

IX

Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer

Antonia Monge Fernández* y Juan Antonio Navas Córdoba**

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Tratamiento penal de la violencia doméstica. 2.1. Antecedentes: A) La Ley Orgánica 3/1989, 21 junio de actualización del Código Penal. El artículo 425 CP. a) El delito de malos tratos; b) La falta de malos tratos. B) El Anteproyecto de Código Penal de 1991. C) El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992. D) El Código Penal de 8 de noviembre de 1995. 2.2. Análisis del artículo 153 CP. 2.2.1. Bien jurídico y sujeto pasivo. A) La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico del art. 153 CP. B) El sujeto pasivo: a) Cónyuge o conviviente; b) Hijos; c) Menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho. 2.2.2. Conducta típica: A) La «habitualidad» de los malos tratos. B) El sujeto activo. Excurso. Especial consideración sobre las parejas de hecho. 2.2.3. Tipo subjetivo. 2.2.4. Problemas concursales: ¿concurso de delitos o concurso de leyes? 3. Aspectos procesales: las medidas cautelares ante la protección de la mujer. 3.1. Aspectos preliminares. 3.2. Las primeras diligencias. 3.3. Alcance constitucional y conceptual de la novedosa medida protectora de la víctima. 3.3.1. Ambito objetivo. 3.3.2. Ambito subjetivo: A) Organo jurisdiccional. B) Sujeto pasivo de la medida. C) Beneficiarios de la medida. 3.3.3. Presupuestos para su adopción. 3.3.4. Procedimiento. 3.3.5. Duración. 3.3.6. Problemática de estas medidas cautelares. 3.3.7. Efectos de la medida: A) Limitación del derecho a su libertad de movimiento y circulación. B) Efectos de su incumplimiento. C) Abono de las medidas cautelares. D) Controles de la medida. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

179

.....
* Doctora en Derecho. Profesora Asociada del Departamento de Derecho Penal y Procesal. Universidad de Sevilla.

** Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Departamento de Derecho Penal y Procesal. Universidad de Sevilla. Abogado.

1. INTRODUCCION

*Los hombres son los protectores
y mantenedores de las mujeres,
porque Dios ha dado a uno más fuerza
que a otro, y porque
ellos las mantienen
con sus medios.
Por tanto, las mujeres honradas
son devotamente obedientes y guardan,
en ausencia de sus maridos,
lo que Dios les ha dado para guardar.
A aquellas mujeres
de las que temes
deslealtad y mala conducta,
amonéstalas primero,
después rechaza compartir su cama
y, por último, golpéalas.
Pero si ellas vuelven a la obediencia,
no busques contra ellas
formas de enojo o castigo
(Sagrado Corán, p. 190)*

La violencia conyugal ha sido una lacra social tan antigua como la vida misma, fundada en una ancestral cultura, construida sobre una idea implícita de propiedad sobre las mujeres y niños, así como la licitud del castigo corporal, y la dependencia económica de la esposa al marido e, incluso, por la existencia de un deber natural de las mujeres de permanecer castas y puras(1).

Precisamente la reiteración de tales sucesos(2) ha ocasionado una cierta alarma social, denunciada por los medios de comunicación, reclamando la inminente intervención del Derecho penal, ante el fracaso de los demás instrumentos jurídicos, básicamente de carácter civil.

De este modo, el legislador penal, sensibilizado con este problema, acometió una importante reforma por **LO 3/1989, de 21 de junio**, elevando a la categoría de delito la anterior falta de malos tratos, introduciendo el **artículo 425**, con el fin de prevenir la violencia ejercida en el seno de la unidad familiar.

No obstante, la práctica inaplicación del precepto suscitó una exacerbada crítica por parte de la doctrina, basada fundamentalmente en la redacción del precepto y en los problemas de *prueba*.

(1) JIMÉNEZ CASADO, CARMEN, *Malos tratos conyugales a mujeres en el área de Sevilla*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1995, pp. 13 y 15.

(2) «Violencia conyugal. Otra mujer ha sido víctima mortal de la violencia ejercida por su marido, del que se encontraba separada de mutuo acuerdo desde hacía un año. Aunque en este caso no existían antecedentes de malos tratos, debemos reiterar la necesidad de prevenir este tipo de delitos que, con tan trágica frecuencia, se cometen. La primacía deben tenerla los factores educativos que proscriban toda concepción patrimonial de la persona del cónyuge. Pero, cuando existan indicios de posible violencia, los jueces deben decretar el alejamiento» (Diario ABC Domingo 1-8-99, p. 13).

Los cambios políticos acaecidos en el Estado español, junto con las reivindicaciones de Grupos de Feministas y del Instituto de la Mujer, propiciaron la redacción de varios Anteproyectos y Proyectos de Ley que, tras unos intensos Debates Parlamentarios, desembocarían en el Código Penal de 8 de noviembre de 1995, actualmente en vigor.

El legislador de 1995 redactó un precepto —el artículo 153 CP— castigando los malos tratos familiares, ejercidos de forma habitual.

Los objetivos de esta investigación se dirigen a analizar *los malos tratos y la violencia contra la mujer*, desde una triple perspectiva: civil, penal y procesal, estructurando nuestro trabajo en dos partes.

I.- En la primera, se aborda la regulación jurídico-penal de *la violencia conyugal*, vertebando el Capítulo, a su vez, en dos secciones. En la primera, se exponen los **antecedentes**, realizando un recorrido legislativo desde la legislación anterior a 1989, pasando por los Proyectos y Anteproyectos de Código Penal, hasta llegar al Código Penal de 1995.

La segunda sección gira en torno al **artículo 153 CP**, analizando el **bien jurídico protegido** y el **sujeto pasivo**; la **conducta típica**, destacando la «*habitualidad*» de los malos tratos, así como el posible círculo de **sujetos activos** del delito. Sin solución de continuidad, se examina el **tipo subjetivo del delito**, destacando el dolo del artículo 153 CP, así como la **problemática concursal**, esto es, los casos en que además del resultado de los malos tratos, se producen otras consecuencias, por ejemplo, la muerte de la víctima.

La segunda parte pretende investigar el tratamiento procesal, considerando las **medidas procesales**, con referencias a las llamadas *medidas cautelares* y las «*primeras diligencias*».

Por último, finalizamos el trabajo con unas conclusiones, planteando unas **propuestas de lege ferenda**, para soslayar los defectos que padece la actual legislación, destacando algunas medidas alternativas destinadas a **prevenir** los malos tratos y la violencia contra la mujer.

2. TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA DOMESTICA

2.1. Antecedentes

El delito de malos tratos es relativamente reciente(3), si tenemos en cuenta la configuración de la sociedad española, imbuida de tintes machistas, donde el «abuso conyugal» no ha sido

(3) La regulación legal de la violencia doméstica se ha llevado a cabo desde una triple vía:

1º. Orden constitucional

— Art. 10 CE: sobre la dignidad de la persona humana.

— Art. 14 CE: sobre el respeto al derecho a la igualdad.

— Art. 15 CE: el derecho a la vida, a la integridad física y moral.

— Art. 27 CE: el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad.

— Art. 32 CE: el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

— Art. 39 CE: sobre la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos, independientemente de la filiación y de las madres.

calificado como tal, al ser aceptado como una «conducta entendible»(4). Reflejo de toda una época que se mostraba, a todas luces, incompatible con un Estado Social y Democrático de Derecho, como proclamaba la Constitución Española de 1978.

Y es más, el papel subordinado de la mujer, con menores derechos que el hombre, tuvo su plasmación en un **desfavorecimiento jurídico** —recordar los delitos de *adulterio* y *amancebamiento*(5)— hacia aquélla en aspectos de su consideración social, su vida e, incluso, su integridad física(6).

.....
2º. Orden civil

— Art. 158 CC.

— Art. 13, 109 y 544 bis LECrim., dados nuevo contenido por la Ley 14/1999, de 9 de junio, sobre materia de protección a las víctimas de malos tratos.

— Art. 104 II LECrim.

— Art. 109 último párrafo LECrim.

— Art. 311 LECrim. por la que se puede recurrir el auto denegatorio de toda diligencia sumarial.

3º. Orden penal

— Art. 153 CP.

(4) «Las Leyes romanas daban a los hombres el control absoluto sobre sus esposas e hijos, incluyendo la capacidad para vender o condenarles a muerte. Esta noción se ha ido transmitiendo, con pequeños cambios, hasta las leyes inglesas del siglo XIV, por ejemplo. Todavía hoy hay quienes creen que las prerrogativas masculinas respecto a sus esposas equivalen a una noción sagrada. Desgraciadamente muchas mujeres que han sufrido abuso o han sido maltratadas física y sexualmente por sus padres o maridos, se adhieren también a estas ideas» (JIMÉNEZ CASADO, CARMEN. *Malos tratos conyugales a mujeres en el área de Sevilla*, Instituto Andalúz de la Mujer, Sevilla/Málaga, 1995, p. 16).

(5) En la historia de la Codificación española, el Derecho penal ha dispensado a la mujer un trato discriminatorio respecto al varón, lo que se reflejaba en algunos tipos ancestrales como los de adulterio y amancebamiento, hoy felizmente derogados.

Incluso, otorgaba un trato favorable al hombre sobre la mujer.

Parfraseando a QUINTANO, en su Tratado (art. 428 antiguo): «El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieran promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas».

Las críticas al precepto no se hicieron esperar, pues consagraba un «derecho a matar» insostenible ética y jurídicamente.

Así las cosas, el Código penal anterior configuraba ciertos delitos, donde la cualificación del sujeto resultaba significativa. Al abordar esta problemática, siempre suelen citarse tipos como los de infanticidio, aborto, violación, agresiones sexuales, estupro, rapto, delitos relativos a la prostitución, suposición de parto, entre otros.

Incluso, este trato discriminatorio es evidente en los pronunciamientos dictados por la primitiva doctrina jurisprudencial, ya desde 1870, donde se han manifestado multitud de criterios morales, que actuaban como configuradores de los contenidos jurídico-penales. Todas estas expresiones, por su parte, han tenido un reflejo exhaustivo en el ámbito del Derecho Penal sexual.

En este sentido, la mujer desempeñaba un papel secundario, de sujeto disminuido, pues, en opinión de los Tribunales de aquel momento (Sentencia TS núm. 120, del t. 89 «JC», 15 noviembre 1912):

La «mujer es un ser asexuado que cae, engañada por promesas de "venturoso" futuro matrimonial, entre las garras ávidas de sexo del varón, que ha degenerado un primer sentimiento de amor platónico y floral a sentimientos de burda y grosera pasión sexual».

Todo lo expuesto hasta ahora es indicativo del desprecio con que la sexualidad y, correlativamente, la mujer, era vista en aquella sociedad. Todo lo que se relacionaba con la sexualidad y el mito de la mujer estaba inmerso en tintes perversos, negativos, pecaminosos, por lo que la Jurisprudencia estaba imbuida de matices moralistas.

Con el devenir de los tiempos, la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, supuso un hito decisivo en esta cuestión, al proclamar la igualdad de todos ante la ley, sin distinción por razón de sexo. Esta circunstancia obligó a que el Código Penal adaptara sus preceptos al espíritu de la Norma Suprema, para lograr una armonía entre ambos.

(6) VV.AA., *Violencia contra la mujer*, Madrid, 1991, p. 79.

No obstante, la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, donde se proclamaba la igualdad de todos ante la ley —art. 14— propició importantes cambios en otros órdenes del Ordenamiento Jurídico y, por ende, en el Código Penal.

En la legislación anterior a 1989, las conductas constitutivas de «malos tratos» eran reguladas en el artículo 583.2º del Código Penal, dentro del Libro III *De las faltas*

El artículo 583.2º disponía:

«Serán castigados con la pena de cinco a quince días de arresto menor y reprobación privada

2º El que maltratase a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra, aunque no les causare lesiones, de las comprendidas en el párrafo anterior».

Como se desprende del precepto transcrito, la **conducta típica** comprende una extensa variedad de comportamientos dirigidos a violentar la dignidad humana, tanto a través del maltrato de obra, como del maltrato de palabra.

A) *La Ley Orgánica 3/1989, 21 junio, de actualización del Código Penal*
El artículo 425 CP

Si bien existía una regulación de los malos tratos en el Código Penal, aunque a nivel de *falta* y no de delito, tal legislación se mostraba insuficiente, a juzgar por los numerosos casos de violencia doméstica que se sucedieron(7). De ahí que, el legislador penal, respetando el principio de intervención penal mínima(8), permeable a las necesidades sociales y a la relevancia de los bienes jurídicos lesionados, redactara la **Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal**. Por vez primera en la historia penal española, se tipificaba el **delito de malos tratos habituales dentro del hogar familiar**(9).

.....
(7) En España, según datos de la Dirección General de la Guardia Civil, en el segundo trimestre de 1989 de los 875 delitos y faltas que se cometieron en el matrimonio, en 763 la víctima fue la mujer, y en 90 los hijos. Nos encontramos ante infracciones donde la cifra negra es muy alta, pues la mayoría de los casos de violencia entre cónyuges, padres e hijos no se denuncia. Vid. DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, «El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar (art. 425)», en *Con LP XIV*, Madrid, 1992, pp. 369 y ss.

(8) Principio introducido en la doctrina española por MUÑOZ CONDE; en su opinión «El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto... el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes», en *Introducción...*, op.cit., p. 59. Posteriormente, vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DPPG*, 1ª ed., p. 73; vid. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», en *CPC*, núm. 39, Madrid, 1985, pp. 741 y ss.; MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO, «El principio de intervención penal mínima», en *ADPCP*, Madrid, 1987, pp. 99 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal», en *RFDUG*, núm. 12, Granada, 1987, pp. 246 y ss.; SILVA, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 286. En la doctrina italiana, BARATTA considera que el concepto de «derechos humanos», en su doble función, continúa siendo el fundamento más adecuado para la estratificación de la mínima intervención penal y para su articulación programática en el cuadro de una política alternativa del control social («Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)», en *Doctrina Penal*, 37/40, año 10, Buenos Aires, 1987, p. 627). QUINTERO, *Curso...*, ob. cit., pp. 55 y ss. Asimismo, MUÑOZ CONDE, «Protección de los derechos fundamentales en el Código penal», en *Estudios sobre el Código penal de 1995*, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1997; el mismo, «El "moderno" Derecho penal en el nuevo Código penal, principios y tendencias», *La Ley* 1996; MATA Y MARTÍN, NORBERTO, *Bienes jurídicos intermedios...*, op. cit.; CÓRDOBA RODA, JUAN, «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», en *La Ley* 1996; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.

(9) Vid. VV.AA., *Violencia contra la mujer*, Madrid, 1991, p. 12.

a) El delito de malos tratos

El artículo 425 ACP establecía:

«El que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, así como sobre sus 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.»

Como hemos indicado antes, si bien existía ya una regulación de las conductas de «malos tratos», aunque sólo considerada como **falta**, cabe preguntarse por la *ratio legis* (10) del nuevo precepto, esto es, la razón que llevó al legislador a redactar un nuevo artículo.

En la *Exposición de Motivos* se indica que «...responde a la protección de los miembros más débiles de la unidad familiar, frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros de la misma, tipificándose por ello los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge, los menores e incapaces».

Por consiguiente, el artículo 425 ACP se fundamentaba en la elevación a la categoría de **delito** de una prominente cifra de **faltas** de «malos tratos», que se realizaban **habitualmente**.

El nuevo precepto significaba un avance respecto a la legislación anterior, y ello principalmente por dos causas:

- 1º. En primer término, las conductas antes calificadas como *faltas* son ahora elevadas a la categoría de *delito*.
- 2º. En segundo lugar, se amplía el ámbito típico, incriminando conductas que anteriormente quedaban en la atipicidad (11).

No obstante la importancia del precepto, no tardaron en pronunciarse detractores, elevando algunas consideraciones críticas. Concretamente, las principales objeciones se pueden resumir en las siguientes:

- En primer lugar, la propia **redacción legal**. En virtud del principio de tipicidad penal, la expresión «...*violencia física*» limitaba la conducta típica, excluyendo todas aquellos comportamientos que, sin implicar violencia física, atentaban gravemente a la dignidad de la persona humana (12).
- En segundo término, la **ubicación sistemática** del art. 425 en el Título de los delitos contra la vida, concretamente contra la salud y la integridad corporal, siendo el bien jurídico protegido distinto a los citados.

(10) En el Proyecto de Ley, el art. 425 figuraba sin contenido. No hubo ninguna enmienda en el Congreso. Su redacción definitiva fue propuesta en la enmienda 53 del Grupo Socialista en el Senado, probablemente como consecuencia de una serie de manifestaciones, por parte de grupos feministas pidiendo mayor severidad para los malos tratos, de los que con demasiada frecuencia las mujeres son objeto por parte de sus cónyuges. En detalle, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS/CRUZ BLANCA, M^º JOSÉ/OLMEDO CARDENETE, MIGUEL/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, FRANCISCA, *El delito de malos tratos: Un análisis del art. 425 CP*, Granada, pp. 16 y ss.

(11) VV.AA., *Violencia...*, ob. cit., p. 86.

(12) Por ejemplo, piénsese en los supuestos de vejaciones y maltrato de palabra, tales como insultos: «eres una zorra», «sólo me cuestras dinero», «no sirves para nada», etc.

b) La falta de malos tratos

En el anterior Código Penal, la falta de «malos tratos» se regulaba en el Título III, rubricado *De las faltas contra las personas* del Libro III *De las faltas y sus penas*, en el art. 582.2º CP (13):

«El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a que se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión.»

B) El Anteproyecto de Código Penal de 1991

El Anteproyecto de Código Penal de 1991, regulaba en el Título III del Libro II el tipo penal de «malos tratos», en el artículo 159.

El art. 159 disponía:

«El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, así como sobre..., será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.»

Como se desprende de la redacción del precepto, el legislador continúa la línea iniciada con la Reforma de 1989, ubicando el precepto en el Título relativo a las lesiones, aunque el bien jurídico del delito de «malos tratos» trasciende a la salud e integridad física.

En otro orden de factores, el Anteproyecto del 91 eleva las penas, respetando el principio de proporcionalidad.

C) El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992

El delito de malos tratos se regulaba en el artículo 161 del citado Proyecto, con el siguiente tenor literal:

«El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere 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, será castigado con la pena de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.»

El artículo 161 introducía una modificación significativa, respecto a la regulación anterior, que merece ser destacada. En el inciso final, el legislador apuntaba la **solución concursal**, cuando, además de los «malos tratos» habituales se ocasionaran lesiones. El artículo 161 indicaba el **concurso real** de delitos, al protegerse dos bienes jurídicos distintos, el del delito de lesiones (salud e integridad corporal) y el de «malos tratos» (la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad).

De otro lado, el artículo 161 de la Ley Orgánica de Código Penal de 1992 introduce un elemento —la *habitualidad*— no exento de polémica. Comúnmente, opina la doctrina que existe

(13) En detalle, *vid. Código penal comentado*, Madrid, 1990, p. 1076.

«habitualidad, cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a las que se refiere el apartado anterior, en los cinco años precedentes al de la comisión de la nueva infracción penal».

La principal crítica se argüía, respecto al término «habitualidad», al ser confundida con la «reincidencia», siendo ambos conceptos distintos; la «habitualidad» es una situación de hecho, mientras la «reincidencia» es un concepto jurídico, que implica requisitos procesales. Conforme con ello, existe «reincidencia» cuando previamente se han pronunciado sentencias firmes y definitivas, aún no prescritas(14).

D) El Código Penal de 8 de noviembre de 1995

Tras un breve pero intenso debate parlamentario, en Sesión celebrada el 8 de noviembre de 1995 se aprobó el texto final del Código Penal.

El delito de «malos tratos» se regula en el artículo 153 CP(15), al disponer:

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

El citado precepto fue introducido en el Código Penal de 1995 para incriminar los malos tratos en el ámbito familiar. Asimismo, podría entenderse como una **calificación de la falta de malos tratos** del artículo 617.2.2º CP, a la que se añade el elemento de la «habitualidad». Conforme con ello, en el caso donde se produjeran resultados lesivos, además de la pena correspondiente, se aplicarán las penas del delito de lesión. De este modo, nos encontramos ante dos delitos: uno de malos tratos; otro, también de resultado, bien de asesinato, bien de homicidio(16).

No obstante, la falta de malos tratos no coincide exactamente con el delito previsto en el art. 153 CP, pues el tipo objetivo se va a referir, exclusivamente, a la «violencia física», mientras que los casos de violencia psíquica serían reconducibles a la falta o, bien, al delito contra la integridad moral, previsto en el art. 173 CP(17).

Como novedad, el nuevo Código Penal amplía el círculo de sujetos pasivos del delito a los **hijos del cónyuge o conviviente y a los ascendientes**(18).

.....

(14) Vid. art. 136.2.2º CP.

(15) En detalle, vid. MUÑOZ CONDE, DP,PE, 11ª ed., Valencia, 1996, pp. 116-117 y 12ª ed., Valencia, 1999.

(16) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte Especial, 11ª ed., Valencia, 1996, p. 116.

(17) El art. 173 CP prescribe: «El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años». MUÑOZ CONDE, DP,PE, 11ª ed., ob. cit., pp. 116-117.

(18) MUÑOZ CONDE, DP,PE, 11ª ed., ob. cit., p. 117.

2.2. Análisis del artículo 153 CP

2.2.1. Bien jurídico y sujeto pasivo

A) La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico del artículo 153 CP

En Derecho Penal rige el principio de intervención mínima(19), conforme al cual, el Ordenamiento punitivo sólo va a tutelar aquellos bienes significativos merecedores de protección penal, una vez que los demás medios de protección han fracasado.

Partiendo de la clásica concepción de MAX ERNST MAYER sobre el bien jurídico, no cualquier objeto va a adquirir esta cualidad, sino sólo aquellos valores que reúnan tres requisitos. En primer lugar, el bien jurídico debe ser **merecedor de tutela penal** («Schutzwürdig»). En segundo término, ha de estar **necesitado de protección penal** («Schutzbedürftig»). Finalmente, **susceptible** de la misma («Schutzfähig»)(20).

Una vez admitida esta premisa, procede preguntarnos por el bien jurídico que se tutela en el artículo 153 CP, analizando sus caracteres principales.

De inmediato, cabe preguntarse por el objeto jurídico que se tutela en el citado tipo; ¿la vida, la integridad física?

Del precepto mencionado, parece que el bien jurídico tutelado en el artículo 153 CP trasciende la vida e integridad personales, por lo que se trata de un bien jurídico **pluridimensional**, distinto de aquéllos.

La doctrina penal ha elaborado varias teorías al respecto(21).

A nuestro juicio, las teorías pluralistas resultan ser las más correctas, basándonos en los siguientes argumentos:

.....

(19) Vid. n. 6.

(20) Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2ª ed., 1923, pp. 22 y ss.; en MUÑOZ CONDE, Introducción..., ob. cit., p. 72.

(21) a) Teorías monistas. Los partidarios de estas tesis consideran que el bien jurídico tutelado en el artículo 153 CP es único, concretamente, la salud personal, entendida como el «estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el sistema social» (MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, La reforma penal de 1989, Madrid, 1989, p. 78). Como argumento para constatar esta teoría, podría esgrimirse la propia ubicación sistemática del artículo 153 CP, en el Título III, Libro II, De las lesiones.

b) Teorías dualistas. Bajo esta denominación, se agrupan aquellas teorías que proclaman la existencia de dos bienes jurídicos protegidos en el artículo 153 CP. Básicamente, se trata de la salud física o mental, de un lado, y la integridad corporal, de otro (TAMARIT I SUMALLA, La Reforma del delito de lesiones, Barcelona, 1990, p. 34.).

c) Teorías pluralistas. Los autores que sostienen estas tesis, afirman la existencia de un bien jurídico pluridimensional, integrado por el derecho a la integridad física; el derecho a la salud física y mental y el derecho a la propia apariencia personal (TAMARIT I SUMALLA, La Reforma del delito de lesiones, Barcelona, 1990, p. 34). En detalle, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDINEZ, El delito de malos tratos..., ob. cit., pp. 42 y ss.

- El **bien jurídico** es más **amplio** que el del delito de lesiones, trascendiendo al concepto de «salud»(22).
- De otro lado, la propia **solución concursal**, apuntada por el legislador en el artículo 153 CP, («...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare») confirma que los bienes jurídicos son distintos(23).

La ubicación sistemática del artículo 153 CP en el Título III, del Libro II del Código Penal, ha suscitado un entendimiento erróneo por parte de un sector de la Doctrina penal, que había considerado como bien jurídico protegido en este delito la vida, la salud o la integridad física de las personas.

No obstante, entendemos que el bien jurídico tutelado en el citado precepto trasciende la vida(24), la salud y la integridad física, pudiendo incluirse también, otros valores reconducibles a los arts. 15 y 39 CE, tales como la integridad moral y el no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, la paz y el orden familiar, la normal convivencia del grupo familiar(25).

En síntesis, al margen de cada una de las teorías que sobre el bien jurídico del artículo 153 CP se han pronunciado, cabe afirmar que aquél presenta un **contenido heterogéneo, pluridimensional** (26), siendo distinto al que se tutela en los restantes preceptos penales del Título III. En concreto, aquel contenido heterogéneo se traduce en concretos valores como **la paz y convivencia familiar** (STS 1060/1996, de 20 de diciembre).

Como principales argumentos a favor de esta posición, pueden esgrimirse los siguientes:

- a) La configuración del tipo como un delito de hábito, significa que el legislador incrimina la violencia ejercida de forma reiterada, pero **únicamente** cuando recaiga sobre **determinadas personas que pertenezcan a un grupo familiar**(27).
- b) Asimismo, como quedó indicado *supra*, la redacción legal del artículo 153 CP *in fine* («...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare»), apuntando la solución concursal, conlleva la consideración de un bien jurídico distinto al de los malos tratos.

(22) En este sentido, asimismo, se han pronunciado VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTIS BERENGUER, CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, en *Derecho Penal. Parte Especial* (2ª edición, revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995), Valencia, 1996, p. 133.

(23) Concretamente nos hallamos ante un concurso real de delitos, como se verá *infra*. Si se tutelara el mismo bien jurídico, habría que aplicar el concurso de normas. De otro lado, VIVES, BOIX ORTIS, CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC consideran que nos hallamos ante un concurso de delitos (DPPE), *ob. cit.*, p. 133.

(24) VIVES/BOIX, DPPE, *ob. cit.*, p. 133.

(25) Vid. Circular nº 1/1998, 21 octubre. *Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar*. En la doctrina penal, Quintero Olivares considera que «se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia. Y, concretamente, su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno, en el sentido del artículo 15 de la Constitución española de 1978...» (cit. por VIVES/BOIX ORTIS/CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC en DPPE, *ob. cit.*, p. 133. Quintero considera que «se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia. Y, concretamente, su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno, en el sentido del artículo 15 de la Constitución española de 1987...», cit., por Vives, DPPE, *ob. cit.*, 1996, p. 133. Vid. asimismo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, pp. 50 y ss.

(26) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 53.

(27) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 34 y ss.; 95.

B) El sujeto pasivo

Una vez determinado el bien jurídico tutelado en el artículo 153 CP, procede preguntarse por el sujeto pasivo del mismo, con especial consideración a la *mujer*.

No obstante, antes de referirnos al precepto objeto de análisis, conviene realizar unas precisiones conceptuales, a fin de esclarecer la cuestión que abordamos. En ocasiones, la institución del *sujeto pasivo* es confundida con otra figura, bien distinta, como es la del *perjudicado*. Se entiende por tal a la persona que sufre, bien de un modo económico, o bien de un modo moral, las consecuencias del delito utilizándose en ocasiones como expresiones sinónimas. Si bien no existe identidad entre ambas figuras(28), en algunos casos pueden coincidir(29).

En resumen, puede entenderse por *sujeto pasivo* **la persona titular del bien jurídico ofendido** (30).

Tras esta breve puntualización, con relación al artículo 153 CP cabe preguntarse qué personas pueden revestir la cualidad de sujeto pasivo. Para ello, retomemos el citado precepto:

«El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro...»

De una lectura de la norma transcrita cabe deducir el extenso elenco de sujetos pasivos, más amplio que el contemplado en el Código Penal precedente(31), abarcando desde el cónyuge o pareja de hecho, los hijos propios o del consorte o compañero, los pupilos, ascendientes o incapaces convivientes, aquellos unidos por vínculos de patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho(32).

Refiriéndonos al artículo 153 CP, *sujeto pasivo* será la persona sobre la cual se ejerza violencia física habitualmente.

a) Cónyuge o conviviente

El cónyuge o conviviente sólo puede revestir la cualidad de sujeto pasivo, cuando la conducta típica del artículo 153 CP sea ejercida por su homólogo(33).

(28) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 71.

(29) QUINTERO, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 511.

(30) Antes de determinar el sujeto pasivo del tipo contenido en el art. 153 CP, conviene recordar que la definición sobre el sujeto pasivo se muestra imprecisa, y mantiene sólo interés para conocer quién es el titular del bien jurídico tutelado en el tipo penal (MUÑOZ CONDE, DPPE, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 280; 3ª ed., *ob. cit.*, p. 293).

(31) GONZÁLEZ RÚS, JUAN JOSÉ, en VV.AA. (CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN/MORILLAS CUEVA, LORENZO/POLAINO NAVARRETE, MIGUEL/PORTILLO CONTRERAS, GUILLERMO, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial I* (dirigido por Manuel Cobo del Rosal), Madrid, 1996, p. 170.

(32) VIVES/BOIX/ORTIS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial (DPPE)*, 2ª ed. revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996.

(33) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 72.

No sería válido el precepto, en el caso de que la violencia la ejerza la/el novia/o o amiga/o de la víctima, o convivieran sólo de modo esporádico(34).

b) Hijos

Sujetos pasivos del artículo 153 CP serán los hijos sometidos a patria potestad, cuando la conducta sea realizada por alguno de sus padres(35).

Sin embargo, los hijos no siempre van a revestir la cualidad de sujetos pasivos. En el caso de que la conducta típica sea ejecutada por **alguien distinto a sus progenitores** (por ejemplo, un hermano), padres adoptivos o cónyuge de su padre/madre, tal sujeto quedaría excluido del artículo 153 CP.

c) Menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho

En el artículo 153 CP, cuando la violencia ejercida habitualmente se dirija sobre menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho(36), la conducta típica ha de realizarla el **tutor o guardador**.

En otro caso, el comportamiento queda fuera del ámbito del artículo citado, reconduciéndose, en su caso, a los correspondientes delitos de lesiones, etc.

2.2.2. Conducta típica

A) La «habitualidad» de los malos tratos

El legislador penal de 1995 exige, entre los elementos típicos de la conducta del artículo 153 CP, que la conducta se realice **habitualmente**, «el que habitualmente ejerza violencia física...» describe el precepto.

Precisamente, la doctrina fundamenta la existencia del delito del artículo 153 CP en la habitualidad de las conductas de «malos tratos». De no existir este requisito, sólo habría faltas aisladas de malos tratos(37), punibles conforme al artículo 617 CP(38).

(34) En este sentido se ha pronunciado la STS 11 mayo de 1995, RJ 3625/95.

(35) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, ob. cit., p. 72.

(36) En detalle, vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, ob. cit., pp. 73-74.

(37) TAMARIT I SUMALLA, *La reforma...*, ob. cit., p. 174, cit., por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, ob. cit., p. 54, n. 46.

(38) El art. 617 CP establece: «1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses».

Llegados a este punto, cabe preguntarse por el concepto de «habitualidad». Ante la ausencia de una definición legal de la misma en el Código Penal de 1995(39), se hace preciso acudir a la elaboración doctrinal.

En opinión de MUÑOZ CONDE, se trata de un **concepto fáctico**; generalmente, se entiende como tal, la realización del hecho por lo menos 3 veces(40).

De la redacción legal del artículo 153 CP se desprende que la «habitualidad» de la conducta se configura como **elemento del tipo objetivo** con las consecuencias que ello implica.

«La habitualidad en el ejercicio de actos de violencia física... fue objeto de examen por la Circular 2/1990 de esta Fiscalía General, abogando por un concepto naturalístico, distinto del de reincidencia, y consiste en la repetición por el sujeto activo de actos de violencia física, con o sin resultado lesivo...»(41).

Por otro lado, cabe afirmar que el concepto de *habitualidad* ha causado gran confusión terminológica, identificándolo con otras instituciones, tales como la *reincidencia* o los *reos habituales*.

En primer lugar, entendemos que el concepto de *habitualidad* es distinto al de *reincidencia*, donde no se exige que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de idéntica naturaleza incluidos en el mismo Título.

En segundo lugar, el término *habitualidad* tampoco coincide con la figura de los *reos habituales*, donde el art. 94 CP opera a los solos efectos de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial exige, empero, que el sujeto activo haya llevado a cabo **tres o más actos**, en este caso de violencia física sobre las personas descritas en el tipo, **ligados temporalmente por una determinada continuidad o proximidad cronológica** (SSTS 28-2-1997, 20-5-1997 y 14-6-1997, entre otras(42)).

Una vez definido, *grosso modo*, el concepto de «habitualidad», es conveniente destacar que una de las principales dificultades que el artículo 153 CP presenta es la relativa a la **prueba** de aquélla.

La Fiscalía General del Estado ha afirmado que

(39) Por el contrario, el Proyecto de Código Penal de 1992 definía la «habitualidad» en su artículo 73, con el siguiente tenor literal: «A efectos de este Código, se consideran habituales los que hubieren sido condenados por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a cinco años, salvo lo que especialmente puedan disponer otros preceptos de esta Ley» (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, ob. cit., p. 22).

(40) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., ob. cit., p. 117. En el mismo sentido, VIVES, BOIX, ORIS, CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC, *DP.PE*, ob. cit., p. 133. GONZÁLEZ RÚS, JUAN JOSÉ, en *Curso...*, ob. cit., p. 170. Asimismo, vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos*, ob. cit., p. 62 («la habitualidad del delito de malos tratos debe ser entendida por tanto como un dato fáctico que exige al menos tres agresiones físicas previas, con una unidad de contexto y proximidad temporal»).

(41) Circular nº 1/1998, cit.

(42) Circular nº 1/1998, cit.

«la prueba de la habitualidad, como la acreditación de la realización de cada uno de los actos que la integran, exige, por respeto al principio de presunción de inocencia, que en los hechos probados de una sentencia penal se declare probada la realidad de tales actos y la existencia de una analogía u homogeneidad entre los mismos...», resultando «...indiferente que se declaren probados todos y cada uno de los actos que integran la habitualidad en una sola sentencia —la que condene por el delito del artículo 153— que, además de tal sentencia, existan otras anteriores que declaren probados determinados hechos aislados que en su consideración posterior conjunta evidenciaren dicho comportamiento habitual»(43).

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, será suficiente que medien **tres o más sentencias condenatorias anteriores por hechos que guarden conexión entre sí**, a fin de declarar la presencia de *habitualidad* en la conducta del artículo 153 CP(44).

Ahora bien, cabe preguntarse si los actos violentos constitutivos de **falta** que, por el transcurso del tiempo se hallen prescritos, puedan ser tomados en cuenta a fin de determinar la *habitualidad*.

La Fiscalía General del Estado se ha pronunciado en sentido afirmativo, al considerar que la violencia habitual se configura como algo más que los actos aislados que la integran.

Por lo tanto, «la mera vicisitud procesal de la prescripción de uno de tales actos individuales impedirá el castigo por el concreto resultado que haya producido, pero no que se pueda apreciar la existencia de una conducta distinta a aquélla: la violencia habitual. Esta no deja de existir por la prescripción de uno de los actos que la componen, pues se trata de una conducta distinta de aquélla. Por su parte, la violencia habitual, 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 ilícita situación (art. 132.1 CP)»(45).

Por otro lado, ¿cabe sumar los maltratos aislados a diferentes miembros de la familia para deducir la *habitualidad*?

La Circular 2/1990 sostuvo que no era posible sumar tales maltratos aislados para deducir de ellos la habitualidad de la conducta. No obstante, tal afirmación debe ser matizada en el siguiente sentido: sí cabrá sumar tales conductas de violencia dirigidas sobre **distintos miembros de la unidad familiar**, en cuyo caso se aprecia *habitualidad* en la conducta, cuando determinadas circunstancias (la convivencia en el hogar familiar de las víctimas) conlleven un clima de violencia doméstica, perturbadora de la convivencia familiar, en cuyo caso nos hallamos ante un único delito: el del artículo 153 CP(46).

(43) Circular nº 1/1998, cit.

(44) En este sentido, *vid.* STS 1060/1996, de 20 de diciembre, que aplicó el derogado artículo 425 ACP.

(45) Circular nº 1/1998.

(46) Circular nº 1/1998.

B) El sujeto activo

Si reparamos en la redacción del art. 153 CP, el legislador establece: «*El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad...*».

En primer término, cabe preguntarse por las personas que pueden realizar el tipo, a fin de determinar si nos hallamos ante un delito común o, en sentido contrario, un delito especial.

Si bien el legislador comienza la redacción con la expresión genérica «*El que habitualmente ejerza violencia física...*», no cualquiera va a ser sujeto activo del artículo 153 CP, teniendo en cuenta que la conducta típica debe ejercerse sobre el «*...cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro...*». De esto se desprende que entre el sujeto activo y el pasivo debe mediar un **vínculo conyugal, afectivo o familiar**, lo que convierte el tipo en un **delito especial propio**(47).

Como principal consecuencia de la configuración típica de delito especial propio(48), cabe apreciar la participación, aplicando las reglas de los delitos especiales propios(49).

Teniendo en cuenta la configuración del tipo como un delito especial propio, ¿de qué respondería el «*extraneus*» (particular) que induce al «*intraneus*» (por ejemplo, el marido) a cometer el delito del art. 153 CP?

Conforme a las reglas de la participación en los delitos especiales, el «*extraneus*», al ser un particular, sólo podría responder como **partícipe** del delito especial, al no existir un delito común que se corresponda con el del art. 153 CP, si bien con los Tribunales apreciarán la atenuante analógica del art. 21.6ª CP.

EXCURSO. ESPECIAL CONSIDERACION SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO

El propio legislador penal de 1995 contempla la posibilidad de incluir en el artículo 153 CP a las parejas de hecho, como se desprende de la redacción «*...por análoga relación de afectividad...*».

(47) VIVES/BOIX/ORIS/CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC, *DP.PE*, *ob.cit.*, p. 133. En sentido contrario, otros autores consideran que se trata de un delito especial impropio (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, pp. 36-37).

(48) Por delito especial propio se entiende «aquel que no tiene correspondencia con uno común, por ejemplo, el alzamiento de bienes». Por otro lado, son delitos especiales impropios los que «tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto, con punición también distinta, por ejemplo, falsificación de un documento público por un funcionario, arts. 390 y 391, tiene un régimen penal distinto y más severo que la misma conducta realizada por un particular, art. 392», MUÑOZ CONDE, *DP.PG*, 3ª ed., *ob. cit.*, p. 290.

(49) En estos delitos se plantan problemas de participación. El particular sólo puede responder como partícipe del delito especial (por ejemplo, la amante del marido le induce a maltratar a su esposa), ya que no existe un delito común que se corresponda con el especial. La Jurisprudencia más reciente aplica al partícipe *extraneus* la pena correspondiente al delito especial propio, pero apreciando la atenuante analógica del art. 21.6ª (cfr. SSTS de 12 de febrero de 1992 y de 18 de enero y 24 de junio de 1994), cit. por Muñoz Conde, *DP.PG*, 3ª ed., *ob.cit.*, pp. 499-500.

Si la relación conyugal es la que une al marido con la mujer, esto es, a las personas de distinto sexo que han contraído matrimonio —*vid.* art. 68 CC—; puede entenderse por **relación personal análoga al matrimonio**, únicamente la heterosexual, entre aquellas personas que, sin haber contraído matrimonio, convivan fácticamente «*more uxorio*»(50).

No obstante, quedan excluidas las «situaciones de noviazgo, **sin convivencia habitual bajo el mismo techo**», como se desprende de la doctrina jurisprudencial(51).

2.2.3. Tipo subjetivo

El delito contemplado en el art. 153 CP se configura como un tipo **doloso**. Si tenemos en cuenta que el dolo(52) se entiende como **conocimiento** y **voluntad** de la realización del tipo objetivo, el sujeto debe actuar conociendo no sólo que realiza la acción de maltratar, sino además, debe abarcar la relación parental o análoga(53).

En opinión de un sector de la doctrina no es posible invocar las causas de justificación como el **derecho de corrección** (54) o similares, al ser incompatibles con las conductas tipificadas en el artículo 153 CP.

Ahora bien, ¿qué sucedería si el sujeto actúa creyendo que lo hace lícitamente, llevado por un error?

El sujeto cree erróneamente que está obrando lícitamente, por lo que debe considerarse como un *error de prohibición* —art. 14.3 CP(55)—, lo que no va a incidir en la configuración típica del delito, sino en la culpabilidad del autor(56).

(50) MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *Código Penal de 1995. Un año de vigencia en la Doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Fiscalía General del Estado*, Granada, 1997, p. 218. En detalle, *vid.* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss.

(51) STS 659/1995, de 11 de mayo. En dicho caso, la relación existente entre el acusado y la víctima no pasó de una relación de noviazgo, bien que en ella llegasen a tener relaciones sexuales íntimas, teniendo el proyecto de contraer matrimonio en fechas relativamente próximas a los hechos de autos, a cuyo objeto el acusado se estaba construyendo una casa. Así las cosas, es patente que sin una interpretación extensiva de la expresión legal («análoga relación afectiva», a la de los cónyuges), legalmente proscrita, como ya hemos dicho, no puede entenderse incluida en la misma la relación que mantenían acusado y víctima al no convivir de modo habitual en la misma casa (STS 659/1995, 11 mayo. Ponente: Puerta Luis).

(52) Para las tesis finalistas, cuyos postulados compartimos, el dolo se entiende como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito (MUÑOZ CONDE, *DP.PG.*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 284). Conforme con ello, el conocimiento de la antijuridicidad no forma parte del dolo, sino de la culpabilidad. Las doctrinas causalistas clásicas habían concebido el dolo como un *dolus malus*; integrado por dos elementos, tales como: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica. No obstante, en la actualidad, en virtud de las tesis finalistas se adopta un concepto de dolo más restringido, que se entiende como *dolus naturalis*. Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la *situación* objetiva descrita por el *tipo del injusto* y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad). En detalle, *vid.* MIR, *DP.PG.*, 1990, p. 255; Roxin, *SAT*, 1ª ed., pp. 268 y ss.; 2ª ed., pp. y 347 ss.

(53) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *DP.PE.*, 11ª ed., *ob. cit.*, p. 117. En el mismo sentido se ha pronunciado González Rús, Juan José en *Curso...*, *ob. cit.*, p. 170. *Vid.* TAMARIT I SUMALIA, *La reforma...*, *ob. cit.*, p. 180, cit. por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 96, n. 99.

(54) En detalle, *vid.* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, *ob. cit.*, p. 97 y ss.

(55) «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

(56) En detalle, *vid.* REQUIJO CONDE, CARMEN, *La legítima defensa*, Valencia, 1999.

2.2.4. Problemas concursales: ¿concurso de delitos o concurso de leyes?

La violencia doméstica no sólo culmina con el delito de malos tratos, sino que, la mayor parte de las veces, desemboca en resultados aún más graves, ya de lesiones irreversibles, ya luctuosos.

De manera que, a la hora de incriminar los comportamientos delictivos constitutivos de malos tratos y homicidio, es preciso aplicar las reglas de los concursos, a fin de castigar con justicia a quien lleva a cabo un doble acto criminal.

Para resolver esta cuestión, se hace preciso determinar ante qué clase de concurso nos hallamos, justificando la respuesta.

A modo de hipótesis, supongamos que «A» golpeaba reiteradamente a su esposa «B» todos los fines de semana, insultándola, además de causarle hematomas y fracturas. Cierta día, «A» ejerció su conducta de forma más brutal, golpeando a su esposa en la cabeza, consecuencia de lo cual «B» falleció.

De este ejemplo se desprende la existencia de dos delitos distintos; en un primer momento, la conducta de «A» constituye el tipo de malos tratos (art. 153 CP), al ejercer una conducta de violencia física sobre su esposa «B». Posteriormente, el resultado de muerte también resultaría imputable a «A». ¿Cabe considerar que el homicidio posterior subsume los malos tratos? O, por el contrario, ¿deben incriminarse autónomamente?

A mayor abundamiento, se trata de resolver si una conducta, constitutiva de un delito de malos tratos, que produce además la realización de un tipo de homicidio, se debe valorar, desde el punto de vista jurídico-penal con arreglo tanto a la norma del artículo 153 CP como a la norma del delito de homicidio (art. 138 CP), sin infringir el principio «*ne bis in idem*». O por decirlo con otras palabras, ¿nos hallamos ante un concurso de delitos o ante un concurso (aparente) de leyes?(57).

Un sector de la doctrina penal(58) se muestra partidario de la solución del concurso de leyes(59), a resolver conforme al **principio de subsidiariedad**. De acuerdo con ello, el desvalor

(57) HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Delitos de peligro con verificación...», *ob. cit.*, p. 407. Sobre el concurso de leyes, *vid.* JOSHI JUBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», en *ADPCP* t. 42, Madrid, 1989, pp. 613 y ss.; la monografía de PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Madrid, 1991, *passim*; MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», en *Cuadernos de Derecho Judicial* («Delitos contra la vida e integridad física»), *CDJ*, pp. 43 y ss.

(58) Cfr., entre otros, Blei, *SAT* 18ª ed., 1983, p. 360; BENER, *Allgemeines Strafrecht* 1984, 171; KELLER, *Strafrecht*, 1984, 41; BAUMAN/WIEBER, *SAT* 9ª ed., 1985, München, p.p. 664; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Criterios de política legislativa*, Valladolid, 1986, p. 124; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 2ª ed., Barcelona, 1992, p. 208; WESSELS, *SAT* 22ª ed., 1992, p. 253.

(59) Con respecto al concurso de leyes, la doctrina mayoritaria (MUÑOZ CONDE/García Arán, *DP.PG.*, 2ª, *ob. cit.*, pp. 488-489; 3ª ed., *ob. cit.*, pp. 468, 511 y 520) considera que nos encontramos ante un problema interpretativo, pues ante «las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos».

Concretamente, el artículo 8 CP dispone: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

de la puesta en peligro, quedaría absorbido en la lesión, con lo que el delito de malos tratos perdería su carácter autónomo.

En nuestra hipótesis, el delito de malos tratos ejercido sobre «B» sería incluida en el desvalor de la conducta homicida.

No obstante, la doctrina mayoritaria, a la que nos adherimos discrepa de la solución antes expuesta, y se muestra favorable a considerar más correcta la solución del **concurso ideal de delitos**,⁽⁶⁰⁾ en aquellos supuestos donde se aprecia un delito de malos tratos, que posteriormente se ha actualizado en un delito de homicidio.

En síntesis, adoptamos la solución del **concurso ideal de delitos**, por las razones que a continuación se exponen:

- 1ª. El **principio de subsidiariedad**, esgrimido como principal instrumento para defender el concurso de leyes, no resulta aplicable a esta hipótesis, si tenemos en cuenta que los bienes jurídicos puestos en peligro, con relación al art. 153 CP (...) no son el mismo que el afectado (la vida de «B»).
- 2ª. Por otro lado, la propia redacción legal apunta a la solución concursal, cuando el legislador indica «...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare».

3. ASPECTOS PROCESALES: LAS MEDIDAS CAUTELARES ANTE LA PROTECCION DE LA MUJER («vorbeugene Massnahmen»)

3.1. Aspectos preliminares

Suele afirmarse que la sociedad que discrimina y denigra a la mujer es una sociedad que no ha alcanzado un nivel mínimo de progreso y una adecuada madurez.

La sociedad española a raíz de 1978 ha avanzado pasando a aquietar su vetusta legislación a unos parámetros, cuyo denominador común u objetivo prevalente, de entre todos ellos, es el de lograr la igualdad de la mujer frente al hombre. Esta adaptación⁽⁶¹⁾ ha sido de forma paralela en

3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

(60) Así, MUÑOZ CONDE, en *DP.PG*, ob. cit., 2ª ed., pp. 511, 514 y 596. El mismo en *DP.PE* 8ª ed., Valencia, 1990, p. 117. En el mismo sentido, aunque con reservas dada la ubicación sistemática del precepto, BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 124. Igualmente, COBO/CARBONELL, *DP.PE*, 3ª ed., Valencia, 1990, p. 610. cit. por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/CRUZ BLANCA/OLMEDO CARDENETE/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, *El delito de malos tratos...*, ob. cit., p. 103, n. 111.

(61) El legislador provocó, rápidamente, una adaptación a los mandatos constitucionales, en la legislación civil, así la Ley 11/1981, de 13 de mayo por la que se modifica la materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se regula el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio, entre ambas normas han dibujado un perfil que sitúa al hombre y la mujer en un plano aparente de igualdad, eliminando, en el ámbito civil, los vestigios discriminatorios existentes, con el siguiente panorama jurídico:

*Los cónyuges son iguales en derechos y deberes —art. 68 CC—.

*El respeto y la ayuda debe ser mutua entre el marido y la mujer, y actuar en interés de la familia —art. 68 CC—.

*La patria potestad sobre los hijos menores se ejerce conjuntamente entre padre y madre y siempre en beneficio de los hijos —art. 156 CC—.

todos los órdenes jurisdiccionales, pero cambiar la legislación no es alcanzar la igualdad; no obstante pese a los buenos propósitos del legislador, es preciso mutar las actitudes sociales de los ciudadanos⁽⁶²⁾.

Ciertamente, en la actualidad, el primer eslabón en alcanzar un *status* de igualdad de la mujer fue el acceso al matrimonio en idénticas condiciones, deduciéndose de ello, el que las relaciones jurídicas dimanantes, tanto en el ámbito patrimonial, como en lo afectante a las relaciones interconyugales: las que afecten a los hijos siguen las mismas pautas de igualdad.

Sin embargo, las relaciones y el trato familiar cuando presentan un cuadro clínico que rebasa los límites de la ética social⁽⁶³⁾ pasa a integrarse en el ámbito de la legislación penal. Ese reproche se efectúa a través de dos vías, la tutela jurídica y la tutela jurisdiccional.

La primera, su labor es de prevención, de tal forma que los textos legales contemplan y coaccionan regulando diversos comportamientos en las relaciones sociales, y en particular las familiares, tipificándolos como ilícitos penales. Pero, cuando ese efecto preventivo, buscado por el legislador con las normas, resulta inoperante han de aparecer otros operadores jurídicos, entre los que destacamos los órganos jurisdiccionales, los cuales llevan a cabo un efecto restaurador del Derecho transgredido. En definitiva, cuando el Derecho es transgredido y se atenta, en el marco doméstico, contra la mujer es cuando interviene el orbe jurisdiccional penal. Pues bien, dentro de estos parámetros tutelares jurídicos, quizás una de las manifestaciones más palmarias en cuanto a la protección de la mujer, ante aquellas situaciones de facto en que se ubica como cónyuge maltratado⁽⁶⁴⁾, haya sido la reciente reforma inferida tanto al texto sustantivo penal como a la Ley ritual penal, por 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 la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁽⁶⁵⁾.

*El domicilio conyugal se fija de común acuerdo —art. 70 CC—.

*La igualdad de los hijos se pregona tanto si son matrimoniales como extramatrimoniales —art. 108 CC—.

*La admisibilidad de todo tipo de pruebas, incluso, las biológicas para la investigación de la paternidad y maternidad —art. 127 CC—.

*Los bienes de la sociedad de gananciales son administrados conjuntamente por el marido y la mujer —art. 1375 CC—.

*Los bienes de los hijos se administrarán conjuntamente por el padre y la madre —art. 164 CC—.

*El matrimonio no conlleva la pérdida de la vecindad civil de la mujer —art. 14 CC—.

*La intimidación sobre la persona, no depende ya del sexo de la misma —art. 1267 CC—.

*La custodia sobre los hijos menores de siete años, la decide el Juez en interés del menor sin la preferencia de las madres.

(62) Existen otros operadores jurídicos con idénticos objetivos, así sin ánimo de exhaustividad el Consejo Rector del Instituto de la Mujer, el cual fue pionero con un plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990); la Comisión mixta del Ministerio del Interior/Ministerio de Asuntos Exteriores-Instituto de la Mujer, creando servicios de atención a la mujer y realizando seminarios a los miembros de las FCSE de difusión de los derechos de la mujer e ilícitos contra ellas; la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas, que celebra cursos y seminarios, como el recientemente conmemorado en la Universidad Internacional de Andalucía con sede en Baeza (Jaén) denuncian los malos tratos de la mujer; la Diputación Provincial de Sevilla, con la convocatoria de los Premios de Investigación para la Mujer; el Servicio de Violencia Familiar, creado en el seno de la Fiscalía, dirigido por un Fiscal y con unas pautas organizativas que faciliten este tipo de hechos, etc.

(63) En esta línea el legislador con esta Ley 14/1999, ha derogado el obsoleto contenido del artículo 104 de la LECrim, en el que contemplaba la desobediencia de la mujer a su marido.

(64) Vid. MORENO RETAMINO, JUAN L., «Protección del cónyuge maltratado», en *La Toga* nº 1109, julio-agosto 1999, pp. 33-37.

(65) Esta Ley 14/1999, de 9 de junio ha modificado en el Código Penal los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620; y, en la LECrim, los artículos 13, 14, 103, 104, 109, 448, 455, 544 bis, 707, 713.

Visto y analizado *supra* la reforma del Código Penal en lo relativo al delito de malos tratos, es preciso el análisis de la reforma desde el punto de vista procesal, en particular, el avance en la defensa de los intereses del sujeto pasivo de esos maltratos. En este marco es donde debemos situar los apartados siguientes.

3.2. Las primeras diligencias («ersten Ermittlungen»)

Ante hechos que constituyen violencia física o psíquica y dentro del restablecimiento del derecho transgredido, las medidas cautelares conforman un elemento vital en cuanto a garantizar la futura ejecución(66), y situarlas dentro de las llamadas primeras diligencias, suponen un aporte incalculable para la necesaria y rápida protección del agredido y víctima.

Efectivamente, con anterioridad al auto de incoación, que, en sentido estricto, da comienzo al sumario o a las diligencias previas, y que se siguen bajo la directa intermediación del Juez de Instrucción competente, pudo haberse dispuesto determinados actos de aseguramiento por otras Autoridades Judiciales.

Por ello, estas primeras diligencias se sitúan procesalmente en una fase que se podría calificar de preprocesal, en la que aún los hechos no están suficientemente delimitados y constatados, y no existen todavía datos ciertos.

Estas primeras actuaciones se regulan en el artículo 13 LECrim., cuya precedente regulación(67) dibujaba un contenido(68) ambiguo al utilizar la fórmula «dar protección a los perjudicados (...) y detener en su caso a los presuntos reos». Por ella, era posible acordar determinadas medidas cautelares diversas a la de detención o prisión preventiva, y que afectaban a otros derechos.

Pero qué derechos delimitaba. Sin ánimo de entrar a analizar el posible contenido de este precepto, hoy derogado, sí ponemos de relieve, como decía SAINZ DE ROBLES(69), que éste concedía unas «potestades judiciales inexploradas», sin más límites que, quizá, los derechos o intere-

.....
(66) Hemos de decir que las medidas cautelares que analizamos tiene como justificación, entre otras, el anticipo de la pena accesoria que se contempla en el art. 57 CP, no excediendo de 5 años, pudiéndose imponer en la sentencia las siguientes prohibiciones:

- La de aproximarse a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La de que se comunique con la víctima, o con aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

(67) Sobre esta materia se ha consultado: ARANGÜENA FANEJO, CORAL, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso español*, Barcelona, 1991, pp. 268 y ss.; CUBERO FORES, DAVID, «Las primeras diligencias. Examen del artículo 13 LEC. Protección de la víctima y aseguramiento del delincuente. Límites del Juez Instructor», en *Estudios Jurídicos* II, Ministerio de Justicia, 1998, pp. 11-28; JORGE MÉSAS, LUIS FRANCISCO DE, «La protección de los intereses de la víctima por los Tribunales», *Actualidad Jurídica* n.º 156, junio 1994, pp. 2 y ss.; NAVAS CÓRDOBA, JUAN ANTONIO, *Las competencias civiles de la Jurisdicción Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1998, pp. 217 y ss.; PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Las medidas cautelares reales en el proceso real ordinario español*, Madrid, 1985, pp. 131 y ss.; SAINZ DE ROBLES, FEDERICO, «La reforma del proceso penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos* n.º VIII, 1985, pp. 181 y ss.; SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pp. 123 y ss.

(68) Decía este artículo: Considerándose como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente y detener en su caso a los reos presuntos.

(69) SAINZ DE ROBLES, FEDERICO, «La reforma del proceso..», *ob. cit.*, p. 193.

ses de terceros, pero siempre con una mirada hacia la protección de la víctima o perjudicado. Es por ello, que, en esta dirección, entendemos que el precedente art. 13 LECrim., ya era permisivo en cuanto a la adopción de amplias medidas protectoras de los perjudicados y, por qué no, la de poder acordar por los órganos jurisdiccionales medidas personales restrictivas de derechos como las que hoy, felizmente, *ex lege* se permiten.

En el Derecho vigente, el legislador, sumamente sensible con el problema de los malos tratos, ha perseguido y priorizado el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima ante despreciables conductas, mediante la introducción de nuevas medidas cautelares que permitan el rápido distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, incluso desde los primeros instantes de las actuaciones judiciales, a través de las denominadas primeras diligencias.

Estas modificaciones procesales, junto a las inferidas al Código Penal(70), son fruto y tienen su origen inmediato en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, donde se aprueba un plan de acción con el objeto de erradicar tan lamentables actitudes delictivas como son los malos tratos, cercenando en la medida de lo posible mediante la rápida e inminente adopción de las medidas precisas para conseguir el preciso distanciamiento físico del agresor respecto a su indefensa víctima.

Así, la nueva dicción del artículo 13 de la norma procesal penal es más esclarecedora, si bien por la vía de la remisión:

«Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente Ley.»

La modificación, por tanto, ha ido en una doble dirección; por un lado, la ampliación del ámbito subjetivo de protección y, por otro, ha llenado de contenido, al menos, parcialmente, esa tutela enunciativa de los perjudicados, familiares y otras personas, a través de un doble reenvío: a otro precepto del mismo texto legal, en concreto el artículo 544 bis, remitiendo éste, a su vez, a los supuestos típicos del artículo 57 CP.

Se ha de poner de relieve que estas medidas, aunque de *lege ferenda*, se venían acordando por los órganos jurisdiccionales, y es ahora cuando no deja lugar a duda de su constitucionalidad al existir una norma habilitante.

3.3. Alcance constitucional y conceptual de la novedosa medida protectora de la víctima

Ciertamente, la primera cuestión a dilucidar una vez visto su vespertino momento procesal en que se pueden acordar, es si estas medidas ¿se pueden ubicar entre las atentatorias a la libertad y seguridad del artículo 17.1 CE o, por el contrario, atentan a otros derechos fundamentales?

.....
(70) Este acuerdo culmina con la Ley 14/1999, de 9 de junio de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para el análisis de la cuestión hemos de barajar los preceptos constitucionales del artículo 1.1 donde propugna la libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico, el artículo 17.1 en cuanto delimita el derecho fundamental de toda persona a la libertad y seguridad, y, como no, el derecho a la libre elección de su residencia y a la circulación por el territorio nacional contemplado en su artículo 19 CE.

Partimos, al estar fuera de toda duda, que la prohibición de acceso a determinados lugares, siempre supondrá una limitación al derecho fundamental a la libertad en la elección de su residencia y de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE). Esta afirmación es porque este derecho constitucional consagra «la libre facultad para desplazarse por todo el ámbito del territorio nacional, en el tiempo y forma que cada ciudadano estime oportuno, así como el derecho a determinar libremente el lugar o lugares donde desea establecer su residencia, ya sea con carácter transitorio o permanente»(71), el cual, como se puede apreciar, se ve cercenado. En este sentido, el TC ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que, la medida que constituye la obligatoriedad de las comparecencias a los Juzgados que se hallan en libertad provisional ya comporta una limitación a este derecho constitucional previsto en el art. 19, por lo que con mayor motivo, entendemos, supondrá una limitación a ese derecho la prohibición de acceder a determinados lugares(72).

Pero la duda que nos asalta es si estas medidas cautelares se incluyen en el contenido del artículo 17.1 CE, es decir, si en el concepto de libertad tutelada por el artículo 17.1, y cuya limitación está tasada con la fórmula «... los casos y en la forma previstos en la Ley», se pudiera incluir como uno de ellos el supuesto contemplado en el artículo 544 bis LECrim.

Efectivamente, la primera prescripción ha sido cumplida al regularse por la vía de la ley orgánica, exigencia prevista en el art. 81 CE para la limitación de todo derecho fundamental.

También es cierto que, la protección dispensada por el artículo 17.1 alcanza tanto a las detenciones preventivas o situaciones de prisión provisional anterior a la sentencia, como a la privación de libertad posterior a ella (STC 140/86, de 11 de noviembre), pero ellas lo que constituyen es un concepto de privación de libertad ambulatoria en sentido estricto, pues, según ha dibujado el TC en Sentencia 120/1990, de 27 de junio, «la libertad personal protegida por este precepto —art. 17.1— es la libertad física, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que se pueda cobijar en el mismo una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad (...) es un valor superior del ordenamiento jurídico, art. 1.1 CE...». Se ha de tener, asimismo, en cuenta que este valor supremo de la libertad de nuestro primer artículo constitucional queda, igualmente, limitado en el inculcado por la prohibición de comunicación con determinadas personas; pues así se deduce del contenido de nuestro supremo intérprete en la Sentencia 83/1984, de 24 de julio, al indicar que «...el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas...».

.....
(71) Siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR en los comentarios al artículo 19 CE, en GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Comentarios a la Constitución*, De Civitas, Madrid, 1985.

(72) En este sentido, la libertad de residencia y la obligatoriedad de presentación ante el juzgado, el TC ha dicho también en ATC 650/1984, «... la presentación ante el Juzgado por ser una medida cautelar legalmente prevista, aunque ciertamente significa una restricción del derecho de libre elección de residencia, no constituye una vulneración al mismo aquella resolución judicial que, como ocurre en el presente caso, impone tal obligación dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho...» (STC 85/1989, de 10 de mayo).

Abona también esta afirmación su ubicación en la Ley procesal, al margen de otras conclusiones deducibles, y que posteriormente se pondrán de manifiesto, de esta situación. Situar las medidas cautelares en el artículo 544 bis, dentro del Título VII, rotulado «De la libertad provisional del procesado», perteneciente al Libro II «del sumario», es porque su razón de ser van paralelamente a esa situación personal. Estas medidas han tenido ahí su encaje porque sólo desarrollarán su eficacia cuando el inculcado se halle en libertad provisional, con o sin fianza, es decir, su razón de ser va solapada a la libertad, pues en el caso de existir otras medidas cautelares personales más restrictivas de la libertad, como la detención o prisión provisional, esta medida perdería su efectividad.

Y más, no fuera de lógica, se hallan junto con otras medidas restrictivas de derechos, como la retirada del permiso de conducir vehículos de motor —art. 529 LECrim.—, o la obligación de comparecer *apud acta* en los días que se señale ante quien conozca de la causa —art. 530 LECrim.—. Así que, la declaración de dichas medidas, normalmente, podrán ser decretadas como un pronunciamiento más en el auto en que se decreta su libertad provisional.

En definitiva, estas medidas son limitativas del derecho fundamental de los españoles de libertad de residencia y circulación, así como la libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico, pero no podemos encuadrarlas como uno de los supuestos que limitan el derecho de libertad del artículo 17.1 CE.

Así, sobre esta base, conceptualmente, se podría entender estas actuaciones «como una medida cautelar, de carácter personal, que puede adoptar la autoridad judicial y que consiste en limitar el derecho de la libertad de circulación y movimiento de una persona con la finalidad de proteger a la víctima de delito, consistente en prohibir residir o acceder a determinados lugares o en comunicarse con determinadas personas».

3.3.1. Ambito objetivo

En primer lugar, hemos de definir su ámbito de aplicación. El Código Penal (art. 57) delimita el ámbito de aplicación de dichas medidas, dibujando de forma genérica la tipología, así estarán permitidas decretarlas en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, el honor, el patrimonio y el orden económico. Es decir, cada enunciado responde a un Título del Código Penal donde contempla las diversas formas de comisión de estos ilícitos.

Por otro lado, la nueva Ley ha delimitado el tipo de malos tratos contemplado en el artículo 153 CP y, evidentemente, como no podía ser otra cosa, con independencia del concurso con otros delitos, la comisión, en particular, de este tipo conllevará la posibilidad de adopción de estas medidas cautelares, ya que precisamente el objeto de la reforma ha sido el reforzamiento de medidas en la defensa de las víctimas.

Constituye ese enunciado de delitos, una descripción *apertus* de delitos, a los que se pueden aplicar las referidas medidas, pero no sólo por su descripción que dibuja tipología genérica, sino por el propio criterio de protección a los ofendidos o perjudicados, familiares y otras personas como última *ratio*, lo que permitiría(73) acordarlas allá en cuantos tipos sea estrictamente preciso su adopción.

.....
(73) Como ya se venía haciendo de *lege ferenda* en el foro apoyándose en el art. 13 LECrim.

Ante estos ilícitos penales, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada, y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado unas novedosas y necesarias medidas restrictivas de derechos.

Como ya hemos aludido, si partimos de un concepto amplio de libertad, y en concreto de la persona, se establecen en las normas procesales unas medidas limitativas de dicha libertad, entendida como un derecho natural de la persona a su libre movimiento. Pues bien, además de las restrictivas típicas de la estricta libertad ambulatoria, el más preciado y fundamental de todos los derechos subjetivos, públicos y privados(74): como la detención(75), prisión preventiva y libertad provisional, encontramos otras limitativas de otros derechos, como privación del permiso de conducir vehículos de motor o ciclomotores, clausura provisional de medios de difusión, prohibición de abandonar el territorio nacional, prohibición del empleo de armas, vigilancia de los movimientos del imputado, etc., o limitación de la libertad en un sentido amplio, como, aquellas que pasan a completar este *numerus clausus*, y las que conforman prohibiciones al inculcado de residir o acudir en determinados lugares, y aproximarse o comunicarse con determinadas personas, como medidas cautelares o de carácter personal.

Estas últimas restringen la libertad del sujeto pasivo sin su reclusión en un centro penitenciario, no obstante, estas medidas personales proporcionan una respuesta adecuada, de un incommensurable valor, en la prevención de un grupo de delitos cometidos en un ámbito tan difícil de detectar judicialmente como es el círculo familiar, donde si los efectos no son externos y de una entidad, a veces ya de difícil subsanación, que no llegan a ser conocidos por los órganos jurisdiccionales, pues su denuncia, por la presión que se suele ejercer sobre la víctima, es de difícil prosperabilidad.

En definitiva, los órganos jurisdiccionales podrán acordar, novedosamente, cuando se investigue un delito, las siguientes medidas cautelares personales:

- la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma;
- la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas;
- la prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

El alcance de estas medidas es satisfecho por el legislador penal en su artículo 48, en tanto define la sanción penal accesoria que se establece para el artículo 57 CP, ya que «la privación del derecho a residir en determinados lugares» o «acudir a ellos» impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

En cuanto la «prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal» impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

(74) Según define la Exposición de Motivos de la Ley reguladora del procedimiento del *Habeas Corpus*.

(75) Vid. GÓMEZ DEL CASTILLO, MANUEL/NAVAS CÓRDOBA, JUAN ANTONIO, «La detención en el ámbito militar», *REDEM* n.º 68, julio-diciembre 1996, pp. 63 y ss.

Y, finalmente, la «prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal» impedirá al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medido informático o telemático, contactos escrito, verbal o visual —art. 48 CP—.

Por otro lado, pese a establecer —art. 57 CP último párrafo— la misma sanción accesoria para las faltas contra las personas tipificadas en los artículos 617 y 620 CP, aun con diferente penalidad (máximo 6 meses), no será posible acordar en estos casos las referidas medidas cautelares, porque, la dicción del artículo 544 bis CP prescribe con suma transparencia, su acuerdo exclusivamente a los supuestos en que investigue un delito de los enunciados en el artículo 57 del Código Penal y no para sus faltas.

Queda claro, pues, que respecto al ámbito objetivo, el órgano jurisdiccional al acordar las medidas habrá de definir y delimitar, nombre de la persona a la que se le impide acercarse, lugar donde no puede ir o residir, ya sean sus domicilios, centros de trabajo o sitios frecuentados por las personas protegidas, siendo finalmente referenciados los medios telemáticos, como fax, y sobre todo los teléfonos con los que no puede contactar.

Así pues, y como resultante de ese ámbito, a nuestro entender, estas medidas tienen un objetivo complementario, cual es dar protección a personas durante la investigación de un delito, con el marcado por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, si bien, éstas dentro del objetivo del cumplimiento del deber constitucional de colaborar con la justicia, y aquéllas dentro del manto protector a las víctimas o perjudicados de los ilícitos penales siendo primariamente la defensa de su integridad, ello no evita que puedan existir puntos de contacto y, por qué no, una colaboración igualmente con la Administración de Justicia.

Evidentemente, ambas normas deben estar pensadas en el necesario equilibrio entre el derecho del imputado a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos, peritos, víctimas y sus familiares, pero la vía de lograr el fin de ambas instituciones «proteger» es distinto, la primera, se logra a través de mantener a los sujetos testigos, peritos, etc., de estas medidas, preservando sus identidades, sus domicilios, profesiones, lugares de trabajo, mientras las medidas cautelares, además de tener diferente naturaleza, los sujetos a proteger pueden ser diferentes, además de que esos datos enunciados de la víctima, de seguro que serán conocidos por el inculcado. Sin duda, todos los datos identificativos y circunstancias personales en las que se desenvuelve la víctima de los malos tratos son sobradamente conocidos por su agresor, por lo que quizás estas medidas cautelares debieran ser complementadas con otras protectoras de desvirtuación de esos datos y circunstancias conocedoras por su agresor, de lo contrario éste siempre tendrá el camino expedito, al margen de medidas cautelares, para el cumplimiento de su objetivo agresor(76).

(76) Ciertamente, nos parecen apropiadas las medidas que puede adoptar el Órgano Jurisdiccional según la Ley Orgánica 19/1994, de protección de testigos y peritos, determinada en su artículo 3.2, donde dice: «... En casos excepcionales podrán facilitarse documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo...». Evidentemente, por aplicación del contenido del artículo 11.2 de la referida Ley, en que esa protección se extiende no sólo a los testigos y perito, sino también a su cónyuge o persona a quien se halle ligado, ascendientes, descendientes o hermano, entendemos que también será posible conceder estos excepcionales cambios y ayudas a las personas protegidas de nuestro artículo 544, bis LECrim.

3.3.2. Ambito subjetivo

A) Organo jurisdiccional

Evidentemente, si la adopción de estas medidas cautelares protectoras del ofendido o perjudicado y sus familiares pueden ser decretadas desde *ab initio* prácticamente desde que se tiene conocimiento de la *noticia criminis*, en las primeras diligencias, que como arriba hemos indicado corresponde al órgano jurisdiccional incompetente, con mayor razón estas mismas medidas pueden ser adoptadas por el Juez o Tribunal competente que haya iniciado la investigación del delito y durante todas las fases del proceso. Esto nos lleva a que será fundamentalmente el Juez o Tribunal que realice la instrucción aquel que acuerde estas mismas medidas de cautela.

Sin embargo, ¿es posible su adopción por parte de los Jueces de Paz en casos de violencia doméstica? Estos órganos jurisdiccionales tienen muy limitadas sus atribuciones en el orden penal, y pese a que el art. 100.2 *in fine* de la LOPJ, les otorga la posibilidad de intervención «...es cuestión de determinar singularmente el alcance de estas actuaciones...». Pues bien, pese a que la mayoría de los estudios doctrinales obvian el alcance de esta frase, es nuestro parecer, compartiendo el de COBOS GAVALA, el que caen dentro de la competencia objetiva de los Jueces de Paz «... instruir las primeras diligencias en los casos de los delitos cometidos en el término, en tanto no actuaran los jueces superiores»(77). Así que, a prevención atribuida a los Juzgados de Paz puede amparar el acuerdo de estas medidas, ya que son tuteladas por las llamadas primeras diligencias, aunque consideramos la situación poco probable, pues si la situación alcanza la gravedad y la necesidad precisa para decidir el acuerdo de estas medidas personales, lo previsible que mientras se hace cargo el Juez de Instrucción competente para la instrucción del proceso, el inculpado posiblemente se halle detenido.

De vital se ha de calificar la intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación de estos procesos y, fundamentalmente, en la preservación de los efectos en los ilícitos de malos tratos. Partimos de que existen unas limitaciones a cuantas diligencias dirigidas a esclarecer los hechos puede efectuar u ordenar, como que éstas «no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos», según los términos en que se expresan los artículos 5 del EOMF y el art. 785 bis LECrim.

Es decir, respecto a las diligencias a acordar por el Ministerio Fiscal, éste no podrá adoptar ningún tipo de medida cautelar de índole personal ni real(78), salvo la detención, que es la pre-

(77) COBOS GAVALA, ROSA. «El Juez de Paz en la ordenación de la instrucción española». Ministerio de Justicia. Madrid, 1989, 1989, p. 214; a equivalente conclusión llega ABELLA POBLIT, MANUEL; CARRASCOSA LÓPEZ, VALENTÍN; VARÓN COBOS, RICARDO, *Manual de los Juzgados de Paz, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Madrid, 1990, pp. 321 y ss.

Aunque la legislación actual, como se puede observar, es oscura en cuanto al alcance de esta terminología preventiva, no ocurría igual a la precedente LOPJ de 1870, donde en sus artículos 270 y 271, dentro de las competencias penales de estos Juzgados, establecía como propia:

— «..

— Instruir a prevención las primeras diligencias en causas criminales».

(78) En esta dirección la Circular nº 1/1989 de la Fiscalía General del Estado al enumerar los actos (de instrucción) reservados a la Autoridad Judicial, y excluyendo, por tanto, del Fiscal

1º. La adopción de la prisión provisional —art. 17.2 CE—, con o sin fianza.

2º. La adopción de otras medidas cautelares personales, como retirada de pasaporte, permiso de conducción, etc. —art. 784.8, c) LECrim.—.

vista para cualquier autoridad no judicial por el art. 17.2 CE, por lo que su intervención se circunscribirá a instarlas o informarlas y posteriormente controlar su cumplimiento ya sea por sí mismo o a través de las oportunas órdenes a la Policía Judicial.

Efectivamente, tras la Constitución Española, el Ministerio Fiscal adquirió un importante protagonismo en muchas parcelas del ordenamiento jurídico, singularmente en materia de derechos fundamentales, ya que en ellos concurre un destacado interés público(79).

Pero dentro de esa relevancia se ha de valorar en el Ministerio Fiscal la difícil tarea, que le viene conferida (art. 781 LECrim.) de velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito(80). Así como que en virtud del art. 785 bis inviste al Ministerio Público para poder practicar él mismo o de ordenar a la Policía Judicial que se practiquen las diligencias que estime pertinentes, pero estas posibilidades conferidas no aluden a la instrucción de las primeras diligencias que contempla el art. 13 LECrim., pues el contenido de aquél es más amplio, y desde el punto de vista temporal no tiene una limitación como se establecen para aquéllas(81). Así que, queda obvio la presencia del Fiscal desde esas primeras diligencias en la defensa de los intereses de la víctima por lo que deberá controlar las circunstancias y presupuestos que permitan la declaración de dichas medidas y, en su caso, solicitarlas.

Esa protección exigirá que cuando concurren los presupuestos precisos y determinados en el art. 544 bis, sea el propio Ministerio Fiscal el que, en defecto de ser acordadas de oficio, inste del órgano jurisdiccional el acuerdo de las medidas cautelares, a los efectos de llevar a cabo el necesario distanciamiento de la víctima y perjudicado de su agresor. Obviamente, surge la duda en cuanto a la posibilidad de decretar alguna de estas medidas si las agresiones físicas o psíquicas son constitutivas de falta. Ciertamente que en estos casos no se admite la resolución de las medidas cautelares personales, pero en cualquier caso la posición del Ministerio Fiscal ha de ser de intervención en el procedimiento, aunque fuere constitutivo de falta, pues los malos tratos de obra, de palabra incluso psíquicos entre cónyuges ya sean reconducidos por falta del art. 617.2 CP o subsumible en injurias livianas del art. 620.2 CP, como dice la Instrucción 2/1990, de 8 de marzo, sobre intervención del Ministerio Fiscal en los juicios de faltas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado, debe ser esta preceptiva, ejercitando las acciones fueren precisas para subsanar, en caso contrario, ese vicio procesal, máxime cuando tras la reforma del art. 104 de la Ley procedimental penal, este tipo de faltas se persiguen de oficio.

Se ha planteado la necesidad de creación de una Fiscalía especial al objeto de persecución de estos hechos. La Fiscalía General del Estado a través de la Circular 1/1998, ha mostrado su desacuerdo a esta iniciativa, en base a que para atajar este tipo de hechos es suficiente con algunas medidas organizativas, como la llevanza de un Registro(82) especial de causas de violencia doméstica con una estadística fiable y completa, que faciliten la persecución de los mismos, asegurando la vigencia del principio de unidad.

(79) Puesto de relieve ese interés público por el Tribunal Constitucional en Sentencia 65/83, de 21 de julio.

(80) En iguales términos la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado.

(81) ORTELL RAMOS, MANUEL, *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, Barcelona, 1994, p. 138.

(82) Este Registro propuesto, recopilaría todas las denuncias o querrelas y las resoluciones de los procesos penales de que conozcan sobre esta materia, los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, o cualquier otro procedimiento civil donde se aleguen malos tratos al cónyuge o hijos, todos los atestados procedentes de las FCSE en los que tramiten hechos de esta naturaleza, con ello se lograría un tratamiento conexo de las conductas violentas reiteradas atribuidas a una determinada persona, a los efectos del tipo del artículo 153 CP.

Sobre ello, entendemos que las ventajas de la creación de esta Fiscalía serían superiores a los inconvenientes de tipo organizativo, por lo que apostamos por este logro al objeto de conseguir un verdadero cuerpo que luche contra la actual lacra que constituye la violencia doméstica.

B) Sujeto pasivo de la medida

El sujeto pasivo será la persona del inculpado en la que concurran los presupuestos, que se estudian posteriormente y, sobre el que recaerá esa disminución de la libertad individual.

C) Beneficiarios de la medida

Junto a estos elementos subjetivos tratados, hemos de señalar los beneficiarios de estas medidas. En primer lugar, el legislador en su artículo 544 bis, sólo señala como sujetos beneficiarios de forma genérica a la víctima.

No obstante, si examinamos el contenido de los dos preceptos que se relacionan, el artículo 13 y el referido artículo 544 bis, ambos del mismo texto legal la LECrim., vemos una asintonía entre el artículo 13, donde esa protección las extiende enunciativamente a «*los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares u otras personas*», mientras, como hemos dicho, el art. 544 bis extiende esa tutela sólo a la «*víctima*» (párrafo I).

Por otro lado, como ya hemos observado, al enunciar los sujetos protegidos en el artículo 13 reenvía diciendo que éstos pueden ser sujetos de las medidas cautelares del artículo 544 bis LECrim., el cual ya no enuncia los beneficiarios de las mismas, sino solamente utiliza el término genérico de víctima. Es decir, que en su afán simplificador, desde el punto de vista subjetivo, ambos preceptos (artículos 13 y 544 bis) son complementarios, por lo que creemos que el ámbito subjetivo de los beneficiarios de esas medidas cautelares serán los establecidos en el artículo 13 de la LECrim., ya que éste procede de aquél.

Así refiriéndonos los beneficiarios delimitado en las primeras diligencias, no ofrece problema el término ofendido o perjudicado, suficientemente perfilado por la doctrina y jurisprudencia, sin embargo el alcance de «*sus familiares u otras personas*» es lo que nos hace intentar ver el alcance de estos términos.

Se ha de partir, de que obviamente, estos familiares o personas han de estar fuera de la situación de ofendido o perjudicado, en cuyo caso sobraría su utilización por parte del legislador.

En segundo lugar, el límite de este concepto de «*familiares*» habremos de obtenerlo dibujando el alcance del concepto «*ofendido o perjudicado*», y, por exclusión, serán aquellos de dicho entorno familiar que no se vea contenido por el mismo. Luego, *a priori* no se puede decir a quienes abarcan, pero sí de forma excogitable, es decir serán aquéllos del entorno familiar que caen fuera para ese supuesto singular del carácter de «*ofendido o perjudicado*». Términos que normalmente coinciden en la misma persona, pero no tiene por qué ser siempre así; el perjudicado es sólo el que sufre alguna consecuencia del hecho delictivo, es decir sufre directamente los perjuicios materiales o morales de dichos hechos, mientras que el ofendido es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el ilícito penal(83).

(83) Vid. MONTERO AROCA, JUAN (con ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN REDONDO), *Derecho Jurisdiccional: Proceso Penal*, Valencia, 1997, pp. 67 y 68.

Finalmente, el legislador ha querido establecer una cláusula de cierre al decir «*otras personas*», para amparar todas aquellas que siendo necesario proteger no estén vinculadas por el nexo familiar o de análoga relación y por supuesto no se puedan incluir bajo el carácter de perjudicado u ofendido. Por lo que se verifica de una forma clara y evidente la tutela de la víctima, sin establecer un límite parental que excluya la aplicación y tutela a través de esas medidas cautelares.

3.3.3. Presupuestos para su adopción

Como medida cautelar exige los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris* o apariencia y justificación del derecho subjetivo, supone la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada. Es decir, debe concurrir un elemento objetivo en cuanto a la existencia de unos hechos que revistan el carácter delictivo (uno de los ilícitos de los contemplados en el art. 57 CP) los cuales se estén investigando, y un elemento subjetivo por el que existan motivos bastantes para creer criminalmente responsable a la persona contra quien se haya de dictar la resolución judicial.

El *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, en estos supuestos, *ab initio* no vendrá determinado por el peligro de fuga o la ocultación personal o patrimonial del imputado, sino por peligro físico y psíquico que supone para las víctimas la presencia en determinados lugares o la comunicación con aquéllas del imputado evitando la reiteración delictiva, junto con el peligro que supone su presencia en esos mismos lugares y comunicaciones entorno a frustrar la investigación en curso, mediante amenazas o coacciones que logren modificar sus testimonios.

Por otra parte, con referencia específica a los malos tratos, la alarma social que provoca la comisión de estas conductas exige una respuesta a esa reacción social de satisfacer unos sentimientos sociales de seguridad, constituyendo, pues, una demanda que la sociedad reclama y que como tal ha de tener una respuesta indelible en el tiempo(84).

3.3.4. Procedimiento

Sobre el tracto de las actuaciones en el acuerdo de estas medidas no se define el legislador. En cualquier caso, atendiendo a su naturaleza cautelar habrá de concurrir los presupuestos antes enunciados: presencia de unos hechos y que revistan el carácter de delito no de falta, pues como dice el artículo 544 bis, sólo permite su adopción «*en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP*».

No obstante, para nuestro tipo específico de malos tratos, si conjugamos, a) la presencia de unos hechos constitutivos de ilícito penal de los contemplados en el artículo 57 CP —en concreto el del art. 153 CP—, b) la posibilidad de acuerdo en los momentos previos a la incoación del proceso, en concreto en las primeras diligencias por un órgano jurisdiccional, con independencia que posteriormente haya de inhibirse en favor de otro órgano jurisdiccional porque aquél no resulte competente, c) la posibilidad de su ulterior ratificación o modificación por el Juez competente tras un análisis más completo de los hechos, y finalmente, d) la posibilidad de que su falta de acuerdo

(84) La Audiencia Nacional ha admitido esta función de satisfacción de sentimientos sociales de seguridad o incluso venganza inmediata, en la adopción de la prisión provisional en las Diligencias Previas 234/94. Vid. ASENSIO MELLADO, JOSÉ M., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 1998, p. 188.

pueda propiciar unos daños irreparables, entendemos que, precisamente, el situarlas ahí en ese momento preprocesal para su inmediato acuerdo, y su preventiva naturaleza, nos conduce a que el margen de la calificación posterior que pueda revestir los hechos, ya sea delito o falta, la urgencia exige *ab initio* se puedan decretar dichas medidas cautelares, siempre que no aparezcan desde el principio unos perfiles nítidos de falta.

La declaración de voluntad judicial en virtud de la cual se podrá adoptar estas medidas cautelares personales habrán de revestir la forma de auto motivado. Dicha motivación, como necesidad formal de toda resolución que limite un derecho fundamental, es una garantía esencial para la protección y desarrollo de los dichos derechos fundamentales, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.

Respecto de los recursos susceptibles de interponer contra el auto resolutorio de la medida, ante la omisión del legislador al respecto, se nos plantea la siguiente diatriba:

- A) Seguir el sistema aplicable atendiendo al procedimiento que se tramita, en cuyo caso, contra el auto en que se decreta o se deniegue tales medidas personales cabe el recurso de reforma y ulteriormente, si éste es denegado queja, en virtud de los artículos 216, 217 y 218 LECrim., para los recursos ordinarios, art. 787.1 LECrim. —sigue el criterio del art. 217 del mismo texto— para el procedimiento abreviado, y el 24.2 para el procedimiento seguido ante jurado, por el que reenvía la LECrim. de forma subsidiaria en aquello no regulado por esta norma.
- B) Seguir el criterio de que el pronunciamiento de estas medidas cautelares personales han de ser uno más del de libertad provisional —por su ubicación y porque no tiene otra razón de ser que decretarse junto a ésta—, en cuyo caso, seguiríamos el trámite definido para el auto en que se acuerda también él, por lo que contra dicha resolución cabría el recurso de apelación en un solo efecto según el art. 529 LECrim.

Nuestra postura se inclina por considerar el primer criterio, pues sin obviar el carácter normalmente complementario de su acuerdo, no siempre será necesario su decreto en el mismo auto, pudiendo ser independiente al de libertad personal. En base a la teoría de los recursos en el proceso penal que sigue unas pautas claras, de tal forma, siguiendo el art. 216 LECrim.

«Contra las resoluciones del Juez de Instrucción podrán ejercitarse los recursos de reforma, apelación y queja.»

Asimismo, el art. 217 del mismo texto determina: *El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Instrucción. El de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la Ley, y se admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma lo disponga expresamente.*

En términos análogos se expresa el artículo 787.1 LECrim. para el procedimiento abreviado.

Por lo tanto, contra el auto decretando o denegando, tras su petición, cualquiera de estas medidas personales, cabe recurso de reforma, de carácter previo y preceptivo, al ulterior recurso de queja de no ser estimado el anterior, toda vez que, como hemos expresado, el legislador no ha contemplado uno de estos supuestos como motivo de apelación. Teniendo este recurso de

queja de plazo de interposición determinado en el art. 213 LECrim. y siguiendo los trámites generales de los arts. 233 a 235 LECrim.

Todas estas actuaciones deberán pasar a formar parte de la pieza de medidas personales.

Para adoptarlas consideramos que, pese a que nuestro parecer es que sería conveniente la audiencia establecida en el art. 504 bis II(85), el evidente silencio del legislador, la respuesta no puede ser otra que negativa. Y ello se debe a varias razones: la primera, que la prescripción de la audiencia como presupuesto de la declaración de la prisión preventiva es exclusivo de esta medida cautelar personal, pues esta medida supone una restricción al derecho fundamental de la libertad ambulatoria del artículo 17 CE. Aunque no es menos cierto que estas novedosas medidas cautelares, como arriba hemos indicado, constituyen unas limitaciones también a la libertad personal en un sentido amplio, en el sentido que se aplica restricciones a otros derechos fundamentales como el derecho a elegir libremente su residencia y el derecho a circular con igual libertad por el territorio nacional —art. 19.1 CE—, cuestión abonada por la propia dicción del art. 544 bis IV, al expresarse que su incumplimiento conllevará el acuerdo *«...de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal...»*. Así que, descartada la posible solución analógica, que haría preciso para su decreto la audiencia previa establecida en el art. 504 bis II de la Ley ritual penal.

Finalmente, también abona un posicionamiento negativo, el que, a diferencia de la prisión provisional, las medidas aquí estudiadas pueden ser acordadas de oficio, lo que excluye de plano esa preceptiva comparecencia al objeto que las partes acusadoras soliciten tal restricción de la libertad.

3.3.5. Duración

Una vez más el legislador guarda silencio sobre este aspecto en su regulación. Pero hay que tener en cuenta, primero que estas medidas al igual que otras de orden penal han de gozar de provisionalidad. Así, como máximo, podrán durar el tiempo en que permanezca el proceso principal. No obstante, podrán finalizar o transformarse en distintas medidas, si se modificase las circunstancias que propiciaron su adopción (fruto de la analogía del art. 539 LECrim.), así como de su acuerdo de oficio, por lo que el Juez podrá transformarlo siempre que las circunstancias que lo motivaron hubieran cambiado.

Pese a que el legislador ha querido dar una temporalidad a otras medidas cautelares estableciendo plazos máximos de duración, sin embargo, no lo ha previsto para éstas. Ello nos conduce a entender que no existe límite temporal de adopción de las mismas, pero se ha de tener en cuenta que, estas medidas constituyen una anticipada ejecución de la pena accesoria que se imponga, como un pronunciamiento más de la sentencia en los términos que establece el artículo 57 CP, hasta un máximo de 5 años en el caso de delito y 6 meses si se fallara como falta.

Así que, la opción por estas medidas, entre otros parámetros el órgano jurisdiccional habrá de tener en consideración el *quantum* de la pena accesoria, ya que no consideramos apropiada la aplicación analógica que determina para la prisión provisional en su art. 504 LECrim. Y nos basamos para esta afirmación en que las medidas cautelares gozan de homogeneidad, aunque no iden-

.....
(85) Opinión contraria muestra la Fiscalía General del Estado en su Circular nº I/1998, de 21 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

tividad, con las medidas ejecutivas a que tienden a preordenar como podrían ser la pena accesoria que prescribe el art. 57 CP.

En todo caso, el decreto de estas medidas ha de ser restrictivo, por ello, se circunscribe a «cuando sea estrictamente necesario». Dicha necesidad será directamente proporcional al peligro que represente el inculpaado para la víctima, peligro que habrá de venir incardinado por la probabilidad en la comisión de un nuevo ilícito penal, pues como dice el texto del artículo el fin de estas medidas es la «protección de la víctima».

Esta estricta necesidad de acordarlas dimana precisamente del principio de proporcionalidad que debe regir en todas las medidas cautelares personales, derivado de la obligatoriedad del art. 18 CEDH, en relación con el art. 5 del mismo Convenio, por lo que las restricciones que se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas y ajustadas más que con la finalidad para la cual ha sido prevista(86). Por lo que este principio tan importante en las medidas acordadas, no sólo podrán ser enjuiciadas a través de los recursos ordinarios determinados en la LECrim., sino también por la vía del amparo ante el TC, por el entronque con los arts. 53.2 y 17.1 CE y las prescripciones del CEDH(87).

3.3.6. Problemática de estas medidas cautelares

Precisamente el carácter restrictivo de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, pregonado por el legislador bajo la frase «...cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima...» (art. 544 bis, párrafo I LECrim.), se solapa con las posibilidades de abusos, lo cual exige que se haya de ser exquisito el análisis de los presupuestos precisos para su adopción.

Por esta fórmula tan abierta y ambigua perfilada por el legislador, el problema radicará en la valoración que debe hacer el órgano jurisdiccional con carácter previo, al objeto de delimitar si en algún supuesto las denuncias de los peligros potenciales pueden ser motivadas por intereses de venganza, más que por razones de justicia.

Ciertamente, ya el acuerdo de las medidas cautelares supondrá realizar un esfuerzo, en el juicio de valor de los hechos, por el órgano para encajarlo en alguno de los tipos del artículo 57 CP, pero éste habrá de ser mayor, por las dificultades que entraña y expuestas en el apartado 2.2.2., si se trata del tipo del artículo 153 CP. En cualquier caso, no debemos olvidar que esas apreciaciones o valoraciones del Juez instructor no supondrán ninguna vinculación al Juez o Tribunal que haya de resolver sobre el mismo, por lo que ellas no deberán constituir una cortapisa a la hora de la adopción judicial.

Es posible, que en estos hechos de relación doméstica (tipo del art. 153 CP), quepa el que se lleguen a inventar la existencia de los malos tratos, al objeto de conseguir una separación o divorcio más ventajoso. Situación también espúrea, pero ese temor no puede dejar sin preservar cautelarmente la vida de la víctima. Preferible es proteger por la vía de la medida cautelar una víctima dudosa, que dejar el campo expedito al agresor habitual.

.....
(86) Se puede consultar sobre la proporcionalidad en las medidas cautelares personales ARANGÜENA FANIGO, CORAL, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.

(87) *Ibidem*, p. 135.

Además de todas estas variables a tener en cuenta, el legislador ha prescrito otras más objetivas. En la adopción de las medidas se habrá de bajar los parámetros de situación económica del inculpaado, requerimientos de su salud, situación familiar y, muy especialmente, actividad laboral en cuanto que dicha medida permita o no continuar la actividad laboral del inculpaado.

En todo caso, siempre debe tener la adopción de las mismas un papel relevante dentro de que la represión de estas figuras delictivas deben comportar un carácter ejemplar, a los efectos de erradicar la concepción que existe en los ciudadanos de inoperancia de la Administración de Justicia en estos supuestos que llevan a que ni siquiera deseen la denuncia de estos comportamientos delictivos.

De ahí que se pueda afirmar que la admisibilidad de estas medidas restrictivas de derechos-libertad en el curso de un proceso penal, que podrán ser acordadas en cualquier estado del proceso, tiene su justificación en la gravedad de los efectos de su falta de adopción y, evidentemente, en la concurrencia de unos presupuestos y circunstancias valorables, por el órgano jurisdiccional, por lo que se ha de demostrar alguna situación de peligro para que el Juez las acuerde.

3.3.7. Efectos de la medida

A) Limitación del derecho a su libertad de movimiento y circulación: Ante todo y como primera repercusión, es el cumplimiento de fin de la medida como es la protección de la víctima, llevando un efecto directo sobre el inculpaado por el cual se le restringe su libertad personal, toda vez que no podrá deambular libremente por cualquier sitio o lugar, sino que tiene limitado su circulación por el territorio nacional, así como tiene limitada su libertad de comunicación por las distintas formas de expresión oral, escrita.

B) Efectos de su incumplimiento: El incumplimiento del acuerdo de estas medidas podrá conllevar la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, es decir, que entendemos, podrá acordarse, tras la preceptiva audiencia del art. 504 bis 2 LECrim., prisión provisional —art. 544, párrafo IV CP.—

En cualquier caso, el inculpaado podría incurrir en el delito de desobediencia grave contemplado en el art. 556 CP.

C) Abono de las medidas cautelares: A diferencia de nuestro precedente Código Penal de 1973, donde en su art. 33 determinaba, de forma tasada, como abonable el tiempo sufrido en la privación del permiso de circulación y en prisión preventiva, nuestro vigente texto penal en su art. 58, prescribe también abonable, además de la prisión preventiva, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. En este sentido, es palmario que el cumplimiento de estas medidas cautelares habrían de ser de abono para la ulterior pena que pudiera corresponder al reo por la comisión del delito o falta en correlación con el art. 57 de nuestro Código Penal.

D) Controles de la medida: La actuación judicial del acuerdo de estas medidas personales, no debemos entender que se acaba en ese momento. Precisamente, debido a la gran dificultad de vigilancia de su cumplimiento, por las circunstancias peculiares de las mismas, sobre todo si nos fijamos en el ámbito doméstico, no pueden acabar las actuaciones con su decreto. El control del cumplimiento de las mismas, conllevará además de la notificación al Ministerio Fiscal su notificación a la Policía Judicial, para permitir sin dilaciones la intervención de la misma —hemos de

pensar que los plazos de actuación, en caso de incumplimiento, deberán ser instantáneos, y no podemos dilatar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por comprobaciones, confirmaciones, etc.—; si de verdad se desea dar una eficacia a estas importantes medidas personales, la respuesta para el supuesto de quebrantamiento ha de ser inmediato, en caso contrario, serán de poca utilidad.

Es aquí, en este momento procesal donde consideramos, en estos procesos seguidos por los malos tratos, la actividad de la Policía Judicial es esencial, no sólo porque su labor complementaría la investigación y esclarecimiento de los hechos, sino porque el control de ellas impedirá y disuadirá al agresor en reiterar nuevos ilícitos, además que su quebrantamiento podrían permitir efectuar otras medidas más restrictivas de la libertad. A todo ello, es decir, a la vigilancia de las medidas, deberán prestar especial atención las posteriores actuaciones judiciales, así como las del Ministerio Fiscal y las de los miembros de la Policía Judicial.

En cualquier caso, estas apreciaciones nos permitirán decir que el que se apliquen con rigor y efectividad o con incorrección, nunca podrá ser motivo de descalificación, pues esas imperfecciones no justificarán una descalificación global de las medidas restrictivas de libertad que se analizan y que nuestra calificación es muy positiva. Aunque sí diremos que, será esencial para la eficacia de estas medidas el control de las mismas por parte de la Policía Judicial o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a instancias de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal.

4. CONCLUSIONES

A) La primera y más importante es el estrechamiento progresivo del cerco del ordenamiento jurídico en torno al **agresor doméstico**. Y dentro del mismo, el importante valor que configura la última reforma legislativa de la **LO 14/1999** «De protección a las víctimas de malos tratos».

B) La normativización de la **nueva medida cautelar** que permite el distanciamiento físico entre la víctima y el agresor, y su adopción desde el primer momento de la agresión al decretarse en las primeras diligencias incluso por Juzgado incompetente, constituye un acierto del legislador al facilitar la inmediata protección de la víctima —normalmente la mujer—, como vía de prevención de los delitos de agresiones y malos tratos contemplados en el artículo 153 CP, cuya redacción nos parece adecuada.

C) El artículo 153 CP tutela un **bien jurídico pluridimensional**, que trasciende del concepto de salud personal, cifrado en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Del mismo modo, el contenido de aquél estaría integrado por otros valores reconducibles a los artículos 15 y 39 CE, tales como la integridad moral, el no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, la paz y el orden familiar, entre otros.

D) La eliminación del obsoleto contenido del **artículo 104 LECrim.**, referido a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos, denota la constante preocupación del legislador por la destrucción de todos los residuos legales del pasado, fruto de la vieja estructura social en la que el hombre poseía el derecho de controlar a la mujer, los cuales son embriones latentes de violencia doméstica, que suele tener como sujeto pasivo a la mujer.

Decididamente, el legislador penal sigue adoptando una postura de tutela hacia la situación de las **parejas de hecho**. En este sentido, amplía el círculo de sujetos protegidos por la norma del 153 CP, no sólo a las parejas de hecho, sino también a los hijos del consorte o conviviente.

E) El tipo del artículo 153 CP gira en torno a la *habitualidad*, concepto que desde nuestro punto de vista difiere de la noción de *reincidencia* y de *reo habitual* y coincide con las conductas que se realicen más de tres veces.

F) Se propone como una redacción más adecuada al referido precepto 153 CP, en sustitución de la que actualmente contiene el mencionado artículo, que es: «*de forma estable por análoga relación de afectividad*», siendo preferible, la locución «**relación estable de pareja**». Dentro de estos vínculos, cabe considerar a las **parejas de hecho**, esto es, la relación heterosexual, entre aquellas personas que, sin haber contraído matrimonio, convivan fácticamente «*more uxorio*».

No obstante, quedan excluidas las situaciones de noviazgo, sin convivencia habitual bajo el mismo techo.

G) En los casos en que la conducta de malos tratos derive en lesiones u homicidio, la solución a aplicar será la del **concurso ideal de delitos**, tal como indica el art. 153 CP *in fine* («... *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se cause*»), al tutelar dos bienes jurídicos distintos.

H) Se hace preciso una mínima regulación procedimental en estas **medidas cautelares del art. 544 bis LECrim.**, que cubra las lagunas que se han puesto de relieve en el contenido del artículo, tales como su duración, recursos contra el decreto en la adopción de estas medidas cautelares, audiencia previa del Ministerio Fiscal, etc.

I) El papel del **Fiscal** en la adopción de estas medidas es importantísimo, girando en su entorno la investigación de las circunstancias que harán posible la determinación de dichas medidas. Por ello, se requerirá un servicio especializado en el Ministerio Fiscal en la prevención de estos delitos, que detecten cualquier indicio de malos tratos, llevando un Registro donde se contabilice cualquier hecho que pueda configurar un maltrato, proceda del orden jurisdiccional que sea, incluso, desde que se conoce por cualquiera de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Ello, será útil para la prevención y persecución de estos ilícitos, pues pese a su perseguibilidad de oficio aun siendo falta las dificultades de investigación y ayuda de las víctimas hacen que en muchos casos, tras el conocimiento de hechos, por falta de colaboración, de testimonios precisos, desistimientos y renunciadas del ofendido, etc., se vean avocados al archivo de las actuaciones.

J) Finalmente, la **eficacia** de la aplicación de las normas estudiadas queda a resultas de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, así como de las intervenciones del Ministerio Fiscal. De su adecuada aplicación se deducirá el que los arts. 153 CP y 544 bis LECrim. tengan una total valoración positiva. De lo contrario, los citados artículos serían tan sólo preceptos de papel, incluidos dentro del llamado «Derecho simbólico», tratando de contentar a todos, sin vencer a nadie.

5. BIBLIOGRAFIA(88)

ABELLA POBLET, MANUEL/CARRRASCOSA LÓPEZ, VALENTÍN/VARÓN COBOS, RICARDO:
Manual de los Juzgados de Paz, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1990.

ARANGÜENA FANEGO, CORAL:
Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso español, Barcelona, 1991.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS/CRUZ BLANCA, M^a JOSÉ/OLMEDO CARDENETE, MIGUEL/SÁNCHEZ LENDÍNEZ, FRANCISCA:
El delito de malos tratos: un análisis del art. 425 CP, Granada.

ASENSIO MELLADO, JOSÉ M^a:
Derecho Procesal Penal, Valencia, 1998.

BARATTA, ALESSANDRO:
«Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)», en *Doctrina Penal* 37/40, año 10, Buenos Aires, 1987, pp. 627 y ss.

BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH:
Strafrecht Allgemeiner Teil (SAT), 9.Aufl., Bielefeld, Gieseking, 1985.

BENFER, JOST:
Allgemeines Strafrecht, München, 1984.

BLEI, HERMANN:
Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Studienbuch (SAT), 18.Aufl., München, 1983.

CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN/GONZÁLEZ RÚS, JUAN JOSÉ/MORILLAS CUEVA, LORENZO/POLAINO NAVARRETE, MIGUEL/PORTILLO CONTRERAS, GUILLERMO:
Curso de Derecho Penal español. Parte especial I (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal), Madrid, 1996.

CERES MONTES, JOSÉ FRANCISCO:
La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal, Madrid, 1996.

Circular n.º 1/1998, 21 octubre. «Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar».

COBOS GAVALA, ROSA:
El Juez de Paz en la ordenación de la instrucción española, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

CÓRDOBA RODA, JUAN:
«Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», en *La Ley* 1996.

.....
(88) Las palabras en negrita corresponden a la cita abreviada.

CUBERO FORES, DAVID:
«Las primeras diligencias. Examen del artículo 13 de la LEC. Protección de la víctima y aseguramiento del delincuente. Límites del Juez Instructor», en *Estudios Jurídicos II*, Ministerio de Justicia, 1998, pp. 11-28.

DURÁN DURÁN, M^a AUXILIADORA/CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL/GARCÍA ESPAÑA, ELISA:
«La victimización de las mujeres marroquíes en Málaga», *CPC* n.º 165, Madrid, 1998, pp. 467 y ss.

GARRIDO FALLA, FERNANDO:
Comentarios a la Constitución, Dc. Civitas, Madrid, 1985.

GÓMEZ DEL CASTILLO, MANUEL/NAVAS CÓRDOBA, JUAN ANTONIO:
«La detención en el ámbito militar», *REDEM* n.º 68, julio-diciembre 1996, pp. 63 y ss.

GÓMEZ PAVÓN, PILAR:
El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 2ª ed., Barcelona, 1992; 3ª ed. Barcelona, 1998.

HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:
La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia, 1995.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES:
«Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿Concurso de leyes?», en *Estudios Jurídicos*, t. I, La Laguna, 1993, pp. 403 y ss.

JIMÉNEZ CASADO, CARMEN:
Malos tratos conyugales a mujeres en el área de Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1995.

JORGE MESAS, LUIS FRANCISCO DE:
«La protección de los intereses de la víctima por los Tribunales», en *Actualidad Jurídica* n.º 156, junio 1994, pp. 2 y ss.

JOSHI JUBERT, UJALA:
«Unidad de hecho y concurso medial de delitos», en *ADPCP* t. 42, Madrid, 1989, pp. 613 y ss.

LARRAURI PUJOAN, ELENA:
Violencia doméstica y legítima defensa, Barcelona, 1995.

LARRAURI PUJOAN (COMP.) Y OTROS:
Mujeres, Derecho Penal y Criminología, Madrid, 1994.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA:
«Entre el homicidio y las lesiones», en *CDJ*, («Delitos contra la vida e integridad física»), pp. 43 y ss.

MARCHEÑA GÓMEZ, MANUEL:
Código Penal de 1995. Un año de vigencia en la Doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Fiscalía General del Estado, Granada, 1997.

MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO:

«**El principio de intervención penal mínima**», en *ADPCP*, Madrid, 1997, pp. 99 y ss.

MIR PUIG, SANTIAGO:

— «**Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal**», en *RFDUG*, núm. 12, Granada, 1987, pp. 246 y ss.

— *Derecho Penal. Parte General (DP.PG)*, 3ª ed., Barcelona, 1990.

— *Derecho Penal. Parte General (DP.PG)* 4ª ed., Barcelona, 1996.

MONTERO AROCA, JUAN/ORTELL RAMOS/GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN REDONDO:

Derecho Jurisdiccional: Proceso Penal, Valencia, 1997.

MORENO RETAMINO, JUAN L.:

«Protección del cónyuge maltratado», *La Toga* n° 109, julio-agosto 1999, pp. 33-37.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:

— *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975.

— *Derecho Penal. Parte Especial (DP.PE)*, 11ª ed., Valencia, 1996; 12ª ed., Valencia, 1999.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES:

Derecho Penal. Parte General (DP.PG), 3ª ed., Valencia, 1998.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES:

La reforma penal de 1989, Madrid, 1989.

NAVAS CÓRDOBA, JUAN ANTONIO:

Las competencias civiles de la Jurisdicción Militar, Ministerio de Defensa, Madrid, 1998.

ORTELL RAMOS, MANUEL:

Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal, Barcelona, 1994.

PEDRAZ PENALVA, ERNESTO:

Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español, Madrid, 1985.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE:

Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación, Madrid, 1991.

PORTILLO CONTRERAS, GUILLERMO:

«**Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos**», *CPC* núm. 39, Madrid, 1985, pp. 741 y ss.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO:

— *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.

— *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 1996.

REQUEJO CONDE, CARMEN:

La legítima defensa, Valencia, 1999.

ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL:

«**El tipo de violencias** en el ámbito familiar o tutelar», en *ComLP* t. XIV, Madrid, 1992, pp. 363 y ss.

ROXIN, CLAUS:

— *Strafrecht Allgemeiner Teil, SAT*, Bd. I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1. Aufl., München, 1992.

— *Strafrecht Allgemeiner Teil, SAT*, Bd. I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Aufl., München, 1994.

— *Strafrecht Allgemeiner Teil, SAT*, Bd. I, 3. Aufl., München, 1997.

SAINZ DE ROBLES, FEDERICO:

«**La reforma del proceso penal español**», *Estudios Penales y Crinológicos* n° VIII, 1985, pp. 185 y ss.

SANZ MORÁN, ANGEL:

El concurso de delitos. Criterios de política legislativa, Valladolid, 1986, p. 124.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M^a:

Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, 1992.

SOLÉ RIERA, JAUME:

La tutela de la víctima en el proceso penal, Barcelona, 1997.

TAMARIT I SUMALLA, JOSEP MARÍA:

La Reforma del delito de Lesiones, Barcelona, 1990.

VARÓN COBOS, RICARDO:

Manual de los Juzgados de Paz, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1990.

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR/BOIX REIG, JAVIER/ORTS BERENGUER, ENRIQUE/CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS/GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS:

Derecho Penal. Parte Especial (DP.PE), 2ª edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996.

VVAA:

— *Código penal comentado*, Madrid, 1990.

— *Violencia contra la mujer*, Madrid, 1991.

WESSELS, JOHANNES:

— *Strafrecht Allgemeiner Teil (SAT)*, Karlsruhe, 1970.

— *Strafrecht Allgemeiner Teil (SAT)*, 22. Aufl., 1992.

— *Strafrecht Allgemeiner Teil (SAT)*, 27. Aufl., 1997.