos de maltrato no se limitan a los de carácter físico, sino, también, a todos aquellos actos susceptibles de provocar padecimientos psíquicos, lo que coincide con el contenido de la conducta típica del art. 173.2 CP, tal y como se ha definido en esta investigación. El art. 572 CPi comparte también con el tipo español que se trata de un delito *a condotta plurima*, es decir, que exige una pluralidad de actos para su ejecución, y que requiere una *ripetizione abitudinaria*, no siendo suficiente la mera existencia de acciones esporádicas o totalmente desligadas entre sí.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en relación con nuestro delito de malos tratos del art. 173.2 CP, la Doctrina italiana absolutamente

mayoritaria considera que la conducta típica puede integrarse tanto por actos constitutivos de otras figuras delictivas, como por actos carentes, singularmente considerados, de relevancia penal. Cuando alguna o algunas de las acciones a través de las cuales se haya ejercido el maltrato sean, a su vez, constitutivas de otros delitos, se plantea, en ausencia de una cláusula concursal expresa como la prevista en el tipo español, el problema de determinar cuáles deben resultar absorbidas por el delito de malos tratos y cuáles, por el contrario, deben entrar en concurso con aquel. Según la Doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia el delito del art. 572 CPi consume aquellas infracciones cuya pena sea inferior a la del delito de *maltrattamenti*, mientras que concurrirán con este aquellas más severamente penadas.

Mención aparte merecen aquellos supuestos en que alguno de los actos de maltrato cause lesiones o la muerte de la víctima, por la existencia del párrafo segundo del art. 572 CPi, que establece una serie de agravaciones a la pena, según se trate de lesiones graves, gravísimas o la muerte. Tales resultados no deben haber sido buscados por el sujeto activo, pues de ser dolosos, el delito de malos tratos entrará en concurso con los respectivos delitos de lesiones u homicidio dolosos. Por ello, la Doctrina italiana discute la naturaleza de este segundo párrafo del art. 572 CPi y, mientras algunos autores sostienen que se trata de un “delito circunstanciado”, la postura mayoritaria considera que es un delito autónomo. No obstante, este segundo sector doctrinal se plantea aún, por un lado, si estamos ante un delito preterintencional o ante un delito agravado por el resultado y, por otro, el título de imputación –*culpa* o mera responsabilidad objetiva- de los resultados no queridos por el sujeto activo.

VI

La cuestión de la estructura típica del delito del art. 173.2 CP tampoco es pacífica en la Doctrina científica española. Mayoritariamente se considera que el delito de malos tratos habituales es de mera actividad, pero un significativo grupo de autores sostiene que se trata de un delito de resultado. No obstante, lo cierto es que las distintas formulaciones doctrinales sobre cuál es el resultado típico del delito objeto de estudio son francamente heterogéneas.

En mi opinión, no puede sostenerse que el delito del art. 173.2 CP sea de resultado. El tipo penal exige, únicamente, la realización de la conducta típica, esto es, el ejercicio habitual de violencia física o psíquica, pero no requiere la producción de ningún resultado ulterior y espacio-temporalmente separable de aquella para alcanzar la consumación delictiva. Por ello, considero que la exigencia por parte de Tribunal Supremo de la necesidad de constatar la creación de “un estado de agresión permanente”, ocasionado como consecuencia de la conducta, constituye la exigencia de un resultado que no está previsto en el tipo penal. No obstante, aunque atendiendo a la actual configuración del delito, se debe concluir que esta interpretación jurisprudencial es contraria a las exigencias derivadas del Principio de Legalidad, considero que, de *lege ferenda*, es preciso reclamar la introducción de un resultado típico semejante al enunciado, pues, de forma coherente con lo afirmado a lo largo de esta investigación, entiendo que lo relevante, a los efectos del delito de malos tratos habituales contra determinados sujetos especialmente vinculados al agresor, no es la mera suma de actos de violencia –criterio meramente cuantitativo–, sino la situación creada por el conjunto de todos ellos. Es esta situación la que determina la lesión del bien jurídico protegido y representa el desvalor propio y distinto del de cada una de las acciones singularmente

consideradas- de esta figura delictiva. Además, a mi modo de ver, otras dos razones avalan la conveniencia de incorporar un resultado típico al art. 173.2 CP: primera, porque, de este modo, la consumación delictiva no quedaría exclusivamente supeditada a la discrecionalidad del juez acerca de cuántos actos son necesarios para acreditar la habitualidad, sino que sería precisa, además, la constatación de una situación generada por la conducta, que constituiría el resultado; segunda, porque si, como sostengo, los actos aislados pueden ser atípicos, será preciso establecer un criterio que permita determinar cuándo la repetición de actos carentes de relevancia penal merece un juicio de desvalor suficiente para ser típica *ex art. 173.2 CP*. Este criterio solo podrá ser la gravedad de la situación creada por el conjunto de todos ellos, por lo que tal situación deberá constituir el resultado típico del delito.

Sin embargo, la expresión “estado de agresión permanente”, acuñada por el Tribunal Supremo y acogida por parte de la Doctrina, no es adecuada, por resultar excesivamente imprecisa, en orden a definir el resultado típico de una figura delictiva. A mi modo de ver, el ejercicio habitual de violencia física y/o psíquica genera una situación de intimidación continua y permanente sobre el sujeto pasivo, que le impide el libre ejercicio de su capacidad autonormativa. No obstante, no se debe confundir la caracterización de la situación creada por el conjunto de las acciones con la que merece cada una de ellas consideradas singularmente, pues, como he dicho, estas no tienen por qué tener, por sí mismas, contenido intimidante, pero su reiteración sí dará lugar a una situación intimidante para la víctima, que temerá, constantemente, la repetición de los episodios. Por ello, considero que el tipo debería incluir un resultado definido como una *situación gravemente intimidatoria para la víctima*, creada como consecuencia de la conducta.

VII

La Doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia excluyen la posibilidad de subsumir en la conducta típica del art. 173.2 CP los comportamientos omisivos, por entender que la connotación eminentemente activa del verbo rector “ejercer” lo impide. De este modo, las conductas de desatención de las necesidades básicas de la víctima, tales como la privación de alimentos, medicamentos, vestido adecuado, cuando esta no pueda cubrirlas por sí misma, no podrán integrar la conducta del art. 173.2 CP, aun cuando fueran utilizadas para someterla a una situación intimidatoria como la descrita. Serán constitutivas, en su caso, de los correspondientes delitos de abandono de familia -art. 226 CP-. A mi juicio, atendiendo a los términos legales, esta conclusión es acertada, pero ello genera una importante laguna, pues, en la práctica, tales conductas son igualmente idóneas para lesionar el bien jurídico protegido.

Por su parte, la Doctrina italiana dominante y la Jurisprudencia admiten que los malos tratos del art. 572 CPi pueden llevarse a cabo a tanto a través de comportamientos activos, como a través de comportamientos omisivos como los anteriormente descritos. Por ello, propongo definir la conducta típica del art. 173.2 CP, siguiendo el ejemplo del Legislador penal italiano, con el verbo “maltratar”.

Cuestión diversa es la admisibilidad de la comisión por omisión en relación con el art. 173.2 CP. La Doctrina científica española se encuentra dividida, a este respecto, entre quienes consideran que el delito de malos tratos habituales es de mera actividad y quienes sostienen que es un delito de resultado, pues, como es sabido, la exigencia de un resultado típico condiciona la posibilidad de cometer un delito por omisión, *ex* art. 11 CP. No obstante, según una consolidada doctrina jurisprudencial, cometerá el

delito del art. 173.2 CP, en comisión por omisión, quien no impida, ostentando una posición de garante y teniendo conocimiento de ello, el ejercicio habitual de violencia física o psíquica por parte de un tercero sobre el sujeto pasivo. Ello obedece, deduzco, a que el Tribunal Supremo viene exigiendo, como he dicho, la producción de un resultado típico. Esta es también la postura adoptada por la *Corte di Cassazione* italiana, que admite la *omissione impropria* en relación con el art. 572 CPi en aquellos supuestos de tolerancia, por parte de quien estuviera obligado a impedirlo, de la causación habitual de sufrimientos físicos y/o psíquicos a la víctima por parte de terceros, lo que trae causa, igual que en el caso español, de la consideración generalizada de que el delito de *maltrattamenti* es de resultado.

Sin embargo, según la tesis sostenida en esta investigación en relación con la estructura típica del art. 173. CP, la configuración del delito como de mera actividad impide admitir su comisión por omisión. Por tanto, solo la introducción de un resultado típico como el aquí propuesto permitiría admitir esta posibilidad –de concurrir el resto de requisitos del art. 11 CP-, lo que, no obstante, abriría el debate en torno a la compleja cuestión de cuándo la no evitación del resultado equivaldría, según el sentido del texto de la ley, a su causación.

VIII

Como consecuencia de las consideraciones realizadas, se propone la modificación del párrafo primero del art. 173.2 CP, con el siguiente tenor:

Quien maltrattare habitualmente a su cónyuge o persona *con quien* esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o a los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o a los menores

o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o *que se hallen sujetos a su potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o a la de su cónyuge o conviviente* o a persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, *y con ello creare una situación gravemente intimidatoria para la víctima*, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

IX

La cuestión de la naturaleza jurídica del delito del art. 173.2 CP ha pasado prácticamente inadvertida en la Doctrina española. Parece claro que el delito objeto de estudio no responde al régimen general aplicable al paradigma de delito, el delito instantáneo, pues, una vez realizado el número de actos suficientes para integrar la habitualidad y, por ende, para alcanzar la consumación delictiva, el sujeto activo podrá aún seguir ejecutando acciones violentas sin que entren en juego las reglas concursales ni las de la continuidad delictiva. Por tanto, será preciso analizar a cuál de las dos categorías que permiten la prolongación del delito más allá del momento consumativo pertenece el delito de malos tratos habituales; esto es, a la categoría del delito permanente o a la del delito habitual. Sin embargo, la ausencia de estudios pormenorizados en la literatura española

acerca de estas dos categorías delictivas, dificulta la tarea de establecer, por un lado, cuáles son los elementos estructurales en los que se fundamenta la distinción de ambas figuras con el delito instantáneo y, por otro, en consecuencia, la de determinar si se trata de categorías excluyentes entre sí. Por ello, resulta ineludible el recurso a la Doctrina italiana, que, desde hace décadas, se ha ocupado profusamente del estudio del delito habitual y del delito permanente, incluyéndolos en la más amplia categoría de *i reati di durata*.

X

El delito habitual es aquel cuya consumación requiere la realización de una pluralidad de acciones. Dentro de esta categoría general, la Doctrina italiana distingue entre el delito necesariamente habitual, cuando la consumación delictiva exija la ejecución de varios actos, y el delito eventualmente habitual, cuando el tipo “permita” o “tolere” la habitualidad, por atribuir relevancia, al mismo título delictivo, tanto al acto singular como a su repetición habitual. El delito necesariamente habitual puede, a su vez, ser propio, cuando la conducta típica pueda integrarse tanto por actos ya de por sí típicos, como por actos carentes de relevancia penal, o impropio, cuando los actos singulares sean constitutivos de otros delitos.

La estructura del delito habitual, según la Doctrina italiana, en cualquiera de sus modalidades, se caracteriza por tres elementos: a) la reiteración de acciones –que en el caso del eventualmente habitual será indispensable para que el delito sea habitual en el caso concreto– considerada como conducta única; b) la homogeneidad de las acciones, entendida como la concurrencia de todas ellas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo de que se trate; c) el nexo de

habitualidad, definido como la existencia de una “relación de persistente frecuencia” entre los actos. No obstante, la determinación del momento consumativo sí requiere distinguir entre el delito eventual y necesariamente habitual. El primero se consuma con la realización de un único acto, pero, de producirse la repetición, concurrirá el mismo tipo penal, aunque el inicio del cómputo de la prescripción se pospondrá al momento en que se ponga fin a la conducta. En tal caso, la repetición habrá de ser tenida en cuenta por el juez a la hora de concretar la pena. El segundo, por el contrario, requiere de la realización de un cierto número de acciones –denominada “serie mínima”- para alcanzar la consumación. Los actos ejecutados por el sujeto activo tras la “serie mínima” pasarán a integrar la conducta habitual, posponiendo el *dies a quo* del plazo prescriptivo. De ello se deriva que en el delito necesariamente habitual sea posible reconocer dos fases: una necesaria, correspondiente a la “serie mínima” y otra post-consumativa, con carácter eventual. Los problemas de inseguridad jurídica surgen, a este respecto, en relación con el número de acciones necesarias para satisfacer la “serie mínima”, siendo este un elemento enteramente confiado a la valoración judicial, lo que, a mi juicio, podría paliarse con la exigencia de un resultado típico, cuya efectiva producción fuera necesario constatar. En el caso del delito eventualmente habitual solo es posible hablar de fase eventual, posterior a la consumación, si se produce la reiteración de acciones.

XI

El delito permanente se define tradicionalmente, tanto por la Doctrina italiana como por la española, por oposición al delito instantáneo, como aquel en el que se crea una “situación” o “estado antijurídico”, que se mantiene por voluntad del sujeto activo. Ello exige, en primer término, determinar la naturaleza de esta fase durante la cual el delito se prolonga,

denominada por los autores italianos “fase de permanencia” o, simplemente, “permanencia”. Es posible distinguir, sobre el particular, tanto en la literatura italiana como en la española, dos posturas distintas:

- a) Un sector doctrinal considera que el mantenimiento del estado antijurídico durante un periodo mínimo es requisito imprescindible para la consumación del delito permanente. A partir de este criterio se distingue entre el delito necesariamente permanente y el delito eventualmente permanente. El delito necesariamente permanente – considerado por los partidarios de esta tesis como genuino delito permanente- exige el transcurso de ese lapso temporal mínimo para su consumación. Trascurrido este *minimum*, es aún posible el mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del sujeto activo, dando lugar a una fase ulterior a la consumación con relevancia penal. Por tanto, en este caso la permanencia presenta –o puede presentar-, como sucede en el delito necesariamente habitual, dos diferenciados: el *minimum*, con carácter necesario, y el post-consumativo, con carácter eventual.

El delito eventualmente permanente, por su parte, sería aquel que, sin exigir un *mínimum* temporal para alcanzar la consumación, permite la prolongación del ilícito más allá de aquella sin romper la unidad delictiva.

- b) Otra postura, a la que me adscribo, sostiene que la permanencia no es un elemento constitutivo del delito, sino una fase sucesiva al momento consumativo. En consecuencia, para esta tesis, la cuestión de si la consumación de determinados tipos de la Parte Especial – tradicionalmente considerados delitos permanentes- requiere de un lapso temporal mínimo es ajena a la permanencia y atañe al proceso ejecutivo del delito, previo, por tanto, a la consumación. Por tanto,

un delito será permanente cuando permita la prolongación del ilícito tras el momento consumativo sin romper la unidad delictiva, por lo que la fase de permanencia es siempre de carácter eventual.

En cualquier caso, la posibilidad de prolongar el delito más allá de la consumación constituye, como ya he señalado, una excepción a la disciplina general del delito instantáneo, por lo que es preciso determinar cuál es el fundamento de la relevancia jurídico penal de la fase de permanencia. En la Doctrina italiana esta cuestión ha dado lugar a un interminable debate que se prolonga desde hace varias décadas. Con razón afirmaba PECORARO-ALBANI que “la doctrina del delito permanente es tormentosa, oscura e incierta”. Sobre el particular se han formulado diversas teorías, si bien se ha impuesto como mayoritaria la que encuentra la relevancia penal de la permanencia en la prolongación de la ofensa al bien jurídico protegido por voluntad del sujeto activo. Esta polémica no se ha planteado entre los autores españoles, que han asumido, sin ulteriores disquisiciones, esta concepción del delito permanente.

En mi opinión, de las tesis enunciadas por la Doctrina italiana, solo aquella que concibe la permanencia como la prolongación del hecho típico en todos sus elementos es capaz de satisfacer las exigencias derivadas del Principio de Legalidad, pues, para sus partidarios, también tras la consumación, el único criterio válido para discernir aquello que tiene relevancia penal ha de ser el de la tipicidad. La permanencia, por tanto, es penalmente relevante porque es típica, de lo que se deriva la necesidad de que, durante esta fase, el delito persista idéntico y sin solución de continuidad.

La comprobación que el delito permanente puede prolongarse más allá de la consumación ha llevado a la Doctrina italiana y, en este punto, también a la española, a plantearse la cuestión de si, durante esta fase, el delito “se sigue consumando ininterrumpidamente”, generando lo que se ha denominado un “estado consumativo”, o si, por el contrario, su consumación es instantánea. A mi juicio, la consumación delictiva solo puede referirse, por definición, a un momento concreto –el de la plena realización del tipo-. No obstante, considero que esta polémica se basa más en una cuestión de impropiedad terminológica que en un problema con trascendencia práctica, pues lo relevante es, en definitiva, el reconocimiento –unánime en las Doctrinas italiana y española- de las consecuencias que de la existencia de una fase post-consumativa se derivan en relación con numerosos institutos penales: sucesión de leyes, prescripción, legítima defensa, inimputabilidad sobrevinida y concurrencia delictiva.

XII

Según la tesis que distingue entre el delito eventual y necesariamente permanente, este último comparte con el necesariamente habitual la distinción en su desarrollo de dos fases diferenciadas: la necesaria –correspondiente al *minimum*, en el caso del delito necesariamente permanente, y a la ejecución de la “serie mínima”, en el caso del necesariamente habitual-, y la post-consumativa, de carácter eventual. Pero, partiendo de la concepción del delito permanente aquí defendida, que considera que la fase de permanencia es, en todo caso, sucesiva a la consumación y, por tanto, siempre eventual, la única característica común al delito permanente y al habitual es la posibilidad de que el ilícito se prolongue más allá del momento consumativo eludiendo las reglas del concurso y las de la continuidad delictiva. No obstante, la estructura de la fase post-consumativa es distinta en ambas figuras delictivas. En el caso del

delito permanente resulta imprescindible no solo que todos sus elementos constitutivos sean susceptibles de prolongación, sino que, además, esta debe ser ininterrumpida, mientras que, en el caso del delito habitual, la necesaria reiteración de los actos provoca la discontinuidad del hecho típico.

A partir de estas premisas, la distinción entre el delito permanente y el delito habitual residirá en su propia *estructura típica*, lo que convierte a ambas categorías en excluyentes. En mi opinión, la conclusión no sería la misma si se concibiera –como hace la Doctrina italiana mayoritaria y unánime en España- la permanencia como prolongación de la ofensa al bien jurídico, pues la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido no es un elemento estructural del delito, sino el fundamento, junto con el desvalor de acción, del juicio de desvalor del hecho típico, por lo que dicha característica no incumbirá a la estructura típica del delito permanente.

XIII

En la Doctrina española no ha existido un debate en torno a la naturaleza jurídica del delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, lo que, sin duda, obedece, a mi modo de ver, a la inexistencia en nuestra Dogmática penal de la categoría de los “delitos de duración” y, como consecuencia, de estudios pormenorizados que pongan de manifiesto las similitudes y las diferencias existentes entre el delito permanente y el delito habitual. Es frecuente asumir, sin ulteriores disquisiciones, que el tipo penal objeto de estudio es un delito habitual, por la exigencia de habitualidad como requisito de la conducta típica, lo que podría resultar una conclusión excesivamente precipitada y simplista.

Un sector minoritario de nuestra Doctrina, concibiendo delito permanente como mantenimiento de la ofensa al bien jurídico protegido,

considera que el delito del art. 173.2 CP es de naturaleza permanente. Entienden, en consecuencia, que en el delito de malos tratos habituales se crea un “estado antijurídico” –del mismo modo que, por ejemplo, en el delito de detenciones ilegales-, lo que permite admitir la legítima defensa del sujeto pasivo durante todo el periodo en el cual dicho estado se prolongue –por ser la agresión ilegítima incesante-, aunque en el momento en que esta se ejercite no esté teniendo lugar ningún acto concreto de violencia. De este modo, el problema se traslada al segundo requisito de la eximente: la necesidad racional del medio.

Otros autores han catalogado, expresamente, al delito objeto de estudio como delito habitual, aunque no existe acuerdo acerca de si se trata de un delito habitual propio impropio. Sin embargo, es preciso advertir que las definiciones de estas subcategorías del delito habitual que maneja este sector doctrinal no se corresponden exactamente con las elaboradas por la Doctrina italiana. Algunos de estos autores, partiendo de la concepción del delito permanente como la creación y mantenimiento de una situación antijurídica, han destacado que la catalogación del delito del art. 173.2 CP como delito habitual impide su consideración como delito permanente.

En mi opinión, es cierto, según señalan quienes sostienen que el delito de malos tratos es un delito permanente, que la ofensa al bien jurídico protegido –integridad moral- no puede entenderse contraída a los concretos actos de violencia ejecutados, sino que se prolonga más allá de estos y se mantiene constante en tanto el sujeto activo no abandone la conducta. Es más, entiendo que la lesión al bien jurídico deriva, precisamente, de la situación creada por el conjunto de las acciones. Por tanto, si la permanencia se concibiera como mantenimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sería correcto, a mi juicio, catalogar al delito de malos tratos de permanente. Sin embargo, la noción de permanencia defendida en esta

investigación, como prolongación ininterrumpida del hecho típico en todos sus elementos impide llegar a esta conclusión, pues la repetición de actos que exige la conducta típica del art. 173.2 CP implica una discontinuidad del hecho típico, por lo que el delito objeto de estudio habrá de considerarse habitual.

Puesto que en esta investigación la distinción entre el delito permanente y el delito habitual se ha establecido en atención a su propia estructura típica, ambas categorías delictivas serán excluyentes. Sin embargo, a mi modo de ver, la conclusión no sería la misma si la permanencia se concibiera como el mantenimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pues, de adoptarse esta postura no existiría, en mi opinión, ningún obstáculo para que un delito –en este caso el contenido en el art. 173.2 CP- pudiera ser habitual, por presentar una particular estructura típica que exige la reiteración de actos para su consumación, y, a su vez, permanente, por la posibilidad de prolongar la ofensa al bien jurídico por voluntad del sujeto activo después de aquella.

XIV

Atendiendo a la clasificación tradicional elaborada por la Doctrina italiana, el delito de malos tratos del art. 173.2 CP es necesariamente habitual, pues la consumación delictiva requiere la realización de una pluralidad de actos. Más concretamente, de forma coherente con las conclusiones alcanzadas en esta investigación en relación con la conducta típica, habrá que concluir que se trata de un delito habitual propio, por las siguientes razones:

- Primera, porque, según sostengo, la conducta típica podrá integrarse tanto por actos que, por sí mismos, sean constitutivos de otros delitos diversos, como por actos que, aisladamente considerados, sean

atípicos, siendo lo penalmente relevante, a estos efectos, el significado que las acciones adquieren en su conjunto.

- Segunda, porque aun cuando se exigiera que los diversos actos singulares fueran penalmente relevantes, la configuración del delito del art. 173.2 CP en nuestro Texto Punitivo impediría considerarlo un delito habitual impropio, pues, para la existencia de un delito de esta naturaleza, es preciso que los delitos singulares que integren la conducta típica lesionen el mismo bien jurídico que el delito habitual impropio que tipifique la reiteración, previendo este último, obviamente, una respuesta punitiva más severa, por suponer una lesión más grave. Por este motivo, el delito habitual impropio absorbe los diversos delitos de los que se compone, lo que no sucede en el caso del delito del art. 173.2 CP.

En consecuencia, en atención a las conclusiones alcanzadas en esta investigación, el delito contenido en el art. 173.2 CP es un delito necesariamente habitual propio, por lo que el ejercicio de una legítima defensa por parte de la víctima estaría supeditada a la actualidad de los distintos actos singulares de violencia física o psíquica.

CONCLUSIONI FINALI

I

Il fenomeno dei maltrattamenti realizzati nell'ambito familiare o domestico è stato tradizionalmente considerato –tanto da parte della società che ad opera del magistero penale– alla stregua di un assunto privato, e tale attitudine ha trovato pertanto riscontro nel tardivo intervento del nostro Legislatore nel settore *de quo*, il quale è invero avvenuto non prima del 1989. Tale ritardo risulta ancora più clamoroso ove venga comparato con l'evoluzione legislativa che invece ha vissuto negli ultimi due secoli l'ordinamento italiano, atteso che già i Codici penali sardi del 1839 e del 1859 avevano incriminato il delitto di “maltrattamenti tra i coniugi”. Se peraltro non sussiste dubbio alcuno che le fattispecie inserite nei codici sardi svolgessero una funzione meramente simbolica, già nel 1889 il Codice Zanardelli introdusse un delitto di maltrattamenti molto somigliante alla nostra attuale fattispecie di cui all'art. 173.2, circostanza che giustifica la scelta dell'ordinamento penale italiano quale oggetto degli approfondimenti comparatistici testé svolti.

II

La Legge Organica 3/1989 del 21 giugno 1989 *di attualizzazione del Codice penale*, che ha incorporato l'art. 425 al TRCP -*Testo Consolidato del Codice penale*-del 1973, è stata sin dalla sua entrata in vigore oggetto di vibranti critiche ad opera di un importante settore accademico, il quale contestava la non necessità dell'intervento penale, considerando all'uopo i delitti e le contravvenzioni già esistenti nel Testo Punitivo –aggravati dall'applicazione della circostanza aggravante del rapporto di parentela–,

sufficienti al fine della repressione delle condotte tipizzate nella summenzionata fattispecie. L'art. 425, nell'ambito dei delitti di lesioni, sanzionava penalmente l'esercizio di violenza fisica abituale ai danni di determinati soggetti legati all'aggressore da determinate relazioni, ed esclusivamente ove fosse integrato il requisito della convivenza tra vittima ed autore. A partire da allora, ed in soli ventisei anni di vigenza, tale delitto è stato modificato da ben quattro riforme, al contrario di quanto verificatosi per il reato contemplato dall'art. 572 CPI, la cui formulazione del Codice Rocco del 1930 è rimasta immutata fino alle recenti leggi di riforma del 2012 e del 2013. Ciò che invece, con tutta evidenza, ha accomunato le incriminazioni italiana e spagnola è stata la modifica della collocazione sistematica. Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, il delitto di maltrattamenti è stato spostato dal titolo dedicato ai delitti di lesioni a quello contenente i delitti contro la libertà morale -“*integridad moral*” nel lessico giuridico spagnolo-. Il reato italiano, da parte sua, già collocato dai Codici sardi nell'ambito dei delitti contro la famiglia, è stato invece inserito dal Codice Zanardelli del 1889 nel titolo concernente i delitti di lesioni ma poi, successivamente, con il Codice Rocco del 1930, è stato ubicato di nuovo tra i delitti contro l'assistenza familiare. Tali spostamenti hanno tutti contribuito -tanto nella letteratura spagnola che in quella italiana- a depotenziare il dibattito relativo al bene giuridico tutelato dalle rispettive fattispecie penali succitate.

In Spagna è possibile enucleare tre principali orientamenti con riferimento alla questione del bene giuridico tutelato da parte del delitto *ex* art. 173.2 CP:

- a) Una tesi minoritaria nella Dottrina penalistica, ma accolta dalla Giurisprudenza del Tribunale Supremo, asserisce che l'oggetto di tutela sia la pace e la convivenza familiare. Ad ogni modo,

tralasciando il fatto che tale impostazione si ponga in serio contrasto con il principio di *extrema ratio* dell'intervento penalistico, è indubbio che –specialmente a seguito della riforma di cui alla Legge Organica 11/2003 del 29 settembre 2003– la cerchia dei possibili soggetti passivi del delitto si espanda ben oltre il ristretto ambito familiare.

- b) Un altro raggruppamento di esponenti accademici caldeggia, di converso, l'orientamento in base al quale sarebbero l'integrità fisica e la salute fisica e psichica i beni giuridici salvaguardati. Tale opinione, che aveva ricevuto un solido accreditamento dalla previa collocazione sistematica del delitto di maltrattamenti tra i delitti di lesioni, e dalla prima formulazione della fattispecie penale -che sanzionava solo l'esercizio di violenza fisica contro determinati soggetti-, ha però poi dovuto fronteggiare un insormontabile ostacolo a seguito dell'entrata in vigore del Codice penale del 1995, posto che –a patire da allora– la previsione incriminatrice è stata ampliata con una clausola di concorso che impone l'applicazione separata dei distinti delitti la cui tipicità venga integrata dalle concrete condotte violente realizzate. Alla luce di ciò il disvalore relativo alla lesione dell'integrità e della salute viene assorbito, con l'attuale normativa penale, dall'irrogazione di una pena per i corrispondenti delitti di lesioni, il che evidenzia come il delitto in esame sia finalizzato a tutelare un differente bene giuridico. Tale impedimento non potrebbe essere superato, del resto, neanche accogliendo la tesi –propugnata all'uopo da tali autori– che la norma incriminatrice in commento configuri un reato di pericolo astratto, visto che in tale ipotesi l'applicazione dei delitti di evento alle condotte cagionanti gli eventi ulteriori dovrebbe, a rigor di logica, implicare l'assorbimento del delitto di maltrattamenti abituali.

- c) Attualmente, la corrente di pensiero maggioritario è quella che ritiene -in ossequio alla collocazione sistematica della fattispecie tra i delitti contro la libertà morale risultata dalla riforma del 2003 - che l'art. 173.2 CP incrimini un delitto contro la libertà morale. In ogni caso, le diverse definizioni di "libertà morale" che sono state elaborate in dottrina non risultano, ad avviso della scrivente, soddisfacenti nell'ottica di configurare il contenuto di un bene giuridico degno di tutela penale, circostanza dalla quale discende la necessità di ridefinire il concetto *de quo*.

Un simile panorama ermeneutico caratterizza altresì gli esponenti dottrinali italiani che si sono impegnati nello studio delle questioni inerenti al bene giuridico tutelato dall'art. 572 CPi. Di tal guisa, è possibile anche in tale contesto accademico enucleare tre orientamenti contrapposti:

- a) Un settore, attualmente minoritario, di studiosi di diritto penale assume che il bene giuridico salvaguardato sia la famiglia, inteso alla stregua di un ente che -pur privo di personalità giuridica- sia portatore di interessi distinti rispetto a quelli personali di ciascuno dei suoi membri, e che pertanto sia ragionevolmente meritoria di una tutela penale autonoma. Ad ogni modo, è indubbio che tale impostazione sia oggetto di critiche da parte della maggioranza, e altresì che la collocazione dell'art. 572 CPi tra i delitti contro l'assistenza familiare sia generalmente considerata come un frutto della temperie politico-sociale dell'epoca storica di entrata in vigore del Codice Rocco. In aggiunta, si tenga presente che la norma incriminatrice *ex art. 572 CPi*, analogamente a quella di cui al nostro art. 173.2 CP, include nella sua sfera di tutela condotte di maltrattamento perpetrate ben al di fuori dell'ambito familiare propriamente inteso.

- b) Anche all'interno della comunità scientifica penalistica italiana taluni esponenti sostengono che il delitto di maltrattamenti protegga il medesimo bene giuridico già tutelato dai delitti di lesioni. In ogni caso tale opinione, che era predominante durante la vigenza del Codice Zanardelli -certamente in ragione del fatto che il reato era sistematicamente inserito tra i delitti di lesioni- è attualmente caldeggiata solo da una ristretta minoranza di autori. Pur non rintracciandosi nel testo dell'art. 572 CPi -a differenza dell'omologa norma spagnola di cui all'art. 173.2 CP- alcuna clausola di concorso espressa, il secondo comma della fattispecie *de quo* spazza via ogni dubbio sull'inesattezza della tesi in base alla quale ciò che si miri a tutelare sia l'integrità fisica e la salute. Il secondo comma dell'art. 572, difatti, contempla una risposta sanzionatoria nettamente più severa per le ipotesi in cui dal fatto -vale a dire dai maltrattamenti- derivi una lesione personale grave, una lesione personale gravissima, oppure la morte della vittima, qualora tali eventi non siano stati voluti da parte del soggetto attivo. Di tal guisa, tralasciando la dibattuta questione della natura giuridica della norma appena menzionata, si evince in modo cristallino come il delitto di maltrattamenti tipizzato nel primo comma non sia deputato a tutelare il medesimo bene giuridico delle fattispecie incriminatrici di lesioni. Da tale previsione normativa la Dottrina e la Diurisprudenza traggono la conseguenza che, qualora le lesioni gravi o gravissime o la morte siano dolose, le stesse debbano entrare in concorso con il delitto di maltrattamenti.
- c) La Dottrina maggioritaria rinvia il bene giuridico salvaguardato in un qualche valore inerente alla dignità umana o alla personalità del soggetto passivo - concetti molti simili alla

libertà morale secondo la denominazione del codice spagnolo) –, però non esiste una definizione accettata unanimemente dello stesso, e neanche del suo contenuto. Ciò che invece costituisce un caposaldo pacificamente accettato dagli autori aderenti al presente orientamento –al pari di quanto succede in Spagna tra coloro che sostengono come il bene giuridico tutelato dal nostro art. 173.2 CP sia la libertà morale– è la caratterizzazione con le note della “umiliazione” e “vessazione” delle condotte offensive del bene giuridico.

Quanto esposto pone in rilievo, con tutta evidenza, i parallelismi tra le diverse posizioni esistenti nell'ambito della comunità penalistica spagnola e di quella italiana in materia di bene giuridico salvaguardato, rispettivamente, dalle norme incriminatrici *ex* art. 173.2 CP e di cui all'art. 572 CPi, potendo affermarsi che in entrambi gli Ordinamenti sia maggioritaria la tesi la quale sostiene: a) che il delitto di maltrattamenti miri a tutelare un bene giuridico di natura personalissima, però non coincidente con l'integrità fisica e la salute -fisica e/o psichica-; b) che il suddetto bene giuridico risulti leso in conseguenza della reiterazione di condotte violente, conferendosi in tal modo alla figura criminosa in commento un profilo di antigiuridicità proprio e differenziato da quello che potrebbe scaturire dai singoli atti integranti la condotta tipica, circostanza legittimante la sua incriminazione quale delitto autonomo; c) che il bene giuridico salvaguardato sia connesso alla dignità umana, intesa nel senso di baluardo valoriale posto a tutela del libero sviluppo della personalità.

III

Il bene giuridico tutelato dalla figura criminosa di cui all'art. 173.2 CP è, secondo la mia opinione, la libertà morale. Ciò nonostante, come ho già

evidenziato, il concetto di libertà morale come bene giuridico meritevole di tutela penale va senz'altro sottoposto ad una incisiva revisione dogmatica. A mio modo di vedere, la Morale individuale può definirsi come il sistema normativo del quale si munisce l'individuo per regolare i comportamenti della sua vita in riferimento al sistema di valori che abbia assunto come proprio. Il Diritto -e nello specifico quello penale- è legittimato a intervenire solo nell'ambito degli atti dell'agente che presentino una ricaduta esterna e che siano caratterizzati, pertanto, da una "trascendenza sociale". In ogni caso, però, pur con riferimento a tali comportamenti il magistero penale potrà intervenire solo in relazione a quelli che offendano o pongano in pericolo valori essenziali -tali in quanto, secondo la posizione sostenuta in questa dissertazione, connotati come costituzionalmente rilevanti- per la convivenza umana. Nei rimanenti ambiti -quello interno e quello degli atti esterni che non compromettano nessun bene giuridico tutelato- l'individuo potrà dirigere i propri comportamenti secondo le "sue" proprie norme morali. Il riconoscimento di questa "capacità autonormativa" si può rinvenire nell'art. 15 CE -*Constitución Española*-, che sancisce il diritto alla libertà morale -"*integridad moral*". Di siffatta maniera, intendo sostenere che la tutela penale della libertà morale è rivolta a garantire che tale sistema autonormativo non venga intaccato dalla realizzazione di alterazioni antiggiuridiche. Ed è proprio tale "invasione morale" ciò che, in definitiva, risulta proibito dalla fattispecie incriminatrice prevista e punita dall'art. 173.2 CP: la sottomissione, attraverso la violenza, ad un sistema normativo "alieno" -in quanto determinato da un soggetto diverso-.

IV

La norma incriminatrice di cui all'art. 173.2 CP configura un delitto proprio, posto che può essere commesso unicamente da persone che siano

collegate al soggetto passivo da una delle relazioni tipizzate dalla fattispecie. Tali legami eccedono la cerchia strettamente familiare, per cui occorre rinvenire le ragioni sottostanti all'intervento penale al di là della protezione di detto ambito, e cioè nella situazione di speciale vulnerabilità nella quale in conseguenza di esse -per motivazioni di diversa indole- pervenga a trovarsi, di fatto, il soggetto passivo, venendo ad essere limitata o esclusa la capacità di "auto-protezione" del medesimo. Siffatto è, pertanto, il criterio che a mio modo di vedere deve orientare l'interpretazione delle questioni inerenti l'ambito dei soggetti del delitto. In coerenza con queste premesse, ritengo che sia possibile suddividere le distinte categorie tipizzate di soggetti passivi nel modo seguente:

a) La categoria di soggetti per i quali non è richiesta la convivenza con l'aggressore sono:

a. Ovviamente, l'ex coniuge, e altresì coloro che siano legati al soggetto attivo da una relazione affettiva analoga a quella coniugale, per espressa menzione legislativa. Tale scelta risponde alla necessità di approntare un'adeguata tutela penale altresì a situazioni che, di fatto, delineano una identica condizione di vulnerabilità nei confronti dei maltrattamenti rispetto a quella che potrebbe scaturire da una relazione formalmente matrimoniale. In aggiunta, per quanto concerne gli ex partner, l'inclusione degli stessi ha tenuto conto di un evidente dato di fatto: che il troncamento della relazione con l'aggressore determina, nella maggior parte dei casi, l'intensificazione degli episodi di violenza

Con riferimento al coniuge, la fattispecie non precisa se il requisito della convivenza sia necessario o meno, dando per

scontato che i componenti dell'unione matrimoniale convivano. Ciò nonostante, in totale consonanza con quella che ho propugnato come *ratio* dell'intervento penale nel contesto di tali relazioni, ritengo che se per una qualsiasi ragione la convivenza tra i coniugi venga meno -ad esempio ove uno di loro si trovi a dover svolgere un'attività lavorativa all'estera- tale circostanza non dovrebbe certo ostare all'applicazione della previsione incriminatrice in commento ove la violenza fosse perpetrata in quei periodi nei quali i due convivano, sempre a patto che si possa ravvisare il carattere abituale delle condotte di maltrattamento.

- b. I discendenti, ascendenti o fratelli, di sangue o altresì per adozione o affinità, siano essi propri o del coniuge o del convivente. Per quanto il legislatore non si esprima al riguardo, e un rilevante settore della Dottrina scientifica ritenga esigibile il requisito della convivenza in relazione alla categoria in commento, considero congruo ravvisare la non necessità della convivenza, sulla base, fondamentalmente, di due distinte considerazioni: innanzitutto perché l'esistenza di un legame parentale come quelli descritti è sufficiente di per sé sola -a prescindere da ulteriori requisiti- a sostanziare una condizione di soggezione tale da determinare un eventuale menomazione della capacità di autotutela; e in aggiunta per la contundente ragione che la norma incriminatrice *de quo* già menziona espressamente una categoria di soggetti legati all'agente da diverse tipologie di relazione implicanti la convivenza con quest'ultimo, per cui sarebbe ultroneo considerare necessaria la convivenza ove invece -come nell'ipotesi in esame- la stessa non sia menzionata.

- c. I soggetti che si trovino sottoposti alla potestà, tutela, curatela, accoglienza o affidamento di fatto del coniuge o convivente - dell'autore-. Al riguardo è ineludibile rilevare come con la riforma del 2003 siano stati espunti da questa cerchia di soggetti passivi coloro che fossero sottoposti alla potestà, tutela, curatela, affidamento o custodia del medesimo soggetto attivo, essendo stata eliminata la locuzione "dell'uno o dell'altro" contemplata dalla precedente formulazione della fattispecie. Il controsenso risulta così evidente da doversi senz'altro attribuire ad una svista del legislatore, dovendosi pertanto auspicare che quest'ultimo rimedi al più presto, inserendo nuovamente, tra i soggetti passivi, l'appena menzionato gruppo di persone.

La Dottrina maggioritaria critica la mancata previsione espressa del requisito della convivenza con l'autore, e ritiene che il suddetto debba introdursi in via esegetica quale ulteriore presupposto applicativo del delitto. Chi scrive, al contrario, ritiene incongruo esigere la convivenza, per le seguenti ragioni: in prima battuta, perché altrimenti la previsione espressa di questo gruppo di soggetti sarebbe ridondante, essendo già ogni minore o persona incapace convivente col soggetto attivo incluso -sempre nella medesima norma incriminatrice- in un'altra categoria di soggetti passivi per i quali è richiesta la convivenza; ed in secondo luogo poiché, nell'evenienza in cui si disponga l'affidamento ad un soggetto di una persona che difetti della capacità di tutelarsi e badare a sé stesso autonomamente, ciò basterebbe di per sé a configurare una relazione di soggezione ed una marcata decurtazione della capacità del soggetto

passivo di reagire ad eventuali condotte di maltrattamento dell'agente.

d. Le persone che in ragione di uno stato di particolare vulnerabilità siano sottoposte alla custodia di o comunque affidate a centri pubblici o privati. In tale caso, è lo stesso Legislatore ad aver reso manifesto che il soggetto passivo versi in una situazione di speciale vulnerabilità, la quale coincide con la condizione che determina la sua sottoposizione a custodia o affidamento in centri pubblici o privati: di tal guisa, la menomazione della capacità di autotutela in capo al soggetto passivo risulta oltremodo chiara.

b) Le categorie di soggetti per i quali è invece richiesta la convivenza con l'aggressore sono:

a. I minori o le persone con incapacità tale da richiedere una speciale protezione che con questi convivano. Il Legislatore non richiede che tra queste persone ed il soggetto attivo del delitto sussista una relazione familiare o tutelare, essendo la causa della speciale vulnerabilità di tali soggetti all'inflizione di maltrattamenti proprio la loro condizione di minori o persone con incapacità tali da necessitare di assistenza o ausilio per l'esercizio della propria capacità giuridica e per l'adozione di decisioni inerenti alla propria persona, ai propri diritti o ai propri interessi. Ciò a causa dell'essere affetti da deficienze intellettuali o mentali di carattere permanente - art. 25 CP -, e, a sua volta, dell'esistenza di una relazione di convivenza con l'aggressore la quale offra a quest'ultimo

l'opportunità di commettere le condotte di maltrattamento tipizzate dalla figura criminosa *de quo*.

- b. Le persone legate da qualunque altra relazione in conseguenza della quale facciano parte del nucleo di convivenza familiare dell'autore. Al riguardo condivido la posizione della Dottrina maggioritaria, la quale si mostra sostenitrice di un'esegesi restrittiva di tale categoria, richiedendo -pur in assenza di una previsione normativa al riguardo- la presenza di una qualche specifica condizione sulla quale fondare la relazione di supremazia-soggezione, non apparendo congruo ravvisare quest'ultima ogni qualvolta si constati il mero dato -puramente oggettivo- della convivenza. Esempi, all'uopo, potrebbero rinvenirsi nelle ipotesi di parenti non menzionati negli incisi anteriori, o di personale di servizio domestico, i quali coabitino con il soggetto attivo.

Il delitto di "maltrattamenti contro familiari e conviventi" previsto e punito nell'ordinamento italiano dall'art. 572 CPi è anch'esso, in quanto tipizzante solo i maltrattamenti perpetrati in presenza di determinate relazioni, reato proprio. Fino all'entrata in vigore della Legge n. 172, del 1 ottobre 2012, la menzionata fattispecie criminosa contemplava altresì un reato comune: i maltrattamenti commessi ai danni di soggetti di età inferiore ad anni quattordici, atteso che, nel caso in questione, la condotta poteva essere realizzata da qualsiasi persona, indifferentemente dalla sussistenza di un determinato legame con il minore. Ad ogni modo, al momento attuale la condizione anagrafica -ove si traduca nella minore età- del soggetto passivo è passata ad essere, unicamente, un presupposto per

l'applicazione di una circostanza aggravante, e il novero dei possibili soggetti passivi del delitto è stato circoscritto a:

a) Qualunque persona della famiglia del soggetto attivo, o che con questi conviva;

b) Ogni persona soggetta all'autorità dell'agente, o ad egli affidata per esigenze di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte.

Come può agevolmente denotarsi, il Legislatore italiano non è stato così esaustivo come il suo omologo spagnolo al momento di enunciare le distinte relazioni familiari o *quasi-familiari* al cui interno possono essere perpetrate le condotte delittuose, ragion per cui sono emersi, all'uopo, rilevanti profili di criticità in riferimento all'esegesi del termine "famiglia". In ogni caso, è da constatare come –soprattutto negli ultimi anni– si sia fatta strada, sia in letteratura che, in modo molto più significativo e socialmente rilevante, in Giurisprudenza una concezione di famiglia come condizione di fatto e non come istituto normativo / giuridico, includendosi in essa le ipotesi di convivenza *more uxorio*, le relazioni sentimentali senza convivenza e i casi di separazione consensuale o giudiziale. Si è peraltro sostenuto, a tal proposito, che rilevi non tanto il carattere formale delle relazioni sussistenti tra i soggetti attivo e passivo del delitto, quanto piuttosto la situazione di soggezione o di sottomissione nella quale i suddetti rapporti collochino la persona offesa. Alla luce di tutto ciò, la fattispecie delittuosa di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" ex art. 572 CPi sarebbe connotata dalla medesima *ratio* che –a mio modo di vedere– è posta altresì a fondamento della figura criminosa contemplata dall'art. 173.2 CP.

In tale ottica può essere inquadrato pure l'inserimento, nel novero dei soggetti passivi, delle persone che siano sottoposte all'autorità dell'autore o siano a lui affidate per ragioni inerenti alla loro educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. A tali effetti, la Dottrina penalistica maggioritaria e la Giurisprudenza sono dell'avviso che non sia necessaria l'esistenza di una relazione giuridicamente riconosciuta tra le parti, potendo al contrario ritenersi sufficiente che si sia instaurata anche solo una mera relazione di fatto. Di tal guisa, così come avviene per la fattispecie spagnola, le relazioni rilevanti ai fini della previsione incriminatrice italiana travalicano l'ambito di quelle strettamente familiari, ampliando la sfera di tutela penale a favore di determinati soggetti che versino in un contesto di "supremazia - soggezione" che determini, in modo analogo ai vincoli familiari, una situazione di speciale vulnerabilità nei confronti dei maltrattamenti.

V

La condotta tipizzata dalla norma incriminatrice di cui all'art. 173.2 CP è costituita dalla perpetrazione, in modo abituale, di atti di violenza fisica o psichica. In virtù di ciò emergono nodi problematici sia in relazione all'interpretazione dei concetti di violenza fisica e - fondamentalmente - psichica, sia, altresì, in riferimento all'esegesi della nozione di abitudine. *In limine litis*, è innanzitutto da precisare come non sia possibile far coincidere le nozioni di violenza fisica e psichica con quelle di lesioni fisiche e psichiche, posto che, ove queste ultime si verificano, la clausola di concorso imporrebbe, all'uopo, l'applicazione dei corrispondenti delitti in aggiunta, ovviamente, a quello di maltrattamenti abituali. Di tal guisa, è chiaro come quest'ultima fattispecie non racchiuda in sé il disvalore delle conseguenze lesive passibili di scaturire dalla perpetrazione degli atti violenti, e dunque ritengo che ciò che rilevi, agli effetti della previsione incriminatrice *de quo*,

siano i profili di offensività della libertà morale, i quali, a mio giudizio, andrebbero riscontrati nella sofferenze di carattere fisico e/o psichico inflitte – dalle diverse condotte di natura violenta – al soggetto passivo e la cui causazione abituale integrerà lo strumento utilizzato per impedirne la libera estrinsecazione della capacità autonormativa della vittima, e quindi della libertà morale di quest'ultima.

Mentre a proposito delle condotte suscettibili di cagionare patimenti fisici non esistono dubbi in letteratura, è al contrario fonte di ampie controversie la questione concernente i criteri da accogliere per determinare il novero degli atti capaci di generare sofferenze psichiche. A mio avviso sarebbe necessario, piuttosto che avvalersi di larghe esemplificazioni, enucleare il connotato o i connotati che debbano contrassegnare una condotta affinché quest'ultima possa provocare un patimento di carattere psichico. In tale ottica, a mio modo di vedere, sono due le tipologie di atti suscettibili di causare siffatte sofferenze: quelli umilianti e quelli intimidatori.

La condotta intimidatoria sarà quella passibile di ingenerare nella vittima una sensazione di paura, angoscia o agitazione a fronte della imminente verifica di un danno reale o immaginario; è però necessario tenere in considerazione come taluni atti assumano una valenza intimidatoria in funzione delle concrete circostanze, per cui ci si dovrà focalizzare sul significato che il comportamento assuma nella situazione di fatto esistente e per le persone implicate. I concetti di violenza psichica e di intimidazione, tuttavia, non possono considerarsi totalmente equivalenti, atteso che in tale evenienza il legislatore spagnolo avrebbe senza dubbio adoperato il termine intimidazione in seno alla descrizione della condotta tipica, così come ha del resto fatto in numerose altre figure delittuose previste e punite dal nostro Testo Punitivo. In conseguenza di ciò, occorre

elaborare una categoria ermeneutica che includa quegli atti i quali, senza essere -o non dovendo essere- intimidatori, siano al contempo generalmente reputati psichicamente violenti. Nel suddetto gruppo andrebbero all'uopo inglobati gli insulti, gli atti che ridicolizzino o che sminuiscano il soggetto passivo, ecc. È del tutto evidente come le categorie appena menzionate non siano reciprocamente escludenti, posto che un atto intimidatorio provocherà, normalmente, anche sentimenti di umiliazione, che a sua volta un atto umiliante potrà sortire un effetto intimidatorio, e che del resto un atto fisicamente violento comporterà di regola, al di là del patimento di natura fisica, altresì delle sofferenze psichiche come quelle descritte. Ciò che si registra, in verità, è che non tutti i comportamenti cagionanti sofferenze psichiche o emozionali possano collocarsi tra le condotte fisicamente violente o tra gli atti intimidatori, per cui si renderà necessario enucleare un'ultimo gruppo "residuale": quello degli atti umilianti.

La Dottrina penalistica ritiene, in maggioranza, che la condotta tipica di cui alla norma incrimatrice *ex art. 173.2 CP* possa essere integrata unicamente da azioni che, isolatamente considerate, configurino di per sé le condotte costitutive di altri delitti. Ad avviso della scrivente, invece, nel silenzio del Legislatore spagnolo sarà possibile altresì, al fine di ritenere sussistente l'abitudine, attribuire rilevanza ad atti che -singolarmente presi- siano privi di rilevanza penale. In tale contesto, occorre sottolineare come, con riferimento agli atti di violenza fisica, non sia possibile configurare condotte atipiche, posto che finanche le mere percosse integrano il delitto lieve *ex art. 147.3 CP*. Non si può predicare lo stesso, al contrario, per le condotte di violenza psichica, visto che taluni comportamenti si qualificano di tal guisa solo in relazione alla situazione creata ed ai soggetti coinvolti. Tutto ciò accentua ancora maggiormente la

centrale rilevanza che riveste l'elemento dell'abitudine al fine di determinare il significato dei singoli atti violenti posti in essere.

L'esegesi del requisito tipico dell'abitudine della condotta -il tratto maggiormente caratterizzante e "genuino" della fattispecie in commento- è stata contrassegnata da rilevanti criticità sin dall'immediatezza dell'aggiunzione del delitto *de quo* al nostro Testo Tunitivo. Con la riforma del 1999, il Legislatore ha introdotto i criteri ai quali occorre attenersi per ravvisare o meno l'abitudine -numero di atti violenti perpetrati e prossimità temporale tra i medesimi, a prescindere se siano stati esercitati contro la medesima o ai danni di differenti vittime tra quelle menzionate nella fattispecie, e senza che rilevi l'essere state o meno tali condotte oggetto di pronuncia giudiziale-, però non ha specificato il numero di atti necessari per attingere la soglia di consumazione delittuosa. Tradizionalmente, la Giurisprudenza aveva trasposto anche al delitto di maltrattamenti abituali il criterio elaborato a proposito del vetusto reato di ricettazione di cosa proveniente da contravvenzioni, in base al quale si ravvisava l'abitudine in presenza di almeno tre diverse condotte. Ad ogni modo, il Tribunale Supremo ha attualmente abbandonato il parametro puramente quantitativo ed ha riformulato la nozione di abitudine, affermando come rilevi a tale effetto non tanto il numero concreto di condotte, quanto piuttosto la sottomissione della vittima a "una condizione di aggressione permanente". Ed è proprio su questa permanenza che il Supremo, con il plauso di gran parte del mondo accademico penalistico, incardina ancora oggi il fondamento dell'autonoma tipizzazione del reato di maltrattamenti abituali, ed altresì il disvalore proprio e indipendente che caratterizza ogni singolo atto violento. Gli esponenti appartenenti alla suddetta corrente, difatti, evidenziano l'inadeguatezza di criteri aprioristici imperniati sul numero e sulla collocazione temporale degli atti di violenza, rimarcando come, nei casi in cui Legislatore faccia riferimento a tale ultimo parametro,

ciò sia dovuto unicamente all'esigenza di sottolineare come la figura criminosa tipizzata dall'art. 173.2 CP non sanziona comportamenti sporadici o isolati, bensì piuttosto, e segnatamente, l'instaurazione di una condizione spiccatamente violenta.

La condotta tipica del delitto contemplato dall'art. 572 CPi è definita unicamente dal verbo "maltrattare", per cui anche la Dottrina e la giurisprudenza italiane hanno dovuto fronteggiare il problema dell'enucleazione dei comportamenti sussumibili quali "atti di maltrattamento", posta l'elasticità del termine adoperato. Ad ogni modo, è pacifico l'orientamento in virtù del quale tra gli atti di maltrattamento non vadano annoverati solo quelli di carattere fisico, ma altresì tutti quelli suscettibili di provocare sofferenze di natura psichica, il che comporta un allineamento con i dettami – in punto di condotta tipica – dell'art. 173.2 CP, esattamente come si è sostenuto nel corso della presente dissertazione. La norma incriminatrice *ex art. 572 CPi*, inoltre, coincide con quella spagnola anche per quanto concerne la natura di "reato a condotta plurima", intendendosi con ciò che richiede una pluralità di atti ai fini della sua realizzazione, e che gli stessi debbano essere altresì caratterizzati da una "ripetizione abitudinaria", non rilevando all'uopo la mera verifica di azioni sporadiche o totalmente disconnesse l'una dall'altra.

Ad ogni modo, in discrepanza con quanto accade in relazione alla nostra incriminazione di maltrattamenti abituali di cui all'art. 173.2 CP, la Dottrina italiana ritiene quasi unanimemente che la condotta tipica possa essere integrata sia da atti che di per sé configurino condotte tipizzate da altre figure criminose, sia da comportamenti carenti, singolarmente considerati, di rilevanza penale. Atteso che le singole condotte nelle quali si sostanzia il maltrattamento possano altresì integrare i requisiti di altre figure delittuose autonome, e posto che la fattispecie italiana non prevede,

a differenza di quella spagnola, una espressa clausola di concorso, la comunità scientifica penalistica si è posta il problema di determinare quali delitti sia congruo ritenere assorbiti nel disvalore proprio del delitto *de quo*, e quali invece, al contrario, debbano concorrere con quest'ultimo. Sul punto, secondo l'opinione maggioritaria dovrebbe sancirsi l'assorbimento di quei delitti la cui pena sia inferiore a quella dell'art. 572 CPi, dovendo quelli più severamente sanzionati, al contrario, entrare con certezza in concorso.

Da ultimo, meritano una speciale attenzione quelle ipotesi nelle quali le singole condotte di maltrattamento provochino le lesioni o la morte del soggetto passivo, per l'esistenza del secondo comma dell'art. 572, il quale prevede una serie di aggravamenti di pena ove dal fatto derivino lesioni gravi / gravissime oppure la morte del soggetto passivo. Tali eventi non devono essere stati voluti dal soggetto attivo, in quanto ove fossero dolosi il delitto di maltrattamenti concorrerebbe rispettivamente con i delitti di lesioni o omicidio dolosi. Gli esponenti accademici italiani, pertanto, si interrogano sulla natura di questo secondo comma dell'art. 572 CPi, e mentre alcuni giuristi ne predicano la natura di "reato circostanziato", la maggioranza degli autori è invece dell'avviso che ci si trovi di fronte ad un reato autonomo. Nell'ambito poi di tale settore dottrinale, da un lato è dibattuto se il secondo comma dell'art. 572 configuri una ipotesi di reato preterintenzionale oppure di reato aggravato dall'evento, mentre dall'altro si discute su quale debba essere il titolo di imputazione -colpa o mera responsabilità oggettiv - degli eventi ulteriori non voluti dall'agente.

VI

La questione inerente alla struttura tipica della previsione incriminatrice di cui all'art. 173.2 CP è anch'essa tutt'altro che pacifica nella letteratura penalistica spagnola. La Dottrina maggioritaria sostiene che il

delitto di maltrattamenti abituali sia un reato di mera condotta, per quanto in letteratura sia rappresentata altresì in modo significativo l'opposta opinione in virtù della quale si tratterebbe di un reato di evento. Ad ogni modo non vi è concordia, tra questi ultimi autori, su quale specificamente debba essere ritenuto l'evento nella fattispecie analizzata nella presente dissertazione.

A mio avviso, peraltro, non è condivisibile l'opinione per cui l'art. 173.2 CP configuri un reato di evento. La fattispecie, difatti, richiede unicamente la realizzazione della condotta tipica, vale a dire l'esercizio abituale di violenza fisica o psichica, senza tipizzare alcun risultato ulteriore che sia separabile spazio-temporalmente dalla condotta. Ritengo dunque che ecceda quanto prescritto dalla norma penale in questione introdurre in via esegetica, come ha invece proceduto a fare il Tribunale Supremo, un requisito ulteriore dato da una "condizione di aggressione permanente" cagionata dalla condotta tipica, condizione che appunto costituirebbe l'evento del reato. Se peraltro occorre, *de iure condito*, rigettare la tesi giurisprudenziale della necessità di un tale evento in ossequio al principio di legalità, in una prospettiva *de iure condendo* è senz'altro fortemente auspicabile -come già osservato in questa sede- il suo inserimento nel testo della previsione incriminatrice in commento. Ciò in quanto nel reato di maltrattamenti abituali a rilevare non è la mera sommatoria delle condotte violente - criterio meramente quantitativo - , ma piuttosto la situazione creatasi per effetto delle stesse. Ed è invero proprio questa condizione a determinare la lesione del bene giuridico tutelato e a racchiudere in sé il disvalore proprio -e distinto da quello dei singoli atti violenti- della presente figura delittuosa.

L'opportunità di inserire un evento nella fattispecie di cui all'art. 173.2 CP può altresì giustificarsi per le seguenti ragioni: in prima battuta,

poiché in tal modo il ravvisare la consumazione del delitto non dipenderebbe dalla discrezionalità giudiziaria sul numero di condotte necessarie ad integrare l'abitudine, ma bensì occorrerebbe, in aggiunta, la constatazione di una determinata situazione generata dalla condotta; in secondo luogo perché se – come sostengo – le singole condotte possono essere atipiche, allora occorrerà enucleare un criterio che permetta di discernere quando la reiterazione di condotte penalmente irrilevanti configuri un disvalore sufficiente ai fini di integrare la tipicità del reato *ex art. 173.2 CP*. Il suddetto criterio sarà dato proprio dalla gravità della condizione cagionata dall'accumulo di tutte queste condotte, e pertanto sarà tale situazione a dovere all'uopo integrare l'evento del delitto.

In ogni caso, l'espressione “stato di aggressione permanente”, coniata dal Tribunale Supremo e accolta da parte della comunità scientifica, è da rigettare in quanto non adeguata, alla luce della sua eccessiva imprecisione, a definire l'evento tipico di una figura delittuosa. La perpetrazione abituale di atti di violenza fisica e/o psichica, a mio modo di vedere, crea una situazione di intimidazione continua e permanente ai danni del soggetto passivo, tale da impedirgli il libero dispiegare della propria capacità autonormativa. Ciò nonostante, occorre evitare di confondere la valutazione della condizione determinata dall'insieme delle condotte con quella relativa alla situazione creata da ogni singolo atto violento. Le condotte violente invero, come visto, non devono necessariamente avere contenuto intimidatorio, ma sarà invece la reiterazione delle stesse ad originare una “condizione intimidatoria” in virtù della quale la vittima teme costantemente la perpetrazione di nuovi episodi violenti. Per effetto di ciò, ritengo che la fattispecie dovrebbe arricchirsi con la previsione di un evento, il quale dovrebbe coincidere con una *situazione gravemente intimidatoria per la vittima*, originatasi in conseguenza della condotta violenta.

VII

Sia la Dottrina maggioritaria che la Giurisprudenza del Tribunale Supremo escludono la possibilità di sussumere sotto il paradigma dell'art. 173.2 CP i comportamenti omissivi, atteso che a ciò osta la scelta di avvalersi del verbo "esercitare" per tipizzare le condotte violente. In virtù di ciò, le condotte di grave trascuratezza in ordine alle necessità basilari della vittima, come la privazione di alimenti, farmaci, abbigliamento adeguato, ecc., non potranno essere sussunte - ove questa non le ricomprenda in sé - nella condotta tipica della previsione incriminatrice in esame, pur se fossero realizzate al fine di sottoporre il soggetto passivo ad una condizione di maltrattamento come quella descritta nella fattispecie *de quo*. In tali ipotesi, semmai, i comportamenti menzionati potranno dar luogo unicamente all'applicazione dei corrispondenti delitti di abbandono di famiglia -art. 226 CP-. A mio modo di vedere, in considerazione della lettera della legge tale conclusione è senz'altro condivisibile. La stessa, però, rende manifesta la sussistenza di una vistosa ed importante lacuna normativa, posto che tali condotte omissive, in concreto, sono ugualmente idonee a menomare il bene giuridico tutelato.

In un'ottica comparatistica, peraltro, occorre sottolineare come la Dottrina italiana dominante, e la Giurisprudenza, ritengano ammissibile, al contrario, che i maltrattamenti incriminati dalla norma *ex art. 572 CPi* possano essere commessi indifferentemente mediante comportamenti attivi oppure per il tramite di condotte omissive come quelle anteriormente descritte. Alla luce di ciò, prendendo all'uopo spunto dal Legislatore italiano, propongo quindi di definire la condotta tipica del delitto di cui all'art. 173.2 CP mediante l'uso del termine "maltrattare".

Questione distinta è invece quella dell'ammissibilità della omissione impropria. A fronte di tale nodo dogmatico, nella Dottrina penalistica spagnola sono emerse due opinioni distinte che contrappongono coloro che sostengono che il delitto di maltrattamenti abituali sia un reato di evento, e quelli che -al contrari - lo qualificano come reato di mera condotta: ciò in quanto, come è noto, ai sensi dell'art. 11 CP la prescrizione, da parte della fattispecie di Parte peciale, della verifica di un evento condiziona, con tutta evidenza, la possibilità di commettere un delitto per omissione. Ad ogni modo, secondo un consolidato filone giurisprudenziale, si addebiterà a titolo di "commissione mediante omissione" la fattispecie *ex art. 173.2 CP* a carico del soggetto il quale, gravato da una posizione di garanzia, non impedisca - avendone conoscenza- l'esercizio di violenza fisica o psichica abituale ai danni del soggetto passivo ad opera di una terza persona. Ciò va ricondotto, secondo quando ritengo di dedurre, al fatto che il Tribunale Supremo esiga, come già rilevato, la produzione di un evento tipico. Questa è, del resto, la medesima posizione adottata dalla Corte di Cassazione italiana, che applica in modo pacifico la norma sul "reato omissivo improprio" -art. 40.2 CPi- a quelle ipotesi ove vi sia la tolleranza, da parte di colui che sia gravato da un obbligo di impedirlo, della causazione abituale di sofferenze fisiche e/o psichiche alla vittima da parte di terzi, il che discende dalla considerazione generalizzata che il delitto di maltrattamenti sia un reato di evento.

In ogni ipotesi, seguendo la tesi sostenuta in questa dissertazione sulla struttura tipica della fattispecie di cui all'art. 173.2 CP, l'attuale configurazione di quest'ultima come reato di mera condotta osterebbe ad una responsabilità penale per "commissione mediante omissione". In tale logica, solo l'introduzione nella fattispecie di un evento tipico come quello testè proposto renderebbe congrua una tale estensione della responsabilità in presenza dei presupposti di cui all'art. 11 CP. Tale evenienza, in ogni

caso, aprirebbe il dibattito inerente alla questione del “giudizio di equivalenza”, cioè avente ad oggetto la fissazione –secondo quando disposto dalla norma appena menzionata– dei parametri per determinare quando il non impedimento dell'evento corrisponda, in concreto, alla sua causazione.

VIII

In virtù delle riflessioni appena svolte, si propone il riampiazzamento del primo comma della previsione incriminatrice di cui all'art. 173.2 CP con una formulazione del seguente tenore:

Chiunque maltratta abitualmente il proprio coniuge o una persona con la quale è o è stata legata da un'analogha relazione di affettività, pur senza convivenza, o i discendenti, ascendenti o fratelli, di sangue o altresì per adozione o affinità, siano essi propri o del coniuge o del convivente, o i minori o le persone con incapacità tale da richiedere una speciale protezione che convivano con l'autore o che siano soggetti alla sua potestà, tutela, curatela, accoglienza o affidamento di fatto o a quella del di lui coniuge o convivente, o una persona legata da qualunque altra relazione in conseguenza della quale faccia parte del nucleo di convivenza familiare dell'autore, o altresì le persone che in ragione di uno stato di particolare vulnerabilità siano sottoposte alla custodia di o comunque affidate a centri pubblici o privati, e così determini una condizione gravemente intimidatoria per la vittima, è punito con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni, con il divieto di tenere o portare armi per un periodo da tre a cinque anni e, qualora il giudice o il tribunale lo stimi adeguato all'interesse del minore o della persona con incapacità tale da richiedere una speciale protezione, all'inabilitazione speciale all'esercizio della patria potestà, della tutela, curatela, custodia e accoglimento per un periodo da uno a cinque anni, senza pregiudizio delle

pene che potranno irrogarsi per la commissione dei delitti integrati dalla commissione delle condotte di violenza fisica e psichica .

IX

In Spagna il nodo ermeneutico della natura del delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 173.2 CP non è stato oggetto di pressoché nessuna attenzione da parte della Dottrina penalistica. Al riguardo, risulta abbastanza evidente come la previsione incriminatrice oggetto di studio non rientri nel regime generale e “paradigmatico” delle fattispecie criminose, cioè il “reato istantaneo”, visto che, una volta realizzati il numero di atti violenti sufficienti per ravvisare l'abitudine delle condotte, e quindi per raggiungere la soglia della consumazione delittuosa, il soggetto attivo potrebbe senz'altro continuare a porre in essere condotte violente, eludendo perciò, al contempo, le regole sul concorso e quelle sulla continuazione criminosa. Sarà dunque imprescindibile procedere ad un'analisi mirata a conferire al disaminato delitto di maltrattamenti abituali la giusta collocazione tra le categorie ermeneutiche che consentono la prosecuzione della condotta delittuosa al di là del momento consumativo: il reato permanente oppure il reato abituale. L'assenza nella letteratura penalistica spagnola di studi dettagliati a proposito delle due, appena menzionate, costruzioni dogmatiche rende senz'altro più difficile il compito di enucleare gli elementi strutturali sui quali incentrare la distinzione tra di esse e la categoria dogmatica del “reato istantaneo”, e ciò a sua volta, di conseguenza, implica che sia più arduo determinare se si tratti di categorie dogmatiche che si escludano a vicenda. Alla luce di ciò, pertanto, risulta imprescindibile –ai fini di determinare la natura giuridica della fattispecie criminosa di cui all'art. 173.2 CP– avvalersi delle conclusioni alle quali è oramai giunta la letteratura penalistica italiana, la quale –di converso– già da molti decenni si dedica massicciamente ed alacramente

all'approfondimento ermeneutico delle peculiarità concernenti le figure dogmatiche appena richiamate, includendole peraltro nella più ampia cerchia dei "reati di durata".

X

Il reato abituale è contrassegnato dalla commissione di una pluralità di condotte di contenuto omogeneo. Dentro la suddetta categoria ermeneutica generale, ad ogni modo, la Dottrina penalistica italiana distingue tra il reato necessariamente abituale, ove ai fini della sua integrazione sia richiesta la realizzazione di una pluralità di condotte; ed il reato eventualmente abituale qualora la fattispecie semplicemente "permetta" o "tollerì" l'abitualità, nel senso di attribuire rilevanza penale, con il medesimo titolo criminoso, sia ad una condotta singola che ad una pluralità di condotte. A sua volta, il reato necessariamente abituale può categorizzarsi come proprio, ove la tipicità oggettiva dell'incriminazione possa essere integrata sia da condotte già in sé tipiche, che altresì da condotte le quali, isolatamente considerate, non siano dotate di rilevanza penale autonoma; oppure come improprio, qualora lo stesso sia costituito da una molteplicità di condotte tutte singolarmente contrassegnate da una autonoma rilevanza penale.

La struttura del reato abituale, indifferentemente dalla categoria ermeneutica di collocazione, si connota per la presenza di tre elementi: a) la reiterazione delle condotte -nel caso del reato eventualmente abituale la stessa sarà necessaria per trasformare il delitto in abituale nel caso concreto- , considerata però nel suo complesso come condotta unica; b) la omogeneità delle condotte, dovendo ciascuna di esse concorrere all'offesa o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato rilevante nel caso di specie; c) il nesso di abitualità, inteso come "legame di frequenza persistente" tra

le varie diverse condotte. Ai fini della determinazione del momento della consumazione occorre, ad ogni modo, distinguere tra il reato eventualmente abituale e quello necessariamente abituale. Il primo si consuma, difatti, con la realizzazione di un'unica condotta: qualora però si verifici la ripetizione della stessa, verrà applicata sempre la medesima previsione incriminatrice, per quanto il computo della prescrizione inizierà a decorrere dal momento in cui si ravvisi la cessazione effettiva delle condotte. In tal caso, con tutta evidenza, la reiterazione dovrà essere adeguatamente ponderata dal giudice in sede di commisurazione della pena. Il secondo -necessariamente abituale-, viceversa, esige la perpetrazione di un certo numero di condotte, denominato "serie minima". Le condotte realizzate dal soggetto attivo successivamente al raggiungimento della "serie minima" saranno pertanto costitutive della "condotta abituale", con l'ulteriore effetto di posporre l'inizio del computo del tempo richiesto ai fini della prescrizione. Da ciò deriva che nel reato necessariamente abituale sia possibile distinguere due fasi: una necessaria, corrispondente alla "serie minima"; ed un'altra post-consumativa, quest'ultima invece di carattere eventuale. Le criticità emergono, in questa ipotesi, con riferimento al numero di condotte necessarie ai fini di integrare la "serie minima", essendo tale valutazione totalmente affidata al potere discrezionale dei giudici. Gli inevitabili problemi di incertezza del Diritto scaturenti da una tale situazione potrebbero, a mio modo di vedere, essere risolti ove si prescrivesse la necessità di un evento tipico, di cui occorrerebbe pertanto, all'uopo, ravvisare l'effettiva verifica. Nel caso del reato eventualmente abituale, in contrapposizione, si può unicamente parlare di una fase eventuale, posteriore alla consumazione, qualora si registri una effettiva reiterazione di condotte.

XI

Tanto la Dottrina italiana quanto quella spagnola definiscono tradizionalmente il reato permanente, in opposizione al reato istantaneo, come quello in cui si crea una situazione o uno stato antiggiuridico che si mantiene per volontà del soggetto attivo. Tale categoria ermeneutica esige, innanzitutto, che si stabilisca quale sia la natura di quella fase durante la quale il delitto si “prolunga”, e che gli autori italiani etichettano con il termine “fase di permanenza” o, più semplicemente, “permanenza”. Possiamo a tal riguardo distinguere, sia nell'ambito della letteratura scientifica di settore italiana che in seno a quella spagnola, due diversi orientamenti ermeneutici:

- a) Parte del mondo accademico penalistico sostiene che il mantenimento dello stato antiggiuridico sia requisito imprescindibile ai fini della consumazione del reato permanente. Seguendo questo criterio si dovrebbe distinguere tra il reato necessariamente permanente ed il reato eventualmente permanente. Il reato necessariamente permanente - ritenuto dai fautori di questa impostazione ermeneutica come l'unico genuino reato permanente- richiederebbe quindi la sussistenza di un arco temporale minimo ai fini della sua consumazione. Trascorso tale *minimum* richiesto e consumatosi il delitto, sarebbe ancora possibile il mantenimento dello stato antiggiuridico per volontà del soggetto attivo, il che condurrebbe al verificarsi di un segmento temporale post-consumativo penalmente rilevante. In tale ipotesi, dunque, la permanenza sarebbe -o potrebbe essere- caratterizzata, in analogia a quanto visto per il reato necessariamente abituale, da due distinti stadi: il *minimum*, con carattere necessario, e la fase post-consumativa, con carattere -al contrario- eventuale.

Il reato eventualmente permanente sarebbe viceversa quello che, senza richiedere un *minimum* temporale per addivenire alla consumazione, permetterebbe la prosecuzione dell'illecito ben al di là del momento consumativo, senza però, al contempo, infrangere l'unità delittuosa -non applicandosi all'uopo le regole sul concorso di reati e sulla continuazione criminosa-.

- a) Un altro settore della Dottrina, al quale mi ascrivo, propugna di converso il contrapposto orientamento per cui la permanenza non andrebbe configurata come elemento costitutivo della tipicità criminosa, bensì come una fase successiva alla consumazione del reato. Seguendo tale impostazione, pertanto, la questione relativa alla necessità o meno, ai fini della consumazione di talune fattispecie di Parte Speciale -tradizionalmente qualificate come reati permanenti - , del trascorrere di un lasso temporale minimo sarebbe estranea al tema della permanenza, e riguarderebbe piuttosto la fase esecutiva del reato, dunque un troncone temporale precedente alla consumazione. In base a ciò, un delitto sarebbe permanente ove consentisse il prolungamento dell'illecito oltre la soglia temporale della consumazione senza rompere l'unità delittuosa, per cui la fase della permanenza sarebbe sempre di tipo eventuale.

Questo complesso nodo dogmatico ha suscitato un ampio dibattito nella letteratura penalistica italiana. A ragione affermava PECORARO ALBANI che “la dottrina in materia di reato permanente è tormentata, oscura ed incerta”. In argomento sono dunque state formulate diverse teorie, pur dovendosi riconoscere che si sia imposta come egemone quella che ravvisa il predetto fondamento nella prosecuzione dell'offesa al bene giuridico tutelato per volontà del soggetto attivo. Questa contrapposizione

non si è invece replicata nell'ambito della Dottrina spagnola, la quale ha aderito compattamente –senza ulteriori disquisizioni– a tale ultima concezione di reato permanente.

Tra gli orientamenti emersi nell'ambito della comunità scientifica italiana, ritengo pienamente compatibile con tutti i corollari del principio di legalità solo quello che concepisce la permanenza come la prosecuzione ininterrotta del fatto tipico in tutti i suoi elementi, posto che per i suoi sostenitori, anche dopo la consumazione, l'unico criterio valido per discernere ciò che è caratterizzato da rilievo penale deve essere il paradigma della “tipicità”. In base a tale impostazione, pertanto, la permanenza è penalmente rilevante in quanto tipica, derivando altresì da ciò l'esigenza che, durante il siffatto arco temporale, il reato persista identico e senza soluzione di continuità.

La prospettazione dell'eventualità che il reato permanente possa avere una prosecuzione al di là della soglia temporale di consumazione ha indotto la dottrina penalistica italiana, e altresì –sullo specifico punto– anche quella spagnola, ad approfondire la questione se durante la fase post-consumativa il reato permanente “continui a consumarsi ininterrottamente”, generando ciò che si è etichettato come uno “stato consumativo”; o se, al contrario, la consumazione dell'illecito sia istantanea. Da parte mia, opino che la consumazione, per definizione, possa solo riferirsi ad un momento concreto –quello in cui venga integrata pienamente la tipicità della fattispecie–. In ogni caso, ritengo che ci si trovi dinnanzi ad un problema originato dall'uso di una terminologia inappropriata piuttosto che ad una criticità gravida di conseguenze pratiche, e questo perché, piuttosto che la qualificazione o descrizione giuridica della fase post-consumativa cui ci stiamo riferendo, ciò che rileva è il riconoscimento –unanime sia nella Dottrina italiana che in quella spagnola– delle

conseguenze che dalla sussistenza di detta fase si traggono in relazione a numerosi istituti penalistici –successione di leggi nel tempo, prescrizione, legittima difesa, inimputabilità sopravvenuta e concorso di reati-.

XII

Secondo l'impostazione ermeneutica che distingue tra il reato eventualmente e quello necessariamente permanente, quest'ultimo condivide con il reato necessariamente abituale la bipartizione, nell'ambito del suo sviluppo, di due fasi differenziate: quella necessaria – corrispondente al *minimum*, nell'ipotesi del reato necessariamente permanente, e all'esecuzione della “serie minima”, ove ci si trovi di fronte ad un illecito necessariamente abituale-, e la post-consumativa, di natura eventuale. Mantenendo però la teoria in materia di permanenza sostenuta nelle pagine precedenti, in base alla quale la fase di permanenza è, in ogni caso, successiva alla consumazione e, per tanto, sempre eventuale, l'unica nota comune tra reato permanente e reato abituale è la possibilità che l'illecito si estenda oltre il momento della consumazione, eludendo le regole in materia di concorso di reati e di continuazione criminosa. In tal modo, nell'ipotesi di reato permanente risulta necessario non solo che tutti i suoi elementi costitutivi siano suscettibili di prosecuzione, ma altresì che, in aggiunta, tale prosecuzione sia ininterrotta; mentre nel caso di reato abituale l'obbligatoria reiterazione delle condotte provocherà la cosiddetta “discontinuità esecutiva” del fatto tipico.

Partendo da queste premesse, la distinzione tra il reato permanente ed il reato abituale si fonderà pertanto sulla considerazione della rispettiva *struttura tipica*, il che rende del tutto palese come l'integrazione dell'uno escluda l'altro, e viceversa. Non accadrebbe a mio avviso lo stesso qualora, al contrario, si aderisse alla tesi –sostenuta dalla Dottrina maggioritaria in

Italia, e in modo unanime in Spagna- per cui la permanenza andrebbe intesa come il mantenimento dell'offesa al bene giuridico, posto che l'offesa o messa in pericolo del bene giuridico non dà luogo ad un elemento strutturale del reato, ma rappresenta piuttosto il fondamento - insieme al disvalore della condotta - del giudizio di disvalore del fatto tipico, per cui tale connotato non avrebbe alcun concreto influsso sulla struttura tipica del reato permanente.

XIII

In Spagna il nodo ermeneutico della natura del delitto di maltrattamenti in famiglia” di cui all'art. 173.2 CP non è stato oggetto di pressoché nessuna attenzione in Dottrina; ciò discende, a mio modo di vedere, dall'assenza nella nostra dogmatica penalistica della categoria dei “reati di durata” e, di conseguenza, di studi approfonditi focalizzati sulle similitudini e sulle differenze esistenti tra il reato permanente e il reato abituale. Al riguardo numerosi autori si limitano a sostenere, senza supportare tale asserzione con adeguati supporti ermeneutici, che ci si trovi dinnanzi ad un delitto abituale poiché l'abitualità è configurata dal legislatore come presupposto della tipicità della fattispecie: il che parrebbe essere -come ho cercato di evidenziare- una conclusione eccessivamente semplicistica.

Ciò nonostante, si può senz'altro affermare che un settore minoritario della nostra letteratura, che ritiene la permanenza incentrata sul mantenimento dell'offesa al bene giuridico tutelato, predichi per la previsione incriminatrice di cui all'art. 173.2 CP la natura di reato permanente. Tali esponenti accademici sostengono, di tal maniera, che nel delitto di maltrattamenti abituali si ponga in essere uno “stato antigiuridico” - in modo analogo rispetto, ad esempio, al delitto di

detenzione illegale- , per cui si potrebbe ritenere ammissibile la legittima difesa della vittima durante tutto il segmento temporale nel quale si estenda la condotta delittuosa -essendo l'aggressione illecita incessante-, pur se nel momento in cui si realizzino gli atti difensivi non sia in corso di perpetrazione alcuna concreta condotta violenta. Così opinando, quindi, i profili problematici verrebbero a concentrarsi tutti sul secondo requisito della scriminante: la ragionevole necessità dello strumento difensivo.

Altri autori hanno proposto espressamente, al riguardo, di etichettare la figura incriminatrice *de quo* come reato abituale, pur non sussistendo ancora concordia sulla connotazione propria o impropria dell'asserita abitualità. E' tuttavia imprescindibile evidenziare come le definizioni di tali subcategorie del reato abituale adottate dagli esponenti dottrinali in questione non corrispondano esattamente a quelle elaborate in seno alla comunità penalistica italiana. Ad ogni modo, considerando permanente il reato che esiga la creazione ed il mantenimento di una situazione antiggiuridica, taluni giuristi di settore hanno sottolineato come l'attribuzione alla fattispecie incriminatrice in commento della natura di reato abituale osti alla sua classificazione quale reato permanente.

Chi vi scrive concorda con coloro i quali aderiscono alla tesi che l'incriminazione *ex art. 173.2 CP* sia un reato permanente, nel quale la offesa al bene giuridico tutelato -la libertà morale- trascende i momenti di estrinsecazione delle concrete condotte violente, e persiste fintanto che il soggetto attivo non cessi definitivamente i suoi comportamenti violenti. Infatti, ritengo che l'offesa al bene giuridico tutelato derivi proprio dalla condizione originata dall'insieme delle condotte. Al riguardo, se la permanenza si concepisse come mantenimento dell'offesa o messa in pericolo del bene giuridico, congruo sarebbe, a mio giudizio, etichettare la presente fattispecie criminosa come reato permanente. La nozione di

permanenza accolta in tale dissertazione, però, osta rispetto alla condivisione di tale conclusione, poiché la ripetizione delle condotte richiesta dalla formulazione della norma di cui all'art. 173.2 CP implica una discontinuità del fatto tipico, in virtù della quale il delitto dovrà essere classificato alla stregua di un reato abituale.

In conseguenza di ciò, e tenendo presente come la distinzione tra reato permanente e reato abituale si sia andata enucleando in connessione con la propria configurazione tipica, le due categorie ermeneutiche saranno reciprocamente escludenti -ergo uno stesso reato non potrà essere qualificato contemporaneamente ai sensi di entrambe le categorie dogmatiche-. Ad avviso della scrivente, peraltro, la conclusione non sarebbe la medesima qualora la permanenza si concepisse come il mantenimento dell'offesa o messa in pericolo del bene giuridico, e ciò in quanto, aderendo all'uopo a tale impostazione ermeneutica, non sussisterebbe -a mio parere- nessun ostacolo a classificare il delitto *de quo* come reato permanente, attesa la presenza di una particolare struttura tipica che da un lato presuppone sì la reiterazione delle condotte, ma dall'altro consente l'attribuzione della qualifica di reato permanente in ragione della evidente possibilità di prolungare l'offesa al bene giuridico, per volontà del soggetto attivo, dopo la consumazione.

XIV

Secondo la classificazione tradizionale elaborata dalla Dottrina italiana, il delitto di maltrattamenti abituali di cui all'art. 173.2 CP andrebbe qualificato come reato necessariamente abituale, visto che la consumazione delittuosa può avverarsi solo mediante l'implementazione di una pluralità di condotte violente. Più concretamente, in coerenza con quanto si è asserito a proposito della condotta tipica, occorrerà concludere che ci si trovi di

fronte ad un reato abituale proprio, e ciò per le due seguenti dirimenti ragioni:

- d) *In primis*, poiché –secondo quel che sostengo– la condotta abituale potrà essere realizzata sia per mezzo di atti che, in sé considerati, siano costitutivi di altri distinti delitti, sia per il tramite di condotte che, singolarmente apprezzate, difettino di tipicità penale, configurandosi come penalmente rilevante, a tali effetti, solo il significato che le condotte acquisiscono nel loro insieme.
- e) In secondo luogo, perché pur imponendo che le singole condotte siano già di per sé tipiche, la formulazione della norma incriminatrice *de quo* nel nostro Testo Punitivo impedirebbe di considerarlo un reato abituale improprio, in quanto –ai fini di ravvisare un delitto di tale natura– sarebbe necessario che la singola condotta tipica offenesse il medesimo bene giuridico della condotta reiterata –pur dovendo prevedere la fattispecie che esiga la reiterazione, logicamente, una risposta sanzionatoria più severa, supponendosi in essa un'offensività più elevata-. In base a quanto appena detto, il reato abituale improprio dovrebbe dunque assorbire le diverse incriminazioni che lo compongono, disciplina che però non si riscontra affatto nella norma incriminatrice dell'art. 173.2 CP.

In conclusione, alla luce degli esiti dogmatici cui si è pervenuti nel corso della presente ricerca, il delitto incriminato ai sensi dell'art. 173.2 CP è da qualificare come reato abituale necessario e proprio, dal che se ne ricava la conseguenza che la legittima difesa della vittima vada condizionata all'attualità delle singole condotte fisicamente o psichicamente violente.

BIBLIOGRAFÍA

A

ACALE SÁCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000.

- “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, n. 15, 2005, pp. 11 a 54.

ALIBRANDI, L., “Reato permanente”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, 1991, pp. 1 a 5.

ALONSO ÁLAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M., y CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia, 2004, pp. 55 a 74.

- “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género”, en CARBONELL MATEU, J. C., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 1 a 10.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 43, Madrid, 1993, pp. 5 a 44.

- “Comisión por omisión y legalidad penal”, en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, 2008, pp. 45 a 72.

- “Delito de injurias”, en ÁLVAREZ GARCÍA F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 831 a 847.
- “Los delitos de hurto y el «furtum possessionis»”, en ÁLVAREZ GARCÍA F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, II, Valencia, 2011, pp. 71 a 113.
- “Robo con violencia o intimidación en las personas y extorsión”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, II, Valencia, 2011, pp. 139 a 181.

ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Milano 2003.

- *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, Milano, 2008.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 197 a 238.

- “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 11 a 34.

AYALA GARCÍA, J. M., “Delito permanente, delito habitual y delito complejo”, en *Unidad y Pluralidad de delitos. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Febrero-1995, pp. 305 a 337.

B

BACA BALDOMERO, E., ECHEBURUA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coords.), *Manual de Victimología*, Valencia, 2006.

BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Madrid, 1992.

- *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona, 2001.
- “Violencia doméstica y trato degradante: problemas concursales”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 375 a 410.

BARTOLI, R., “Reato permanente e condotta omissiva in tema d’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità”, en *Diritto penale e Processo*, n. 1, 1999, pp. 61 a 69.

- “Permanenza del reato e costruzioni in zone sismiche”, en *Diritto penale e Processo*, n. 4, 2000, pp. 474 a 479.
- “Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, n. 1, 2001, pp. 137 a 176.
- “«Colpa» in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare”, en *Diritto penale e Processo*, n. 9, 2010, pp. 1047 a 1053.
- “Mobbing e diritto penale”, en *Diritto penale e Processo*, n.1, 2012, pp. 85 a 94.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, 2004.

- “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *Violencia de género y sistema penal*, Valencia, 2008, pp. 163 a 216.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA,

L. (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 153 a 196.

BERNASCONI, C., "Il reato permanente", en *Studium Iuris*, 1998, pp. 668 a 676.

BRICOLA, F., *Teoría General del Delito*, traducción de Diana Restrepo Rodríguez, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

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

BORJA JIMÉNEZ, E., "La terminación del delito", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, 1995, pp. 89 a 186.

BUSTOS RAMÍREZ J. J. y HERNÁN HORMAZÁBAL, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2006.

C

CAMPOS CRISTOBAL, R., "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico", en *Revista Penal*, n. 6, 2000, pp. 15 a 30.

CAMPUS, P., *Studio sul reato permanente*, Sassari, 1902.

CARACCIOLI, I., "Condotta permanente e permanenza di effetti nella fattispecie criminosa", en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1960.

CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995.

- “La equivalencia significativa en la comisión por omisión”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 113, época II, septiembre-2014, pp. 5 a 44.

CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, pp. 209 a 221.

CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Granada, 2000.

- “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 53 a 80.
- “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173. 2 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 211 a 228.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, Madrid, 2004.

- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, III, Madrid, 2004.

CERVELLÓ DONDERIS, V., “El delito de malos tratos, su delimitación con el derecho de corrección”, en *Poder Judicial*, n. 33, 1994, pp. 45 a 68.

CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHAVES PEDRÓN, C., “Violencia de género y doméstica”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 501 a 519.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999.

COLACCI, M. A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciuli*, Napoli, 1963.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal”, en *La Ley*, n. 6, 1996., pp. 1668 a 1670.

COPPI, F., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.

- “Reato permanente”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1996, pp. 318 a 327.

CÓRDOBA RODA, J., “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1964, pp. 5 a 32.

CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, Madrid, 2000.

- “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuesta de interpretación”, en DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 241 a 274.

CUELLO CONTRERAS, J., “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en *Poder Judicial*, n. 32, 1993, pp. 9 a 18.

- *El Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 2002.

CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A., “Bien jurídico y técnica legal de protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en CARBONELL MATEU J. C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005.

CUENCA SÁNCHEZ, J. C., “El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación”, en *La Ley*, n. 4, 1991, pp. 1184 a 1189.

CUERDA ARNAU, M. L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, pp. 179 a 201.

CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo I, Madrid, 2004, pp. 311 a 425.

D

DALL'ORA, A., *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoría generale del reato*, Milano, 1950.

DE FRANCESCO, G., “Profili strutturali e processuali del reato permanente”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1977, pp. 558 a 599.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona, 1994.

- “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y criminología*, n. 6, 1996, pp. 137 a 192.
- *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996.
- *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2003.
- “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coords.), *Violencia y género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales*, Sevilla, 2004, pp. 117 a 148.
- “Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en ÁLVAREZ GARCÍA F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial, I*, Valencia, 2011, pp. 807 a 831.
- *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Valencia, 2013.

DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1986.

DEL MORAL GARCÍA, A., “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, en *Delitos contra las personas. Manuales de Formación continuada. Consejo General del Poder Judicial*, n. 3, Madrid, 1999, pp. 299 a 352.

DEL ROSAL BLASCO, B., “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar”, en LATORRE LATORRE (Coord.), V., *Mujer y Derecho Penal*, Valencia, 1995, pp. 155 a 165.

- “El delito de violencia doméstica (art. 173, núms. 2 y 3)”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 2011, pp. 196 a 205.

DÍAZ PITA, M. M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral,” en *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997, pp. 25 a 102.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Arts. 147-152”, en DÍEZ RIPOLLÉS J. L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. I, Valencia, 1997, pp. 317 a 413.

- “Arts. 178-183”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, II, Valencia, 2004, pp. 237 a 386.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Comisión por omisión y Principio de Legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. extraordinario 2, 2004, pp. 279 a 316.

F

FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, pp. 115 a 127.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 81 a 116.

FIANDACA, G. Y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2014.

- “I delitti contro la persona”, en *Diritto penale. Parte Speciale*, vol. II, tomo primero, Bologna, 2011

FIGLIORE, C. y FIGLIORE, S., *Diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2013

FORNASARI, G., "Reato abituale", en *Enciclopedia Giuridica*, XXVI, Roma, 1991, pp. 1 a 7.

G

GALÁN MUÑOZ, A., "De la "Violencia doméstica" a la "violencia de género": ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?", en NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 25 a 49.

GARCÍA ALBERO, R., "Artículo 74", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, Navarra, 2016, pp. 568 a 578.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000.

GARCÍA ARÁN, M. M., "La protección penal de la integridad moral", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 1241 a 1258.

- "Art. 173.2", en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo I, Madrid, 2004, pp. 225 a 266.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 2003.

- *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, E., "Artículo 11", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999, pp. 409 a 439.

GIULIANI, U., *La struttura del reato permanente*, Padova, 1967.

GÓMEZ NAVAJAS, J., "La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal", en *Revista de Derecho y Proceso penal*, n. 11, 2004, pp. 45 a 88.

GÓMEZ RIVERO, C., "Algunos aspectos del delito de malos tratos", en *Revista penal*, n. 6, 2000, pp. 67 a 83.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros", en VIVES ANTÓN. T. S. (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, pp. 133 a 153.

GONZÁLEZ RUS, J. J., "Art. 153: violencia habitual sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales", en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), *Addenda al curso de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 1999 pp. 11 a 21.

- "Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio", en *Revista Jurídica de Andalucía*, n. 30, 2000, pp. 17 a 32.

GRACIA MARTÍN, L., "Art. 153", en DÍEZ RIPOLLÉS J. L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. I, Valencia, 1997, pp. 413 a 488.

GRIMA LIZANDRA, V., "El delito de violencia familiar habitual", en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, vol. I, Madrid, 2010. Pp. 237 y ss.

GRISOLIA, G., *Il reato permanente*, Padova, 1996.

H

HUERTA TOCILDO, S., "Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica", en DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 507 a 544.

J

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, traducción de la 3ª edición alemana y adiciones de Derecho español por MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, vol. II, Buenos Aires, 1992.

L

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil. Familia*, vol. IV, Madrid, 2010.

LARRAURI PIJOÁN, E. y VARONA GÓMEZ, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995.

LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992.

- “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 827 a 844.

LEONE, G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933.

LOPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.

LORETO, A., “Preterintenzione”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A y PAPA, M. (Dir.), *Il Reato. Trattato di Diritto penale. Parte Generale*, II, Torino, 2013, pp. 170 a 182.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2016.

LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada, 2009.

M

MACRI, F., “Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere”, en *Diritto penale e Processo*, n. 1, 2014, pp. 11 a 18.

MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “Faltas contra las personas”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid, 2004, pp. 2729 a 2757.

MAGGIORE, G., *Diritto penale. Vol. II: Parte Speciale. Delitti e Contravvenzioni*, tomo segundo (Arts. 545 a 734), Bologna, 1948.

MAGLIO, M. G. y GIANNELLI, F., “Due particolari categorie di reati: il reato abituale ed il reato permanente”, en *Rivista Penale*, n. 6, 2001, pp. 513 a 520.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 427 a 459.

- “Violencia de género y doméstica”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 489 a 545.

MANTOVANI, F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in familia*, Milano, 1965.

- *Principi di Diritto penale*, Padova, 2002.
- *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2015.

MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VII, Torino, 1984.

MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., (Coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 1515 y 1531.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001.

MARTÍNEZ GARAY, L., “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 151 a 211.

MIR PUG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90, pp. 203 a 216.

- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Buenos Aires, 2002.
- *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2015.

MONGE FERNÁNDEZ, A., “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 101 a 120.

MONGE FERNÁNDEZ, A. y NAVAS CÓRDOBA, J. A., “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer”, en *Actualidad Penal*, n. 9, 2000, pp. 179 a 217.

MONTICELLI, L., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S. y PAPA, M. (Dir.), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2006, pp. 368 a 422.

- “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A. y PAPA, M. (Dir.), *I Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia Trattato di Diritto penale. Parte Speciale*, vol. IV, Torino, 2010, pp. 215 a 248.

MORILLAS CUEVA, L., “Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 659 a 688.

- “El Derecho penal y la violencia doméstica”, en *Consejo General del Poder Judicial. Encuentros “Violencia doméstica”*, Madrid, 2004, pp. 229 a 278.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. y AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, 2011.

MUÑAGORRÍ LAGUÍA, I., “Las violencias en el ámbito familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, 1994, pp. 629 a 638.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Valencia, 2004.

- “Violencia familiar y de género en la ley orgánica 1/2004”, en NUÑEZ CASTAÑO., E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 15 a 25.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999.

- “Arts. 173-177”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA C. M., (Coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, vol. II, Valencia, 2004, pp. 37 a 201.
- “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. Y RUEDA MARTÍN, M. A., (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 69 a 100.

N

NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002.

- “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, en NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 159 a 203.

NUÑEZ PAZ, M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988.

O

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

ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, pp. 219 a 239.

ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J., L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015.

OTERO GONZÁLEZ, P., “Acoso sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial, I*, Valencia, 2011, pp. 627 a 645.

P

PADOVANI, T., *Diritto penale*, Milano, 2012.

PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2000.

PAGLIARO, A., "Il reato", en GROSSO, C. F., PADOVANI, T. y PAGLIARO, A. (Dir.), *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2007.

PALAZZO, F., *Corso di Diritto penale*, Torino, 2013.

PANNAIN, A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Napoli, 1964.

PAVICH, G., "Luci e ombre nel "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote", en *Diritto Penale Contemporaneo*, disponible en línea en http://www.penalecontemporaneo.it/materia/2-/28-/-/1811-luci_e_ombre_nel__nuovo_volto__del_delitto_di_maltrattamenti/c (citado: 15.05.2015).

PECORARO-ALBANI, A., "Del reato permanente", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 394 a 452.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2004.

PÉREZ MACHÍO, A. I., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y JAVATO MARTÍN, M., "Artículo 173 ", en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2015, pp. 399 a 442.

PETRONE, M., "Reato abituale", en *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, pp. 941 a 963.

- "Reato abituale", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1996, pp. 188 a 212.
- *Reato abituale*, Padova, 1999.

PIETRO SANCHÍS, L, *Garantismo y Derecho penal*, Madrid, 2011.

PIOLETTI, U., “Reato permanente”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 1967, pp. 996 a 1003.

PISAPIA, G. D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953.

POLAINO NAVARRETE, M., “Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada “violencia de género”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XX. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, 2006, pp. 673 a 712.

- *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Madrid, 2004.

POMANTI, P., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, en SAVERIO FORTUNA, F. (a cura di), *Reati contro la famiglia e i minori*, Milano, 2006, pp. 159 a 175.

PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.

Q

QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Delito permanente”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1975, pp. 602 y 603.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra, 2010.

- *La enseñanza del Derecho en la encrucijada. Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Navarra, 2010.

- *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en Derecho penal*, Madrid, 2012.

R

RAGNO, G., *I reati permanente*, Milano, 1960.

RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Valencia, 2008.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma", en *Anuario da Facultade da Dereito da Universidade da Coruña*, n. 9, 2005, pp. 739 a 758.

RAMPIONI, R., "Reato permanente", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXVIII, Milano, 1987, pp. 856 a 868.

- *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988.

REBOLLO VARGAS, R., "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, tomo I, Madrid, 2004, pp. 229 a 242.

RECCHIONE, S., "Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura", en *Diritto Penale Contemporaneo*, disponible en línea en http://www.penalecontemporaneo.it/materia/2-/28-/-/2475-il_decreto_legge_sul_contrasto_alla_violenza_di_genere__una_prima_lettura/ (citado: 15.05.2015).

ROCA AGAPITO, L. "Derechos y deberes familiares", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 907 a 951.

RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1978.

RODRIGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000.

ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, 1992.

- *Derecho penal. Parte General*, tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 1997.

S

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., "Coacciones", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, I, Valencia, 2011, pp. 401 a 427.

SIERRA LÓPEZ, M. V., "La provocación en la víctima de «una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante» en el delito de acoso sexual", en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I. (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia, 2011, pp. 79 a 84.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Artículo 11", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999, pp. 441 a 488.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, 2010.

SINISCALO, M., "Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 1093 a 1117.

SORIANO DÍAZ, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, 1997.

SPENA, A., “Reati contro la familia”, en GROSSO, C. F., PADOVANI, T. y PAGLIARO, A. (Dir.), *Trattato di Diritto penale. Parte Speciale*, vol. XIII, Milano, 2012, pp. 347 a 376.

T

TAMARIT SUMALLA, J.M., “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, 2015, pp. 71 a 77.

- “Artículo 173”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, Navarra, 2016, pp. 1210 a 1216.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “De los delitos contra la seguridad vial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, Navarra, 2016, pp. 1129 a 1171.

TORRES ROSELL, N., “Artículo 226”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, tomo I, Pamplona, 2016, pp. 1611 a 1614.

V

VITARELLI, T., “Maltrattamenti mediante omissione?”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1998, pp. 179 a 203.