

TRATAMIENTO DE LAS AGRESIONES LEVES OCASIONALES EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

Miguel OLMEDO CARDENETE

SUMARIO: I. Cuestiones previas: la modificación del art. 153 CP por la LO 1/2004 y el bien jurídico protegido por dicho precepto, con especial referencia a la STC 14-5-2008. II. Los sujetos pasivos en el tipo básico y agravado de los apartados primero y segundo del art. 153 CP: 1. Los sujetos del tipo básico de la infracción. 2. La mujer como sujeto pasivo expresamente previsto por el tipo agravado de la infracción (art. 153.1 CP). 3. Personas especialmente vulnerables que convivan con el sujeto activo. III. Análisis de la conducta del tipo básico del delito de violencia ocasional: 1. La producción de un menoscabo psíquico. 2. El ocasionamiento de una lesión no definida como delito. 3. El simple golpe o maltrato como modalidad de conducta. IV. Examen de los subtipos agravados comunes a los apartados primero y segundo del art. 153 CP: 1. La comisión del hecho en presencia de menores. 2. Utilización de armas en la perpetración del delito. 3. Comisión de los hechos en el domicilio común o en el de la víctima. 4. Quebrantamiento de pena, medida cautelar o de seguridad. 5. La relación entre estos subtipos agravados y los del delito de violencia habitual. 6. Modalidad atenuada. V. Valoración político-criminal del art. 153 CP.

I. CUESTIONES PREVIAS: LA MODIFICACIÓN DEL ART. 153 CP POR LA LO 1/2004 Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR DICHO PRECEPTO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 14-5-2008

Muchas y muy diversas son las cuestiones preliminares que entroncan con el análisis de las conductas actualmente tipificadas en el art. 153 CP y que, por la naturaleza de este trabajo, no pueden ser tratadas a la vista del detenimiento y extensión que requerirían. Aspectos críticos como el contexto general de la Política criminal contra la violencia doméstica y de género en la que se enmarca el precepto objeto de estudio

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

o el análisis del bien jurídico protegido contenido en el mismo, no pueden ser abordados con la profundidad requerida.

Respecto a las reflexiones generales que nos suscita la norma citada, cabe decir que la misma es expresión del endurecimiento punitivo que en los últimos años ha caracterizado a nuestro legislador en materia de violencia doméstica y de género. Y así, uno de los aspectos más novedosos y polémicos que caracterizaron a la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de violencia doméstica, es la elevación a la categoría de delito de comportamientos que, hasta la entrada en vigor de dicha Ley, constituían simples faltas. De este modo, la falta de lesiones (art. 617.1 CP), de maltrato (art. 617.2 CP) y de amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos (art. 620.1º CP), cuando se realizan sobre alguna de las personas mencionadas en el nuevo art. 173.2 CP, pasaron a integrar el delito tipificado en el art. 153 CP. Este último precepto dejó de ser la sede legal del delito de violencia habitual en el ámbito doméstico y la tipificación del mismo, con sustanciales modificaciones, se traslada al ámbito de los delitos contra la integridad moral (Título VII, apartados 2º y 3º del art. 173 CP).

La LO 11/2003 incorporó junto al menoscabo psíquico, la lesión leve y el golpe o maltrato, el comportamiento consistente en amenazar a otro de forma *leve* con armas u otros instrumentos peligrosos. Sin embargo, con la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, desaparece del art. 153 CP esta última modalidad de conducta típica cuya presencia en el Título III dedicado a las lesiones había sido ya criticada con acierto¹. Esto, naturalmente, no significa que tal conducta quede impune sino que deberá ser castigada, según los casos, conforme a los apartados 4º y 5º del art. 171 CP en la redacción operada por la LO 1/2004. En concreto, siendo la mujer la destinataria de la intimidación o tratándose de una víctima especialmente vulnerable, resultará de aplicación el delito del art. 171.4 CP. En cambio, para el resto de los sujetos mencionados en el art. 173.2, la conducta sólo será delictiva si la amenaza (**leve**) se lleva a cabo con armas o instrumentos peligrosos (art. 171.5 CP). Para el resto de los casos se aplicará la falta cualificada del último párrafo del art. 620 CP. En cambio, si la amenaza dirigida al sujeto pasivo puede ser calificada de **grave**, debe entrar en juego el delito del art. 169.2º CP con la concurrencia, según los casos, de la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP).

Desaparecida, pues, la conducta de la amenaza del art. 153 CP, cabe descartar –y con ello hacemos mención ya a la cuestión del bien jurídico protegido– que se trate de

¹ MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal y la Violencia Doméstica», en AA.VV., *Encuentros “Violencia Doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 273; GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 120; SANZ MULAS: «Tutela penal», en *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, coordinados por SANZ MULAS, GONZÁLEZ BUSTOS y MARTÍNEZ GALLEGU, Madrid, 2005, p. 167.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

una norma de carácter pluriofensivo² que junto a la salud y el bienestar corporal de las personas protegiera también la libertad y seguridad de las mismas. Por este motivo, creemos que la ubicación de este delito en el Título III es adecuada, así que resulta rechazable la tesis que durante la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003 sostuvo la necesidad de un cambio en la ubicación sistemática del precepto³, por considerar que el valor tutelado por el precepto mencionado era el «respeto» de la víctima. Este planteamiento, por cierto, entronca al menos parcialmente con aquella corriente doctrinal que situaba al **honor** como bien jurídico protegido en el simple maltrato ocasional o puntual. Y así, señala BERDUGO «que se trata de una figura que en nuestro ordenamiento tiene una naturaleza intermedia entre la injuria y la lesión. En gran medida refleja el contenido de la “inniuria” del derecho romano»⁴. Esta tesis ha llegado incluso a encontrar cierto apoyo legislativo en algún país de nuestro entorno europeo como es Austria, donde el vigente § 115.1º StGB sitúa al simple maltrato y a la amenaza del mismo dentro del concepto legal de injurias. A

² Bajo la redacción dada por la LO 11/2003, aunque ROMEO CASABONA afirmaba que «como interés destacado estaría la seguridad entre las personas que conviven unidas por el lazo familiar u otro semejante», señalaba también certeramente que «es un delito pluriofensivo, pues, indudablemente, se atenta al mismo tiempo contra el bien jurídico protegido en el delito de lesiones y en el de amenazas, y, también por ello, es un tipo autónomo o independiente de los demás», ROMEO CASABONA: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, 2004, pp. 230-231. También en este sentido, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal, Parte Especial*, 9ª ed., Madrid, 2004, p. 123; GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 120.

³ Nos referimos a la enmienda nº 25 sostenida por el Grupo Parlamentario Vasco (vid. BOCG Serie A núm. 136-8 de 13 de mayo de 2003, p. 33): «Apostamos –sostenía la enmienda– porque el artículo 153 constituya un título autónomo en el seno del Libro II del Código Penal que deberá hacer referencia al respeto personal como bien jurídico protegido en las relaciones de familia o asimiladas». Como tendremos ocasión de comprobar, este posicionamiento se aproxima a las tesis cercanas a considerar al honor como el valor preferentemente tutelado en los simples maltratos ocasionales. En nuestra opinión, y sin perjuicio de lo que después se dirá, el «respeto» no se presenta con autonomía suficiente como para configurar un bien jurídico autónomo, sino que más bien lo hace como una manifestación más del honor (probablemente, más cercano al aspecto interno, ideal e intangible, del honor, que a su dimensión externa materializada en la reputación o fama de la persona; vid. al respecto CARMONA SALGADO: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, 1991, pp. 98-99). El respeto al que se alude en esta propuesta no es sino el miramiento y la consideración básicas que se han de tener hacia toda persona por el mero hecho de serla. Y ello, desde luego, hace innecesaria y técnicamente poco adecuada la propuesta realizada.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982 (reproducción facsímil, León, 1997), p. 27. No obstante, este autor también matiza su postura cuando después afirma (p. 94) que en estas infracciones «se lesiona el bien jurídico bienestar corporal (y en determinados casos puede incidir también sobre el honor)». Incliniéndose también por el honor como bien jurídico protegido en el simple maltrato ocasional, POLAINO NAVARRETE: «Maltrato a cónyuge o hijos menores», en *Estudios Penales*, Córdoba, 1988, pp. 325 ss.; más recientemente, MARTÍNEZ RUIZ: *Los delitos de lesiones*, Barcelona, 2002, p. 14.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

tenor de dicho precepto, «el que públicamente o ante varias personas insulte, se burle, maltrate corporalmente o amenace con esto último a otro, será castigado con pena de prisión de hasta tres meses o con pena de multa de hasta ciento ochenta cuotas diarias, siempre que el hecho no aparezca más gravemente penado por otra disposición»⁵.

En nuestra opinión, sin embargo, es evidente que los bienes jurídicos protegidos actualmente por el art. 153 CP son simultáneamente la salud (a través de las lesiones físicas o psíquicas) y el bienestar corporal (por medio de la tipificación del maltrato). El comportamiento violento, aunque sea ocasional, afecta directamente a una esfera de la persona mucho más vinculada con su salud o bienestar físico que con otros bienes jurídicos espiritualizados como el honor.

Cabe, por último, preguntarse si en relación con el subtipo agravado del art. 153.1 CP se protege adicionalmente algún bien jurídico adicional que justifique el tratamiento diferenciado de las agresiones a la mujer en el marco de las relaciones de pareja⁶. La cuestión es especialmente relevante sobre todo a raíz del específico posicionamiento en este punto de la STC 14-5-2008 que viene a reconocer la existencia de un desvalor específico y diferenciado de la conducta del sujeto activo en estos casos⁷. Y así, sostiene el máximo intérprete de nuestra Constitución, que no «resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta -cultural la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un *efecto añadido* a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su **seguridad**, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su **libertad**, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación

⁵ Para más detalles sobre la regulación austríaca vid. OLMEDO CARDENETE: «La violencia en el entorno doméstico: un análisis de Derecho comparado en Europa», en MORILLAS CUEVA, *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 629 y ss.

⁶ Específicamente sobre este tema vid. ALONSO ÁLAMO: «¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico?», en CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005.

⁷ Desde luego que el análisis del juicio sobre la constitucionalidad del diferente tratamiento que la Ley Integral introdujo en algunos –no en todos- de los tipos penales vinculados al fenómeno de la violencia de género, requeriría ya de por sí un tratamiento monográfico que aquí tampoco puede ser abordado. Vid. algunos de los trabajos que sobre la materia ya existen como –entre otros- los de GONZÁLEZ RUS: «La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones», en CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005; ACALE SÁNCHEZ: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, 2006.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima⁸; y además para su **dignidad**, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» (FJº 10, A) *in fine*)⁹.

Con independencia de que una fundamentación de este tipo requeriría un análisis más extenso y detenido, no nos resistimos a realizar algunas apreciaciones al respecto. Ante todo, dicho posicionamiento constituye sin duda el núcleo central de la fundamentación de la sentencia favorable a la constitucionalidad de la diversidad del tratamiento punitivo por razón del sexo de los sujetos implicados en la conducta introducido por la Ley Integral. Pero, desde luego, supone a nuestro juicio un posicionamiento innecesario en el que el Tribunal no tenía por qué entrar y, sobre todo, equívoco en cuanto al contenido de injusto de una conducta tipificada en el marco del Título III relativo a las lesiones. La STC 14-5-2008 no duda en calificar el atentado a la seguridad, libertad y dignidad de la mujer como un «mayor desvalor de la conducta» (¿sólo desvalor de acción y no de resultado?) del sujeto activo, añadido – se supone – al atentado que el comportamiento tipificado en el art. 153.1 CP ya supone para la salud (en su modalidad lesiva) y bienestar corporal (en la alternativa típica del maltrato) del sujeto pasivo. Cabe preguntarse, pues, si en el contexto de una conducta puntual u ocasional como la tipificada en el precepto citado (algo diversa sería la cuestión si nos encontráramos en el ámbito de la violencia habitual del art. 173.2 CP) puede incluirse también un atentado a la seguridad y libertad de la mujer comprensivo del «temor a ser de nuevo agredida» y que añade «un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima». A nuestro juicio, desde luego, no, a la vista del comportamiento tipificado en el art. 153 CP y su contenido estructural (lesión leve o simple golpe o maltrato), alejado ya de las amenazas tras la redacción del precepto dada por la LO 1/2004. E igual consideración merece la introducción del atentado a la dignidad de la mujer como contenido axiológico de la norma. Ante todo, porque como en otro lugar hemos

⁸ Acerca de los efectos que sobre la víctima despliega la agresión del autor vid. detalladamente JIMÉNEZ DÍAZ: «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, coordinados por MORILLAS CUEVA, Madrid, 2002, pp. 287 y ss.

⁹ Sin negrita ni cursiva en el original.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

puesto de manifiesto¹⁰, un concepto así se muestra inidóneo para materializarse en un bien jurídico protegido, especialmente por la imprecisión e indeterminación que conlleva. Es evidente que *todo* comportamiento violento dirigido contra una persona lleva implícito un componente irracional que niega a su destinatario la condición de persona, pero no por ello se establecen subtipos agravados en los delitos de lesiones o en el homicidio o asesinato. La ejecución de cualquiera de estas conductas pone ya de por sí de manifiesto que el sujeto activo se comporta irracionalmente y que cosifica a su víctima tratándola como si de un simple objeto se tratara. Por lo tanto, ese atentado a la dignidad que todo comportamiento violento conlleva no es patrimonio exclusivo del fenómeno de la violencia de género, sino que puede predicarse de otros muchos comportamientos delictivos.

En nuestra opinión, la fundamentación suministrada por el TC tenía que haber caminado por otros derroteros. Es más, creemos que en la propia sentencia pueden encontrarse las bases para una legitimación constitucional algo diversa del precepto cuestionado. En el mismo fundamento jurídico la STC 14-5-2008 se alude a «la mayor necesidad objetiva de protección de *determinados bienes* de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas»¹¹. Y dicha necesidad es puesta de manifiesto precisamente recurriendo al «argumento estadístico» o criminológico: «las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia –añade– constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esa lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena». Y ello porque, evidentemente, añadimos nosotros, las mujeres son las principales destinatarias de la violencia doméstica seguidas muy de lejos por otras víctimas masculinas del entorno familiar o parafamiliar¹². Ante esta realidad criminológica el legislador puede reaccionar intensificando su intervención frente a los casos más frecuentes, y no sólo por razones de prevención general sino, también, por otras derivadas de la prevención especial si se piensa en la posibilidad de rehabilitar a los maltratadores. Se trata, sencillamente, de adecuar la respuesta punitiva a las especialidades del ámbito de la criminalidad que se pretende prevenir¹³.

¹⁰ Vid. OLMEDO CARDENETE: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, p. 26.

¹¹ Sin cursiva en el original.

¹² Las estadísticas revelan que en un 89% de los casos la víctima es la mujer y en un 11% hombres. Además, en la mayoría de los supuestos se trata de relaciones conyugales o de hecho vigentes o ya extinguidas, vid., por todos, MORILLAS FERNÁNDEZ: *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 106.

¹³ Tal y como se ha indicado, «no parece que las medidas de acción positiva no encuentren fundamento en la mayor necesidad de tutela de las mujeres frente a los ataques de los hombres ni que, por consiguiente, estén

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Pues bien, queda claro que si en un contexto relacional concreto como son las relaciones de pareja, el análisis criminológico evidencia que la mujer necesita un mayor grado de protección de su vida, salud e integridad, es razonable pensar que el tipo agravado del art. 153.1 CP es precisamente expresión de la *mayor necesidad de proteger la salud y bienestar corporal de la mujer* en el marco de las crisis de las relaciones de pareja. No es necesario acudir, pues, para justificar la mayor intensidad de la intervención punitiva a otros referentes valorativos como son la libertad o seguridad de la persona que son patrimonio de otras infracciones penales como las amenazas y las coacciones. Razones de prevención lo avalan sobradamente y el legislador, haciendo uso de la discrecionalidad y oportunidad de que disfruta para diseñar las opciones de política criminal (véase el FJ 6º de la sentencia), puede entender legítimamente que ante un fenómeno delictivo y en un momento histórico concreto ciertos comportamientos deben ser tratados con una mayor severidad en orden a intentar profundizar en su prevención. Es más, introducir o deslizar como bien jurídico protegido la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, o mejor, hacerlo en este contexto legal ajeno a los delitos de discriminación, supone confundir el bien jurídico protegido con la finalidad o *ratio legis* que persigue el precepto reformulado desde una perspectiva de género. La mayor protección de la salud y bienestar corporal de la mujer forma parte del objetivo legal de prevenir la violencia machista en el ámbito de las relaciones de pareja formulado por el propio art. 1 de la Ley Integral, y lo pretende hacer en este marco profundizando en el tratamiento punitivo de las infracciones cuya frecuente comisión por los infractores revelan la situación de mayor riesgo en la que se encuentra la víctima.

Esto no significa, sin embargo, que personalmente estemos de acuerdo con un tratamiento punitivo diferenciador semejante ni que tampoco consideremos sea la línea político-criminal más adecuada a seguir por el legislador. Y es que si resulta innegable reconocer que en este tipo de situaciones de violencia la mujer se encuentra en una situación de mayor indefensión que el hombre, no es menos cierto que otras personas que resultan igualmente destinatarias de todo tipo de agresiones y vejaciones están en la misma o, si cabe, en una mayor situación de desvalimiento y vulnerabilidad frente al autor. Y ello es predicable no sólo respecto de los menores, incapaces o ancianos sino también, lógicamente, de varones¹⁴ que por padecer algún tipo de enfermedad o minusvalía no pueden dar una salida adecuada a este tipo de situaciones. Es cierto que estadísticamente resulta ser la mujer el principal objetivo de los delitos vinculados con la violencia doméstica, pero tampoco es descartable la hipótesis de que otras víctimas especialmente vulnerables poseen muchas menos posibilidades para denunciar los hechos de los que están siendo objeto. De ahí que a

plenamente justificadas. A nuestro entender no hay tacha de inconstitucionalidad alguna», CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/GUARDIOLA GARCÍA: *Derecho Penal*, cit., p. 155.

¹⁴ Destacando la irrelevancia del sexo de la víctima especialmente vulnerable, GONZÁLEZ RUS: *Addenda*, cit., p. 13.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

nuestro entender sea arriesgado fundamentar un tratamiento diverso sobre una base cuantitativa que puede verse relativizada por una cifra negra cuyo alcance puede que no resulte despreciable. En este sentido indica MORILLAS FERNÁNDEZ, «los números reflejados en ellas [scil. las estadísticas] no responden al fenómeno que verdaderamente se produce en la sociedad en tanto existe esa gran cifra negra, *mayor aún en el caso de niños maltratados*, que impide desvelar, por desconocimiento, las dimensiones de este problema»¹⁵. Y, en relación con las personas mayores, señala que «uno de los grandes problemas presentado por esta tipología de maltrato es la absoluta escasez de estadísticas existentes, lo que incrementa, aún más si cabe, el ya referido problema de la cifra negra de maltrato a ancianos, más intensa todavía que en las otras dos modalidades de víctimas especialmente vulnerables»¹⁶. En definitiva, como acertadamente ha señalado CASTELLÓ NICÁS, no conviene «diferenciar entre víctimas, todas ellas igualmente vulnerables vistas desde una perspectiva general, puesto que si particularizamos, probablemente el anciano, o el niño de corta edad lo sean en mayor medida»¹⁷.

II. LOS SUJETOS PASIVOS EN EL TIPO BÁSICO Y AGRAVADO DE LOS APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ART. 153 CP

1. Los sujetos del tipo básico de la infracción

El art. 153.2 CP se remite al delito de violencia habitual en el ámbito doméstico (art. 173.2 CP) para la determinación de los destinatarios de las modalidades de conducta tipificadas en el apartado primero del precepto, configurándose así como un **delito especial impropio** al poseer como presupuesto la existencia de infracciones penales comunes que se aplican a quienes cometen la misma conducta careciendo de las relaciones (presentes o pasadas) parentales o afectivas que la figura delictiva exige para ser sujeto activo de la misma. Y así, dispone la norma que si «la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años».

En consecuencia, el precepto abre su aplicación al conjunto de sujetos enumerados por la Ley en ese lugar, esto es, a «quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin

¹⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ: *Análisis...*, cit., pp. 170-171 (sin cursiva en el original).

¹⁶ *Ibidem*, p. 185.

¹⁷ CASTELLÓ NICÁS: «Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2», en *Libro-Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 226.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

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

No vamos a entrar en un análisis detenido de todos y cada uno de los sujetos que el artículo reproducido menciona¹⁸, pero sí haremos algunas apreciaciones en torno a algunos de ellos. En este sentido, en primer lugar, queremos hacer mención al hecho de que siguiendo la filosofía de la LO 11/2003, el precepto no sólo incluye a los cónyuges y parejas de hecho sino, también, a los excónyuges y exparejas. Tanto unos como otros, además, pueden ser del mismo o de distinto sexo siempre que, eso sí, el agresor no sea un hombre y la víctima una mujer puesto que entonces entraría en juego el tipo agravado del art. 153.1 CP. Resulta por otra parte censurable el mantenimiento de la expresión «análoga relación de afectividad» para aludir a las parejas de hecho. A la vista de que la jurisprudencia del TS, con un escrupuloso respeto al principio de legalidad, ha interpretado tradicionalmente que dicho concepto engloba sólo a las parejas heterosexuales, habría sido deseable el uso de la expresión «relación estable de pareja» aconsejada ya por algunos autores en el marco del anterior art. 153 CP¹⁹. No hay desde luego razón alguna que justifique una discriminación de este tipo con las parejas homosexuales de carácter estable. La cuestión, sin embargo, se resuelve satisfactoriamente con la modificación del Código Civil operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que amplía el concepto de matrimonio a las parejas homosexuales (véase el nuevo párrafo segundo del art. 44 del Código Civil). De esta forma, al poder ser interpretada también la relación conyugal con uniones formales del mismo o distinto sexo, la analogía a la que alude el art. 153 CP se construye sobre una identidad de razón en la que el carácter heterosexual de la unión marital ha dejado de ser un elemento esencial, por lo que desaparecerían las objeciones de legalidad que por ejemplo hasta ahora se aducían en el marco de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP²⁰. Es cierto que

¹⁸ Vid. el detenido estudio que en relación con este tema ya realizara con anterioridad a la LO 11/2003, FERNÁNDEZ PANTOJA: «Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico», en MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 81 y ss.

¹⁹ Vid. CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC: en VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, PE*, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 141; MORILLAS CUEVA: «Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma», en *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, p. 676.

²⁰ Sobre nuestro planteamiento al respecto vid. OLMEDO CARDENETE, M., «Hacia un nuevo fundamento de la circunstancia mixta de parentesco tras la reforma del art. 23 del Código Penal operada por la LO

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

habría sido preferible, en éste y en los demás preceptos del Código en los que se utiliza, el empleo de la expresión «relación de pareja estable», pero dado que incluso la LO 1/2004 los mantiene en la nueva redacción de los arts. 148, 153, 171 y 171 CP, parece oportuno resaltar que la ampliación del concepto civil de matrimonio varía el objeto del juicio de analogía penal y, por tanto, determinará la posibilidad de aplicar la norma a parejas de hecho del mismo sexo.

En segundo lugar, debe resaltarse que las relaciones de parentesco o afinidad aludidas por el precepto («descendientes, ascendientes o hermanos») se limitan a los casos en los que esté vigente la relación conyugal o de hecho puesto que la Ley los vincula taxativamente al «cónyuge o conviviente». La norma incluye por tanto a los parientes por afinidad y a las relaciones asimiladas a ésta, pero siempre que el vínculo formal o material entre autor y víctima se mantenga en el momento de la agresión.

En tercer lugar, entendemos que la alusión por parte del art. 173.2 CP a las figuras de la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, nos remite necesariamente para su determinación a la normativa civil sobre la materia, por lo que no cabe atribuir a dichas instituciones un significado diverso o más amplio del que suministra el Derecho privado, so pena de incurrir en una analogía contra reo.

En penúltimo lugar, la introducción de la cláusula abierta consistente en integrar también como sujeto pasivo del delito a toda «persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar», convierte al art. 153.2 y al propio delito de violencia habitual en tipos penales que amparan cualquier tipo de relación parental o afectiva, con independencia de su cercanía, lejanía o naturaleza, con el único requisito de la convivencia con el autor. Presupuesto este último que, sin embargo, no resulta aplicable a las relaciones de noviazgo claramente amparadas por la redacción legal al referirse a la «análoga relación de afectividad aun sin convivencia».

Por último, la mención que el art. 173.2 CP hace a que el tipo también pueda ser aplicado cuando la violencia se practique «sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados», aleja sin duda alguna la figura del ámbito doméstico en sentido estricto y la acerca a la órbita de aplicación del delito de grave trato degradante tipificado en el primer apartado del artículo citado. Sin entrar en la posible delimitación de sus respectivos ámbitos aplicativos, queremos no obstante apuntar que en el contexto en el que se enmarca este trabajo (el análisis del art. 153 CP), las eventuales dificultades en su delimitación frente a los atentados contra la integridad moral desaparecen por el carácter leve y ocasional de la conducta tipificada por dicho precepto.

11/2003, de 29 de septiembre», en CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 657.

2. La mujer como sujeto pasivo expresamente previsto por el tipo agravado de la infracción (art. 153.1 CP)

Sin duda el aspecto más simbólico y, a la vez, más polémico de la LO 1/2004 fue la introducción de un tipo agravado para el caso en el que la víctima fuera o hubiera sido esposa o compañera sentimental del sujeto activo. Como cuestión preliminar queremos señalar que, en realidad, el tema tiene un alcance real muy inferior al suministrado por el debate suscitado puesto que la trascendencia punitiva efectiva de la supuesta discriminación punitiva se limita, por un lado, a incrementar en tres meses el límite mínimo de la pena de prisión a imponer (**seis meses** en lugar de los **tres** previstos por el art. 153.2 CP) y, por otro, a aumentar el límite máximo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta los **cinco años**, mientras que en el tipo básico la inhabilitación mencionada alcanza en el peor de los casos los **tres años**.

Pero, por otra parte, y en una dirección opuesta -aunque esa no fuera la intención originaria de la reforma proyectada-, sobresale también algún aspecto que alivia la especial severidad de la LO 11/2003, como es la creación de un subtipo privilegiado (el art. 153.4 CP) que atiende también -con absoluta indeterminación en su enunciado- a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en el hecho cometido, y en el que el Juez o Tribunal tiene la facultad de imponer la pena inferior en grado tanto respecto al tipo básico como a los tipos agravados (el art. 153.4 CP se refiere en plural a «los apartados anteriores»).

Entrando ya en el análisis técnico-jurídico de los sujetos en el tipo agravado, hay que destacar pues la previsión expresa en el art. 153.1 CP de la esposa, ex-esposa (por divorcio o por nulidad matrimonial), compañera y ex-compañera sentimental, novia (si es que puede emplearse esta expresión para delimitar a la pareja de hecho femenina con la que se ha mantenido una relación pero con la que no se ha convivido o, al menos, no de forma estable) y ex-novia. En los demás casos, aunque el sujeto pasivo sea mujer, y siempre que no constituya víctima especialmente vulnerable, se aplicará el tipo básico del art. 152.2 CP. Podría plantearse la duda en torno a qué precepto aplicar en los casos de matrimonios o parejas de hecho entre mujeres²¹ donde, lógicamente, la destinataria de la acción violenta es también una mujer. A nuestro juicio, aunque tampoco en el tenor literal del apartado 1º del art. 153 CP podrían encajarse estos supuestos²², la línea político-criminal que inspira a la Ley Integral impide una solución de este tipo. No se olvide que el art. 1.1 de dicho cuerpo legal señala que la «presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia

²¹ Recuérdese que, según hemos sostenido con anterioridad, el reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales permite ya sostener un juicio de analogía («análoga relación de afectividad») respetuoso con el principio de legalidad en materia penal.

²² Es cierto que dicho precepto habla del sexo de la víctima -«la ofendida»- pero también del sexo masculino del autor al describir la relación de pareja: «esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad».

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder *de los hombres sobre las mujeres*, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia»²³. Sólo quedan incluidas, pues, las relaciones heterosexuales en las que el agresor sea un hombre y la víctima sea una mujer. Para las hipótesis en las que tanto el sujeto activo como el pasivo pertenezcan al sexo femenino resultará de aplicación el tipo básico del art. 153.2 CP.

Pero precisamente en relación con esta última cuestión –la situación de desigualdad de la mujer frente al hombre de la que parte la Ley Integral- debe dilucidarse si la ejecución de la acción descrita en el art. 153.1 CP debe ir presidida por algún elemento subjetivo del injusto o el aprovechamiento de una situación de superioridad en los casos en los que la lesión o el maltrato se dirigen contra la mujer (aunque técnicamente debería analizarse en el marco del aspecto subjetivo de la conducta típica). Esta cuestión debe ser resuelta a la vista de algún planteamiento como el de IÑIGO CORROZA quien sostiene que en las agravaciones fundamentadas en el sexo de la víctima, el autor «actúa por unos “*especiales motivos*”»; de este modo «lo que se está sancionando es al sujeto que ejerce violencia que incluye diversos *móviles o motivos* entrelazados o compatibles: aprovechamiento de la ocasión, vulnerabilidad, el obrar por venganza o represalia o por machismo en cuanto es expresión de desprecio hacia el otro (la mujer)»; en este sentido, además, «las razones de la agresión son normalmente las represalias por el abandono de la mujer, o simplemente la actitud machista del marido que no soporta que la mujer rehaga su vida o la lleve a cabo al margen de él»²⁴.

En nuestra opinión, un planteamiento así debe rechazarse. En primer lugar, el tipo penal no suministra indicio alguno del que pueda deducirse la exigencia de ningún elemento subjetivo del injusto cuya prueba, por cierto, haría casi imposible la viabilidad práctica del precepto. Pero, en segundo lugar, y aunque generalizarlo a todos los casos pueda ser erróneo, la Ley parte de que la violencia sexista es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» (art. 1.1. de la LO 1/2004), por lo que resulta clara la intención del legislador de promover la aplicación indiscriminada de los tipos agravados por razón de sexo a todos los casos en los que el sujeto pasivo sea mujer, con total independencia de los móviles concretos que impulsaron la acción

²³ Como acertadamente se ha indicado, «esta idea conforma la Ley y, en principio, debería ser un criterio de interpretación de los tipos penales», IÑIGO CORROZA: «Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, (coord. por MUERZA ESPARZA), Pamplona, 2005, p. 22, nota a pie n° 28. Excluyendo también la posibilidad de que el sujeto activo sea una mujer, GONZÁLEZ RUS: *Addenda. Derecho Penal Español. PE*, coordinado por COBO DEL ROSAL, Madrid, 2005, p. 12; SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., p. 165.

²⁴ IÑIGO CORROZA: «Aspectos penales...», cit., p. 27 y nota a pie n° 47 (sin cursivas en el original).

lesiva o maltratadora. La norma, pues, parte de una situación de desigualdad estructural entre agresor (hombre) y víctima (mujer) que pretende ser combatida con una mayor exasperación punitiva para todos estos supuestos sin exclusión de ningún tipo. Otra cosa es la valoración político-criminal que un criterio punitivo de este tipo merezca y la evaluación de si con ello se contribuye de algún modo a la prevención de estas conductas.

3. Personas especialmente vulnerables que convivan con el sujeto activo

Otro de los problemas a dilucidar en el marco del art. 153.1 CP y, en general, también en los demás tipos penales afectados por la reforma de la LO 1/2004, es la determinación del concepto de «víctimas especialmente vulnerables». Al respecto se ha dicho que por tales debe entenderse aquel grupo de personas que «va a tener un índice de victimización mayor al resto de los demás individuos»; son grupos sociales que reúnen unos caracteres propios y comunes (endógenos o exógenos) «que los hacen fácilmente victimizables»²⁵. En conexión con esta idea creemos que puede ser de utilidad recordar que el § 225 StGB alemán sitúa dentro del círculo de sujetos pasivos a los menores de dieciocho años y a las personas indefensas por razón de su debilidad o enfermedad. Dentro de las circunstancias determinantes de la debilidad del sujeto la doctrina alemana cita, por ejemplo, el hecho de padecer algún impedimento en la capacidad de movimiento, ceguera, sordera o problemas propios de la avanzada edad de la víctima. La indefensión debe, además, derivarse de la enfermedad o debilidad del ofendido y no de circunstancias externas tales como haber encadenado o atado a la víctima²⁶. En resumen, menores de edad, incapaces (en el sentido del art. 25 CP), personas de avanzada edad y cualesquiera otras personas en las que el padecimiento de enfermedades o discapacidades físicas las sitúan en una posición de inferioridad frente al agresor, son quienes integran el concepto de víctimas especialmente vulnerables. Repárese, finalmente, que respecto a este círculo de sujetos pasivos la Ley exige expresamente, a diferencia de los anteriores casos, que la víctima especialmente vulnerable conviva con el autor.

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE VIOLENCIA OCASIONAL

En relación con las conductas actualmente recogidas en el tipo básico del art. 153 CP, se distinguen tres comportamientos alternativos: a) el ocasionamiento de un menoscabo psíquico; b) la producción de una lesión no definida como delito; y c) golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

1. La producción de un menoscabo psíquico

²⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ: *Análisis...*, cit., p. 102.

²⁶ Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Granada, 2001, pp. 155-158; igualmente, OLMEDO CARDENETE: «La violencia...», cit., p. 618, notas a pie núms. 39 y 40, así como la bibliografía extranjera allí citada.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Comenzando con la primera de ellas, hay que decir que su introducción constituye uno de los aspectos técnicamente más discutibles del precepto y que genera mayores dificultades interpretativas. Tal y como ya se ha evidenciado por algunos autores²⁷, si el concepto de lesión (el tipo penal no se restringe a la lesión *física*, sino que habla de «lesión» a secas) comprende tanto la corporal como la psíquica, entonces carece de sentido añadir como conducta típica alternativa la causación de un «menoscabo psíquico». Atinadamente ha dicho LAURENZO COPELLO que la «referencia expresa al “menoscabo psíquico” resulta perturbadora e inadecuada a la vista de la clara definición legal de las lesiones, dentro de la cual se concede un espacio específico a las perturbaciones de la salud psíquica –“mental” dice el Código-. Seguramente, la pretensión del legislador ha sido llamar la atención de los jueces para que no dejen de aplicar el precepto cuando el resultado de la agresión no tenga manifestaciones físicas pero sí alguna perturbación –leve- de la normalidad psíquica. Pero ello no autoriza a incurrir en defectos técnicos tan llamativos como éste, donde un hecho claramente abarcado en el concepto de lesión pretende presentarse como resultado típico distinto y autónomo»²⁸.

Es cierto, pues, que la inclusión de esta modalidad típica es innecesaria a la vista de que el concepto de lesión abarca también la psíquica. Pero, además, ha de tenerse en cuenta qué tipo de alteraciones de esa naturaleza comprende este tipo penal. En este punto la aportación más sutil y lúcida la hace a nuestro parecer DEL MORAL GARCÍA. De acuerdo con la literalidad del precepto no cabe afirmar que el concepto de «menoscabo psíquico» se asimila al de lesión psíquica del art. 147 CP²⁹, sino que «ha de ser un menoscabo psíquico no definido como delito (así se deriva del plural que emplea el precepto: *definidos*). Por tanto cuando se trate de lesiones psíquicas susceptibles de integrar el delito del art. 147 habrá que calificar como tal con la correspondiente agravante de parentesco»³⁰.

Es decir, que si el quebranto de la salud psíquica requiere para su curación tratamiento médico deberá aplicarse, no el art. 153 CP, sino el delito de lesiones del

²⁷ Así, MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal...», cit., p. 273; ROMEO CASABONA: *Los delitos...*, cit., p. 233; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793; SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., p. 166.

²⁸ LAURENZO COPELLO: «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», en *Artículo 14*, (nº 14, diciembre de 2003), Instituto Andaluz de la Mujer, p. 9. Mostrándose también críticos con el concepto de «menoscabo psíquico», CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/GUARDIOLA GARCÍA: *Derecho Penal*, cit., p. 154.

²⁹ Así parece hacerlo, sin embargo, TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793.

³⁰ DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en AA.VV., *Encuentros “Violencia Doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 470. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS y otros: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, coordinado por COBO DEL ROSAL, Madrid, 2004, p. 155; BENÍTEZ JIMÉNEZ: *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar*, Madrid, 2004, p. 97; MONTALBÁN HUERTAS: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 99.

art. 147 CP con la agravante genérica de parentesco si es que se trata de los sujetos que esta última contempla³¹. Por el contrario, si la alteración psíquica originada puede ser tratada mediante una primera asistencia facultativa (ej., mediante la simple prescripción de unos ansiolíticos), entonces nos encontraremos ante el supuesto contemplado en el art. 153 CP. Finalmente, si para su tratamiento no es ni tan siquiera necesaria tal asistencia facultativa estaremos frente a un simple maltrato emocional que, según los casos, podría derivarse a través de la simple vejación injusta o las injurias leves. Pero, ante esta delimitación, «la causación de un menoscabo psíquico del art. 153 se queda en un estrechísimo terreno intermedio muy difícil de detectar»³².

En cualquier caso, parece evidente concluir que la referencia al menoscabo psíquico era completamente innecesaria puesto que con la simple alusión del legislador a las lesiones no definidas como delito en el Código ya se darían por integradas tanto las corporales como las de naturaleza mental.

2. El ocasionamiento de una lesión no definida como delito

La segunda conducta alternativa recogida por el art. 153 CP es la producción de una lesión no definida como delito en el Código, esto es, en los arts. 147-150 CP. Se trata, según hemos visto, de aquellas lesiones que objetivamente sólo requieran para su sanidad una primera asistencia facultativa, así que para su delimitación nos remitimos a la distinción que en materia de lesiones se hace entre aquella y el tratamiento médico o quirúrgico³³. Si nos gustaría señalar, en cambio, que su determinación frente al simple golpe o maltrato carece en principio de trascendencia punitiva puesto que, a diferencia de lo que sucede con las faltas de lesiones y maltrato del art. 617 CP, en el art. 153 CP se da un tratamiento unitario (lo que también es criticable) sin hacer discriminación penológica de ningún tipo. Cualquier trato diferenciador en este punto debe quedar, por tanto, necesariamente limitado al juego que el marco abstracto punitivo del precepto concede.

3. El simple golpe o maltrato como modalidad de conducta

El tercero de los comportamientos integrados en el art. 153 CP es el ocasionamiento de un golpe o maltrato de obra que no determine lesión alguna. En este punto el legislador se ciñe a las violencias puramente físicas o corporales, puesto que habla de «golpear» o maltratar «de obra» a la víctima, por lo que no tienen cabida aquí los

³¹ Y es que la solución que en este punto señalan DEL MORAL GARCÍA, GONZÁLEZ RUS y MONTALBÁN HUERTAS debe ser matizada en función de los diferentes círculos de sujetos de la circunstancia mixta y el art. 173.2 CP.

³² DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 471. Como ha indicado CARRETERO SÁNCHEZ: «La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación», en *La Ley* (2004), Diario nº 6023, p. 11 (impresión electrónica), «este tipo de maltrato es de muy difícil apreciación si no hay resultado lesivo y [...] resulta imposible su distinción con la falta de vejaciones injustas».

³³ Vid., por todos, MARTÍNEZ RUIZ: *Los delitos...*, cit., pp. 35 y ss.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

denominados «maltratos de palabra»³⁴. Esta circunstancia, unida a la delimitación del concepto de «menoscabo psíquico» que aquí se asume, conduce a que cualquier otra alteración psíquica de carácter leve sólo pueda ser reconducida, en su caso, a través de las faltas de vejación injusta o injuria leve del art. 620 *in fine* CP.

Las penas que se prevén para las conductas del tipo básico del art. 153 CP son «prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años». Varias son las apreciaciones que podemos realizar en torno a la penalidad prevista para estos comportamientos. La primera de ellas es que, comparada la respuesta punitiva que ahora se da con su anterior previsión como falta, no pasa desapercibido para nadie que el legislador ha endurecido una vez más las consecuencias que atribuye a la realización de conductas que, no lo olvidemos, son de carácter leve y ocasional (de lo contrario integrarían el delito de violencia habitual del art. 173.2 CP). Pero es que, además, tal y como en su momento puso de manifiesto DEL ROSAL BLASCO en relación con el Proyecto de Ley Integral, la pena de prisión prevista en este precepto es más grave que la recogida por el vigente tipo atenuado del delito de lesiones del art. 147.2 CP (prisión de tres a seis meses), con lo que «al agresor siempre le va a ser mucho más rentable punitivamente causarle a su víctima una lesión de las que requiera para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico, aunque, en razón del medio empleado o el resultado producido se pueda descender a la pena del tipo atenuado, que maltratarla de obra o causarle una lesión que sanó sola o que sólo requiera para su sanidad de una primera asistencia facultativa»³⁵. La segunda es que, también a diferencia de la normativa vigente hasta la reforma de 2003, es bienvenida la previsión como pena principal (y no como simple pena accesoria) tanto del derecho a la tenencia y porte de armas³⁶ como de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Especialmente importante es aquí, además, que la previsión de esta última pena sea de carácter facultativo en función del interés del menor a la vista del carácter puntual de los hechos y de su escasa gravedad. Como ha señalado GARCÍA ARÁN, la

³⁴ Vid., en cambio, la postura de SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., p. 165, cuando afirma que «el problema reside en la pretensión del legislador de ampliar el concepto hasta el punto de dar cabida a cualquier maltrato ocasional de obra o de palabra entre personas ligadas por alguna relación de afectividad o parentesco» (sin cursiva en el original).

³⁵ DEL ROSAL BLASCO: «La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: Legislación vigente y propuesta de reforma», en *Congreso “Violencia Doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 344.

³⁶ Advirtiendo, sin embargo, que la imposición de esta pena puede ser excesiva, DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 472.

«potestatividad de esta segunda pena accesoria resulta explicable habida cuenta la escasa entidad de los comportamientos aquí sancionados, puesto que en muchos casos la privación de la patria potestad, la guarda, etc., puede resultar mucho más perjudicial para el menor o incapaz que el mantenimiento de tales situaciones»³⁷. Por último, en relación con la imposición de la pena de prisión³⁸ y la posibilidad de aplicar como alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, queremos resaltar que su articulación concede cierto arbitrio al órgano judicial para atemperar la rigurosidad punitiva con la que son tratados estos comportamientos leves. Es más, algún autor como MORILLAS CUEVA³⁹ ha defendido que tal alternativa penológica hace innecesaria la articulación de una atenuación específica que corrigiera la desproporcionalidad de la respuesta punitiva en estos casos.

IV. EXAMEN DE LOS SUBTIPOS AGRAVADOS COMUNES A LOS APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ART. 153 CP

El art. 153.3 CP recoge cuatro subtipos agravados para los que prevé la pena señalada en el básico y el agravado en su mitad superior. Estas agravaciones específicas son: a) perpetrar el delito en presencia de menores; b) utilizar armas; c) cometer el hecho en el domicilio común o en el de la víctima si es distinto; y d) realizar los hechos mediante quebrantamiento de alguna de las penas recogidas en el art. 48 CP o una medida de seguridad o cautelar de la misma naturaleza.

La incorporación de estos subtipos al art. 153 CP tuvo lugar a través de la enmienda de adición nº 129 (dirigida a modificar la redacción del art. 153) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados⁴⁰ a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003. El Proyecto de Ley, sin embargo, no las había previsto inicialmente.

1. La comisión del hecho en presencia de menores

La primera de las agravaciones específicas la dedica el legislador al supuesto en el que alguna de las conductas del tipo básico sea cometida «en presencia de menores». Bajo redacción del art. 153 CP anterior a la LO 11/2003, cuando acogía el delito de violencia habitual ahora regulado en el art. 173.2 CP, se discutía si el desarrollo de la violencia sistemática en presencia de los mismos daba o no lugar a la existencia de un concurso de delitos⁴¹. En nuestra opinión, tanto la incorporación de esta conducta

³⁷ GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 121.

³⁸ Debe destacarse que el límite mínimo de la pena de prisión fijado desde la aprobación de la LO 11/2003 en tres meses, no se correspondió con el límite genérico del art. 36 CP hasta la entrada en vigor de la LO 15/2003 el 1 de octubre de 2004. Vid. también DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 472.

³⁹ Vid. MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal...», cit., p. 274.

⁴⁰ Así, también, CRUZ BLANCA: «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», en *CPC* nº 82 (2004), p. 136.

⁴¹ Al respecto vid. GRACIA MARTÍN: en GRACIA MARTÍN, DÍEZ RIPOLLÉS (Coords.), LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. PE*, Tomo I, Valencia, 1997, p. 427; GÓMEZ RIVERO: «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal* nº 1, 2000, pp. 77-81; OLMEDO

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cualificada en el art. 153 CP como, sobre todo, en el delito de violencia habitual, confirma la tesis de que la presencia de estas víctimas especialmente vulnerables durante las escenas de violencia no da lugar a nuevos delitos y que, por tanto, no puede estimarse la solución concursal con sujetos pasivos indirectos de las actuaciones violentas. El legislador, no obstante, ha querido ser sensible tanto a la eventual reproducción futura de los patrones de violencia por parte de espectadores muy sensibles, como a las alteraciones emocionales que a éstos puede irrogar la desconsideración del sujeto activo hacia la presencia de los mismos durante la ejecución de los actos de agresión.

Sin embargo, aún siendo conscientes de la buena intención que perseguía el legislador con la incorporación de este concreto subtipo agravado, no podemos compartir su presencia en este contexto. Estamos convencidos de que las razones que sí pueden justificar la incorporación de esta agravación específica en el delito de violencia habitual no concurren en el contexto del art. 153 CP⁴². Aquí no presupone el legislador ningún ejercicio sistemático de agresiones determinantes de un clima continuado de violencia que pueda poner en peligro el adecuado desarrollo psicológico del menor y su estabilidad emocional. Y, además, no se olvide, las conductas que se tipifican en este precepto son de carácter leve y puramente ocasionales. ¿Cómo explicar que no se haya incorporado un subtipo de esta naturaleza en otros delitos mucho más graves y más idóneos para dañar el equilibrio psíquico de los menores cuando son ejecutados en el ámbito doméstico? ¿Es que la ejecución de un asesinato, de un homicidio o de unas lesiones de los arts. 148 ó 149 CP no pueden generar, con mucho, un mayor perjuicio en ese sentido al ser objetivamente más graves? Es evidente que el legislador partía inconscientemente de un presupuesto que no forma parte de este delito: el desarrollo habitual de conductas violentas en el ámbito doméstico que puede afectar al normal desarrollo de la personalidad del menor.

CARDENETE: *El delito...*, cit., pp. 57-59; FERNÁNDEZ PANTOJA: «Los sujetos...», cit., pp. 112 y ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: «Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código Penal», en MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 372 y ss.; sobre su consideración como «sujetos perjudicados» y no como sujetos pasivos vid. GARCÍA VITORIA: «Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico», en MORILLAS CUEVA, *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, pp. 554-555.

⁴² Las reflexiones que acertadamente hace CRUZ BLANCA en el marco del art. 173.2 CP, exigiendo la «presencia habitual» del menor en situaciones de violencia (vid. «Los subtipos...», cit., p. 145), corroboran la tesis aquí defendida. Se trata, pues, de exportar al contexto del art. 153 CP las razones de fondo que dicha autora esgrime para el delito de violencia habitual. Estimando, por el contrario, la pertinencia con carácter general de los subtipos agravados introducidos, MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal...», cit., p. 274; GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., p. 156.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ya se ha señalado atinadamente⁴³ que el subtipo únicamente incluye a los menores y que deja fuera a los incapaces, en contra de lo que sucede en el mismo tipo básico del precepto a la hora de fijar el círculo de sujetos pasivos del delito por remisión al art. 173.2 CP. Aunque CRUZ BLANCA ha buscado como «única razón» factible de esta omisión la presunción «de que el incapaz ha culminado su “particular” desarrollo psicosocial y, en consecuencia, su evolución no puede verse afectada por la contemplación de episodios violentos», nosotros creemos que se trata sencillamente de un burdo olvido del legislador. En cualquier caso, y compartimos “lo discutible” de un razonamiento de esa índole, el equilibrio emocional y psíquico de los incapaces puede verse también alterado ante sucesos anormales que son personal y socialmente patológicos. Sería como si en los delitos sexuales el legislador no tutelara, cosa que no hace naturalmente, la indemnidad sexual de los incapaces por entender que éstos ya han alcanzado su “peculiar” proceso de maduración sexual. En la función tutelar que también desempeña el Derecho Penal los menores e incapaces son asimilados en muchas ocasiones, por lo que la omisión denunciada parece obedecer más a otra deficiencia de la técnica del legislador que a otro motivo más profundo.

Por otra parte, tal y como ha señalado la Circular 4/2003 de la FGE, el empleo por la Ley del término «menores» no impide la aplicación del subtipo agravado aunque sea sólo uno quien presencia los actos de *vis* física o moral. En cambio, si son varios los menores espectadores debe operar una sola vez la cualificación en cuestión. Asimismo, como el CP no especifica de qué minoría de edad se trata, habrá de entenderse que se aplica a menores de dieciocho años⁴⁴. Eso sí, como se ha apuntado acertadamente, «no bastará con la presencia de menores cuando sean de muy corta edad, sino que será necesario que éstos gocen de una mínima capacidad para entender el sentido violento del acto o actos presenciados»⁴⁵. Además, señala también la citada Circular que «aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo, agresión entre cónyuges en la vía pública

⁴³ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 144.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en CALVO GARCÍA (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Madrid, 2004, p. 160. También ROMEO CASABONA considera excluidos estos supuestos del tipo agravado, aunque añade que «no está justificado que se les haya excluido de esta agravación cuando son ellos mismos las víctimas del delito, de modo semejante a como se ha procedido, por el contrario, en el art. 149.2», vid. ROMEO CASABONA: *Los delitos...*, cit., p. 233.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

presenciada por menores transeúntes)»⁴⁶. La razón de ello es perfectamente lógica. Si, en relación con el tipo básico, sólo pueden ser considerados sujetos pasivos del delito las personas relacionadas en el art. 173.2 CP, con mayor razón cabrá defender la identidad de sujetos en este caso tratándose de víctimas indirectas que sólo presencian el hecho. Carecería de sentido ampliar aquí el círculo de sujetos cuando ni siquiera se ejerce directamente la violencia sobre el menor.

En conexión con lo recién afirmado cabe, por último, preguntarse si la cualificación también despliega sus efectos allí donde la conducta del tipo básico se ejecuta precisamente contra un menor. Al respecto ya se ha dicho por CRUZ BLANCA que «habrá de ser aplicada no sólo en los casos en los que el menor sea testigo de la conducta, sino también, si cabe con mayor razón, en aquellos otros en los que se ejerza directamente la violencia sobre él, no sólo por perpetrarla de forma evidente en “su presencia”, sino porque interpretar lo contrario sería absurdo al castigarse más levemente conductas que tienen un mayor contenido de injusto». Y es que se «castigaría con mayor pena el caso de que el menor sólo presencie un acto de los que integren la violencia habitual ejercido sobre su madre, que el caso de que se inflija la violencia directamente sobre él»⁴⁷. Compartimos, no obstante, el criterio negativo que en este caso defiende escuetamente la FGE. En la Circular 4/2003 se sostiene que «no se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor». Nuestra postura al respecto obedece a varias razones. La primera, desde luego, ya insinuada por la Circular, obedece a que el tenor literal del precepto no permite una interpretación semejante. El ejercicio directo de la violencia sobre el sujeto pasivo se contempla en el tipo básico y no en el agravado. La afirmación de que el delito «se perpetre *en presencia*» de menores apunta inequívocamente al supuesto en el que éstos no son destinatarios directos de la acción delictiva⁴⁸. No se olvide tampoco que estamos en el contexto de un subtipo agravado en el que la interpretación debe ser más rigurosa y taxativa al objeto de impedir la aplicación por analogía *in malam partem* de la norma. La segunda responde a la propia voluntad subjetiva del legislador cuando se introdujo la enmienda por la que se incorporaba el párrafo segundo al art. 153 en su redacción anterior. La justificación de la enmienda n^o 129 afirmaba textualmente respecto a este supuesto que «se trataría aquí de proteger al menor que *contempla* los actos de violencia *contra su madre*, por ejemplo»⁴⁹. No se estaba pensando, por tanto, en el caso en el que el menor es objeto directo de la acción violenta. Y, en último lugar, no se da la incoherencia punitiva que sostenía la autora en cita. La comparación de los marcos punitivos en el supuesto en el que la

⁴⁶ En el mismo sentido, vid. TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793.

⁴⁷ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 146 y nota a pie n^o 37.

⁴⁸ En este sentido, también, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 160.

⁴⁹ Vid. BOCG Serie A núm. 138-8 de 13 de mayo de 2003, pp. 66-67 (sin cursivas en el original).

conducta recae sobre el menor y aquel en el que es la madre la víctima y aquél únicamente contempla el hecho, olvida que el *plus* de exasperación viene justificado porque en el segundo caso, además, concurre la lesión del bien jurídico del que es titular la progenitora. No son, por tanto, supuestos de hecho que permitan ser comparados sin más.

2. Utilización de armas en la perpetración del delito

La siguiente agravación específica contenida en el art. 153.3 CP es la de perpetrar alguna de las conductas descritas en el tipo básico «utilizando armas». Tal y como ha sido ya dicho, la introducción de este subtipo valora «el peligro concreto de producción de lesiones o muerte a esas mismas personas derivado del uso de armas. Su fundamento agravatorio se asienta pues en un plus de antijuricidad en la medida en que el uso de armas conlleva un riesgo para la salud o vida de la víctima o víctimas sobre las que recae dicha violencia»⁵⁰.

Respecto a este subtipo resulta llamativo que el legislador se limite al medio comisivo de las «armas»⁵¹, dejando de lado como hace en otros preceptos (así, por ejemplo, en el propio tipo básico del art. 153.2 o en los arts. 148.1º, 180.1.5ª, 242.2 CP) la inclusión de otros *instrumentos o medios peligrosos*. Esta circunstancia hace que la aplicación de la agravación específica quede limitada al uso de armas blancas o de fuego por el necesario respeto al principio de legalidad. Así lo ha señalado, con acierto, la Circular 4/2003 de la FGE. No obstante, frente a la tesis que opta por el empleo efectivo del arma (disparando, cortando o pinchando) para la aplicación del subtipo⁵², creemos preferible la que extiende su apreciación incluso cuando el sujeto activo se limita a la exhibición de aquélla⁵³; aparte de que en este precepto, a diferencia de lo que sucede con el art. 148.1º, no se exige peligro concreto para la víctima⁵⁴, si lo que fundamenta el subtipo en esta modalidad es la existencia de un peligro para la vida o salud de aquélla, la comisión del hecho portando y exhibiendo un arma hace más que evidente la concurrencia de un riesgo adicional para el sujeto pasivo. Esta es, por lo demás, la solución que por ejemplo mantiene el TS respecto al robo con violencia o intimidación, cuando señala que «la exhibición de un arma en el momento de cometer la acción equivale a su directo y real empleo o uso, lo que da lugar a un mayor amedrentamiento o miedo de la víctima de la infracción delictiva, habiendo entendido este Tribunal de casación que como uso de armas u otros medios peligrosos debe entenderse no solo el empleo directo (disparo o pinchazo), sino asimismo la exhibición o utilización conminatoria, por el riesgo que comporta, por

⁵⁰ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., pp. 147-148.

⁵¹ *Ibidem*, p. 149; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793.

⁵² CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 148.

⁵³ Vid. DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., pp. 471-472; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., pp. 793-794; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 160.

⁵⁴ *Ibidem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

lo que el hecho de mostrar el arma, manifestándola exteriormente de forma suficientemente visible para que pueda reforzar la acción intimidatoria con la amenaza ínsita de su empleo agresivo, integra la agravación, cuya justificación reside en el riesgo o peligro inherente en la presencia de las armas en la acción, así como en la mayor peligrosidad del sujeto que planifica su acción contando con dicho empleo» (STS 1-9-2003, BDB 10164).

Por lo demás, se ha destacado con acierto que esta agravación es compatible con la condena por un delito de tenencia ilícita de armas⁵⁵.

3. Comisión de los hechos en el domicilio común o en el de la víctima

La tercera exasperación contenida en el art. 153 CP entra en juego cuando la realización del tipo básico «tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima». Uno de los primeros interrogantes que genera esta circunstancia⁵⁶ es su concurrencia con la genérica contenida en el art. 22.2ª CP: cometer el hecho «aprovechando las circunstancias de lugar [...] que debiliten la defensa del ofendido». O, incluso, con la del art. 22.6º CP (abuso de confianza) si es que, por ejemplo, el franqueo en la entrada del domicilio se produce aprovechando la relación existente o ya pasada que une al sujeto pasivo con el activo. La trascendencia penológica de su apreciación como genérica o específica dependerá, a la vista de la actual redacción del art. 66.1.3ª CP, de si esta circunstancia concurre o no en solitario. Si lo hace, su estimación a través del art. 22 o del 153.3 CP será irrelevante puesto que tanto en un supuesto como en otro la pena a imponer es la de la mitad superior del tipo básico o agravado. En cambio, si concurre con otra de las recogidas en el art. 22 CP, la aplicación del subtipo del art. 153 CP (que es lo que procede hacer en tal caso) fija ya un marco punitivo más grave (la pena en su mitad superior) sobre el que opera la regla del art. 66.1.3ª CP (mitad superior de la mitad superior). De concurrir más de dos, su reconducción como circunstancia genérica permite agravar aún más el marco punitivo a través del art. 66.1.4ª CP.

De acuerdo con la redacción de este subtipo, el hecho puede ser cometido tanto en el domicilio común (para el caso de que la relación, conyugal o de hecho, persista en el momento de la comisión) o en el de la víctima (si es que ya son distintos o si –como ocurre en la relación de simple noviazgo– nunca llegaron a ser el mismo). La principal duda a resolver es la compatibilidad de la apreciación de la agravación específica y su concurso con el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP. Al respecto ya se ha pronunciado favorablemente la Circular 4/2003 de la FGE al afirmar escuetamente que «la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el art. 18 CE se le añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior». En la misma dirección, aunque más fundadamente, camina la posición

⁵⁵ GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., p. 156. Igual criterio sigue la Circular 4/2003 de la FGE.

⁵⁶ Así lo pone de manifiesto POLAINO NAVARRETE: *La reforma penal española de 2003*, Madrid, 2004, p. 55.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de CRUZ BLANCA al señalar en el marco del art. 173.2 CP que el «subtipo agravado, como ha quedado señalado, atiende a la especial vulnerabilidad de la en la que el agresor coloca a la víctima al ejecutarse la violencia en un espacio físico limitado que le dificulta emprender la huida o ser defendida por otras personas; es decir, el plus agravatorio en este caso no se fundamenta, en mi opinión, en la lesión a la intimidad domiciliaria de la persona agredida sino en el mayor peligro para su integridad. En cambio, el bien jurídico tutelado en el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP es la intimidad de la persona que quedará lesionada cuando alguien se introduce en el domicilio o permanece en él contra la voluntad de su morador. En consecuencia, el sujeto que realiza alguna de esas dos conductas en el domicilio una persona de las señaladas en el art. 173.2 CP sin su consentimiento y una vez allí la agrede, ha lesionado la intimidad de la víctima (art. 202 CP) y además ha incrementado el peligro para su integridad en el sentido del subtipo agravado de violencia doméstica habitual del art. 173.2 párrafo segundo pudiendo, por tanto, ser considerado autor de ambos delitos»⁵⁷.

Nosotros, por el contrario, creemos que la apreciación de la agravación específica impediría el concurso de delitos con el allanamiento de morada del art. 202 CP, solución esta última que resultaría penológicamente más severa con el agresor si es que se opta por apreciar un concurso real de delitos. La invasión domiciliaria prevista en el subtipo obstaculiza la condena simultánea por el delito de allanamiento, al igual que el robo en casa habitada (art. 241 CP) impide la condena por el art. 202 CP⁵⁸. En cambio, al no haberse previsto una exasperación específica similar en el robo violento o intimidatorio, la jurisprudencia no tiene inconveniente en condenar por el art. 242 CP y por el allanamiento de morada (por ejemplo, STS 14-3-2003 [BDB 14066]). No es, por tanto, descartable que el subtipo agravado del art. 153.3 CP consuma también el atentado a la intimidad que comete el agresor allanando la morada de su víctima.

Por lo demás, frente a lo indicado por algún autor⁵⁹, creemos el espacio domiciliar no tiene por qué constituir la residencia *habitual* del sujeto pasivo, sino que basta con que pueda ser calificado como morada en el momento de comisión de los hechos, esto es, cualquier lugar de permanencia estable o transitoria donde la víctima desarrolle aspectos vinculados con su vida personal y familiar que le permitan la facultad de excluir la presencia de terceras personas. En cambio, para apreciar la

⁵⁷ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 155. Otros autores parecen decantarse también a favor de esta solución cuando afirman «que son circunstancias de lugar que facilitan o aseguran la ejecución de los actos de violencia. La víctima en estos supuestos puede encontrarse desprevenida por sentirse falsamente protegida en su domicilio o ver dificultadas sus posibilidades de defensa, huida o de auxilio de terceros o de la autoridad o sus agentes», vid. BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 160.

⁵⁸ Vid. GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., p. 459.

⁵⁹ Vid. TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 794.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

agravación, basta con que la agresión se haya iniciado en el domicilio de la víctima aunque finalmente se materialice de forma completa fuera del mismo⁶⁰.

4. Quebrantamiento de pena, medida cautelar o de seguridad

El último de los subtipos previstos por el art. 153.3 CP viene determinado por la comisión de alguna de las conductas alternativas del tipo básico o agravado quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Ante todo, creemos que por regla general la apreciación del subtipo agravado del art. 153.3 CP excluiría la posibilidad de aplicar el quebrantamiento por respeto al principio *non bis in ídem*⁶¹. La respuesta, sin embargo, debe ser matizada en función del tipo de concurso de delitos que apliquemos. En los supuestos en los que exista unidad de hecho entre el ejercicio puntual de la violencia y la vulneración de la pena o medida, cabría apreciar un concurso ideal de delitos en el que se aplicaría la pena del delito más grave en su mitad superior. Comparados los marcos punitivos del art. 153.1 y 2, y del art. 468.2 CP, resulta que los primeros están castigados más gravemente, pues junto a la pena de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad se impone la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y, eventualmente, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc. Así pues, dado que por la aplicación de la regla penológica del concurso ideal de infracciones llegamos al mismo marco punitivo que el prescrito por el art. 153 CP (mitad superior de la pena prevista en el tipo básico o agravado), la conclusión es que en esta hipótesis resulta indiferente a efectos penológicos que se opte por la apreciación del subtipo agravado o por el concurso ideal. En cambio, si el quebrantamiento de la orden de alejamiento dictada como pena accesoria carece de unidad de hecho (requisito, dicho sea de paso, del principio *non bis in ídem*) con la realización de alguna de las conductas previstas en el art. 153.1 ó 2 CP, como por ejemplo cuando el sujeto activo realiza un seguimiento muy estrecho de la víctima para buscar la ocasión idónea en la que poder agredir a su víctima, entonces sería factible el recurso al concurso real de delitos. En esta hipótesis se pone de manifiesto que lo más gravoso para el reo sería la aplicación de dicho concurso entre el tipo básico o agravado del art. 153 y el quebrantamiento del art. 468.2 CP.

5. La relación entre estos subtipos agravados y los del delito de violencia habitual

Como cuestión común a las cuatro circunstancias agravantes específicas analizadas, haremos referencia a su eventual relación con las contenidas en el párrafo segundo del art. 173.2 CP. Este tema ha sido tratado con particular detenimiento la Circular 4/2003 de la FGE: «Debe repararse –afirma dicha Circular- en que las circunstancias

⁶⁰ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 153.

⁶¹ En cambio, se ha defendido la compatibilidad entre la agravación específica y el delito del art. 468 CP al afirmarse que no «hay que considerar que en estos supuestos es mayor el desvalor del resultado por lesionar el bien jurídico de la Administración de Justicia, ya que para ello entrará en juego el delito de quebrantamiento de condena», BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 161.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

agravatorias son exactamente las mismas en ambos tipos de maltrato familiar, habitual (173) y no habitual (153). Y ello suscita determinados problemas de *bis in idem* que pasamos a analizar. No será posible, por vulneración del principio citado (art. 25 CE), que una sola de tales circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173) en la que, junto a otros actos concretos, aquélla se integre para apreciar la nota de habitualidad. Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos. Esta misma conclusión es predicable del concurso entre las lesiones del art. 148.1 en relación con el 147 y el maltrato habitual del art. 173. Surge entonces la duda acerca de cuál sea el tipo penal en que dicha agravación deba surtir efecto, lo que tiene indudable repercusión práctica ya que la pena resultante del concurso será más onerosa si se forma el subtipo agravado con el art. 173 y no con el art. 153. En ocasiones la cronología procesal de enjuiciamiento puede dar por resuelto el asunto: si por haber sido enjuiciado separadamente el acto concreto ya se condenó por el delito del art. 153 apreciando la agravación, es claro que la circunstancia agravante no podrá ser tenida nuevamente en consideración en el ulterior procedimiento por maltrato habitual para agravar el tipo del art. 173. Pero fuera de ese caso, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquélla no es sino una específica expresión, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: reputar cometido un delito del art. 153 en modalidad agravada en concurso real con delito del art. 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del art. 153 simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada. Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención “alguno o algunos” recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP. En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP». Este criterio ha tenido ya reflejo en alguna jurisprudencia menor como la SAP de 11-10-2004⁶², según la cual la «mera lectura del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia evidencia que la titular del Juzgado de lo Penal ha valorado la agravante específica de ejecutar los hechos en el domicilio familiar común a los efectos de individualización de las penas correspondientes, tanto al delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, como a cada uno de los dos delitos de maltrato no habitual en el ámbito doméstico del art. 153 CP, lo que supone una clara vulneración del principio *ne bis in idem* y de la doctrina reflejada en la ya citada circular de la Fiscalía General del Estado acogida en la sentencia de esta Sala de 14-7-2004».

Por nuestra parte, aunque compartimos con carácter general el criterio sostenido por la FGE y alguna jurisprudencia menor, creemos que sí es posible apreciar el subtipo

⁶² La Ley (2004), n° 335.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cualificado del delito de violencia habitual cuando el autor ha sido ya condenado por un acto de violencia ocasional agravado, y este episodio puntual no integre (por ser, por ejemplo, un antecedente completamente aislado) el periodo de violencia habitual tenido en cuenta por el Juez o Tribunal para condenar por el art. 173.2 CP. La solución dada por la Fiscalía tiene como presupuesto la integración del acto de violencia castigado por el art. 153 CP en el delito del art. 173.2 CP, por lo que no habrá dificultad en apreciar la agravación específica de este último si la condena previa está completamente desconectada de los hechos que integran la violencia habitual. Por lo demás, creemos que existe un argumento adicional para ratificar el criterio de la FGE y de los Tribunales de optar por la estimación del subtipo agravado del art. 173.2 CP, a saber, que la realización sistemática de actos de violencia física o psíquica mediando al menos alguna de las circunstancias mencionadas en las agravaciones específicas, es un hecho más grave que la realización de un acto de violencia ocasional cometido bajo tales circunstancias, por lo que allí donde pueda estimarse que una o la mayor parte de los hechos se perpetraron en esas condiciones, deberá optarse necesariamente por esta solución en atención al principio de especialidad del concurso aparente de normas penales (art. 8.1ª CP).

6. Modalidad atenuada

La nueva redacción del art. 153 CP sufrida por la Ley Integral no se limita, sin embargo y a pesar de lo expuesto hasta el momento, a introducir un régimen punitivo más severo en el delito de violencia ocasional. Y es que, en consonancia con algunas propuestas que ya se hicieron con ocasión de la reforma introducida por la LO 11/2003⁶³, el vigente apartado cuarto del precepto citado dispone que «*no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado*». Tanto los intentos del año 2003 como la incorporación efectiva de la atenuación facultativa de la pena con la Ley Integral, son sin duda muestra de las cautelas que el legislador quería tomar para impedir una eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 153 CP por infracción del principio de proporcionalidad, en la medida en que el mismo elevaba a la categoría

⁶³ Sobre la base del precepto propuesto por el Ministerio de Justicia en el Anteproyecto de la LO 11/2003, el informe elaborado por el CGPJ formuló básicamente una sugerencia, a saber, que por razones derivadas del principio de proporcionalidad era necesario establecer un tipo atenuado en el art. 153 en el que poder integrar agresiones de muy escasa entidad. Y así, entiende el referido informe que «*el art. 153 debería configurarse de tal manera que en casos de escasa relevancia pudiera el Juez o Tribunal imponer la pena inferior en grado*. Pues un mero maltrato de obra, aunque tenga por destinatario a alguna de las personas del círculo doméstico puede presentarse como un hecho que no tenga gran significancia lesiva, y en estos casos debe poder atenuarse la responsabilidad penal». En el mismo sentido caminaba también la Enmienda al Proyecto de Ley que en el Congreso de los Diputados formuló el Grupo Parlamentario Socialista (vid. la Enmienda nº 174, BOGC Serie A núm. 136-8 de 13 de mayo de 2003, pp. 84-85).

de delito conductas que por su levedad venían siendo únicamente castigadas como simples faltas.

A pesar de que tal moderación punitiva atenúa de algún modo el rigor de la normativa vigente, su articulación técnica es sin duda criticable por su *absoluta indeterminación* en la medida en que la Ley no señala ni especifica qué circunstancias personales del autor o las concurrentes en el hecho deben ser tenidas en cuenta para proceder a la rebaja de la pena, dejándolo así la fijación de los criterios que sirven de base a la aplicación del precepto al más puro arbitrio judicial.

V. VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL ART. 153 CP

Terminamos el presente trabajo con una valoración parcialmente crítica de algunos puntos de las decisiones legislativas procedentes de la LO 11/2003 y de la LO 1/2004 que han configurado conjuntamente la actual estructura de los comportamientos tipificados por el vigente art. 153 CP. Por un lado, tal y como la mayoría de la doctrina científica que se ha pronunciado ya al respecto⁶⁴, se evidencia claramente un rechazo muy consensuado a un endurecimiento tan notable de la normativa punitiva como el que ha supuesto la elevación a la categoría de delito de comportamientos leves y ocasionales en el ámbito doméstico. Y así, afirma DEL MORAL GARCÍA, «la medida en mi opinión es excesiva y se enmarca en esa filosofía un tanto ingenua de combatir el fenómeno de la violencia doméstica con “más Derecho penal”. Creo que la amplitud de las conductas encajables en el art. 153 desbordan el principio de intervención mínima y enseguida vienen a la cabeza ejemplos que ponen esa realidad de manifiesto. A veces la tendencia de ir progresivamente agravando la respuesta de penal puede conllevar efectos perversos al generar una reluctancia en los juzgados y tribunales a imponer penas desproporcionadas con la gravedad de los hechos y buscar subterfugios y abrir agujeros para vaciar el tipo penal»⁶⁵. Y precisamente tales ejemplos eran ya puestos sobre la mesa por DEL ROSAL BLASCO cuando afirmaba que «maltratar de obra o causarle una lesión constitutiva de falta [ahora delito] a un hermano o a una hermana, a un cuñado o a una cuñada, o a un hijo o a una hija no es siempre una manifestación del fenómeno criminal de la violencia doméstica. Piénsese que, de acuerdo con el sentido literal inequívoco del propuesto nuevo art. 153, cuando un sujeto mayor de dieciocho años le pega un empujón ocasional a su hermano o hermana, o le propina un puñetazo ocasional que le causa una lesión para cuya sanidad no requiere de asistencia facultativa o requiere tan sólo de una primera

⁶⁴ Vid. DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., pp. 468-469; GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., pp. 155-156; DEL ROSAL BLASCO: «La regulación...», cit., pp. 342-344; POLAINO NAVARRETE: *La reforma...*, cit., pp. 56-57; LAURENZO COPELLO: «Los nuevos delitos...», cit., pp. 9-11; ROMEO CASABONA: *Los delitos...*, cit., p. 229; GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 120; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., pp. 792-793; BENÍTEZ JIMÉNEZ: *Violencia...*, cit., pp. 97-98; SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., pp. 165-166.

⁶⁵ DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 469.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

asistencia facultativa, la amenaza de pena para un hecho es de prisión de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Enviar ese mensaje a los jueces, obligándoles a aplicar esa pena, es forzar a aplicar una norma jurídica que contradice abiertamente la sensibilidad social más razonable y, por tanto, los elementales requerimientos del principio de proporcionalidad, en relación con la valoración de la gravedad de las conductas»⁶⁶.

Pues bien, precisamente respecto a este último aspecto de la posible desproporción punitiva cometida por el precepto en cuestión, se plantearon algunas cuestiones de inconstitucionalidad por posible vulneración del art. 25 CE; resolviendo una de ellas el Auto nº 233 de 7-6-2004, dictado por el Pleno del TC⁶⁷, se pronuncia en sentido negativo a entender vulnerado el principio de proporcionalidad de las penas. El supuesto de hecho del que traía origen tal cuestión de inconstitucionalidad consistió en el guantazo que el acusado propinó a su compañera sentimental en el marco de una discusión de pareja y en presencia de sus dos hijas. La lesión originada tardó en curar un día sin tratamiento ni incapacidad y el imputado se conformó con una pena de nueve meses de prisión, del derecho a la tenencia y porte de armas por un período de dos años y accesoria de suspensión de derecho de sufragio pasivo por igual tiempo que de prisión.

Para revisar la constitucionalidad del juicio de proporcionalidad subyacente en el art. 153 CP, el TC parte de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo»; en el ejercicio de dicha potestad «el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional», por lo que «la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad». No obstante, para determinar si el legislador se ha mantenido dentro de esos límites básicos marcados por nuestro texto fundamental «debe indagarse, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. En segundo lugar, deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado

⁶⁶ DEL ROSAL BLASCO: «La regulación...», cit., p. 343.

⁶⁷ Dicha resolución puede encontrarse en el *Diario La Ley* nº 6088, de 17 de septiembre de 2004, con comentario de MAGRO SERVET.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena» (FJ 3º).

De acuerdo con esta doctrina, cuya procedencia se fija fundamentalmente en las SSTC 55/1996 de 8 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio, el TC pasa a evaluar los tres puntos sobre los que poder apoyar el juicio de proporcionalidad. Y así, respecto al objeto de tutela y fines perseguidos por la norma penal examinada, pone de manifiesto dicho Tribunal «la relevancia social de los bienes e intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39)» (FJ 5º).

Respecto al segundo de los criterios mantiene el TC que «tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico» (FJ 5º). Más específicamente, respecto a la previsión de la pena de prisión por el art. 153 CP, señala dicho órgano que «sólo si a la luz de un razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo del derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento». Sin embargo, prosigue el TC, «el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad está huérfano de todo razonamiento, pues ni siquiera se indica o menciona en aquél medida alternativa alguna a la pena de prisión prevista por el legislador, ni nada se argumenta, por tanto, sobre la existencia de medida de menor intensidad y de una funcionalidad similar a la legalmente establecida» (FJ 6º). Para fundamentar el juicio de proporcionalidad respecto a la previsión de una pena privativa de libertad, considera también fundamental el máximo intérprete de la Constitución que «la pena de prisión no es la única que como pena principal se recogen en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria»⁶⁸. A ello se añade, finalmente, ratificando la

⁶⁸ También en este punto la reforma de 2003 acogió la propuesta de MORILLAS CUEVA: «Respuestas...», cit., p. 686.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

constitucionalidad de la penalidad contenida en el art. 153 CP, «que las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio de algún derecho proclamado en la Constitución española, de modo que “no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor” (STC 136/1999, FJ 28)».

A nuestro juicio, los argumentos vertidos por el TC no impiden censurar, al menos en parte, la decisión legislativa adoptada de elevar a la categoría de delito comportamientos leves y ocasionales en el ámbito doméstico que hasta ahora venían considerándose como simples faltas. Nuestra postura, diferenciadora, camina en la línea marcada por CARRETERO SÁNCHEZ⁶⁹ quien, con razón, acoge favorablemente la mayor rigurosidad en el tratamiento de las lesiones físicas o psíquicas que objetivamente requieran para su sanidad una primera asistencia facultativa. Muy discutible resulta, en cambio, que se equiparen a tales conductas el simple golpe o maltrato no constitutivo de lesión y el menoscabo psíquico (si es que puede de algún modo interpretarse) de la misma naturaleza. En este punto, aunque el TC haya ratificado su constitucionalidad, el juicio de oportunidad del legislador no ha valorado adecuadamente la levedad de numerosas conductas que formalmente integran la conducta descrita por el tipo penal. Los Jueces y Tribunales a la hora de aplicar el precepto se ven abocados a la búsqueda de criterios materiales que de algún modo limiten los amplísimos contornos de la conducta formalmente típica.

También la STC 14-5-2008 ha entrado a analizar si el art. 153.1 CP respeta los cánones constitucionales de proporcionalidad al establecer la correspondiente exasperación punitiva para los casos en los que la agresión leve ocasional es manifestación de la violencia de género en el marco de las relaciones de pareja. Ante todo, y sin perjuicio de lo que ya apuntamos al comienzo de este trabajo, debe recordarse, como destacó el muy fundado Auto de 29 de julio de 2005 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia que promovió la cuestión de inconstitucionalidad, que las consecuencias jurídicas que se derivan para el tratamiento punitivo diverso de estos casos de violencia de género no se limitan a la imposición de un marco abstracto de la pena más severo (el del art. 153.1 CP frente al del tipo básico), sino que más allá se extienden «al régimen de las alternativas a la pena privativa de libertad⁷⁰, al que serían aplicables determinadas agravaciones (arts. 83.1.6º, 84.3, y 88.1 CP), [...] También se apunta la posible afectación directa del fallo en el caso de aplicación de la rebaja de un grado del art. 153.4 CP con el efecto de alcanzar una pena de prisión inferior a tres meses. Finalmente, se señala que la pena imponible sería idéntica en

⁶⁹ CARRETERO SÁNCHEZ: «La violencia...», cit., p. 11.

⁷⁰ Y es que no debemos olvidar que las modificaciones realizadas en materia de suspensión y sustitución de penas (arts. 33-35 CP) por la LO 1/2004 resultan aplicables en el caso de que se trate de «delitos relacionados con la *violencia de género*», de acuerdo con el concepto que de esta última suministra el art. 1 de dicho cuerpo legal.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

el caso de considerar al marido persona especialmente vulnerable ya que el inciso final del precepto no introduce discriminación alguna en relación al sexo de los sujetos. El requisito de la convivencia quedaría acreditado en el caso pero faltaría la acreditación de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo varón».

Como ya pusimos de manifiesto, la STC 14-5-2008 considera constitucionalmente adecuado el régimen jurídico diverso para las agresiones cometidas por el varón sobre la mujer sobre la base de considerar que las mismas se caracterizan por un mayor desvalor de la conducta. Junto a ello, y como presupuesto, para el máximo intérprete de nuestro Texto fundamental «es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador». Dicha finalidad no es otra que «prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (FJ 8º).

Pero junto a la legitimidad de los fines y la razonabilidad de los medios normativos empleados para su consecución, es evidente que el TC considera relevantes otros aspectos. Y así, la introducción durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Integral **la ampliación del tipo agravado a los casos en los que la víctima es una persona especialmente vulnerable**, hace que quede «notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP)» (FJ 4º B). Trascendental resulta también para la validación de la constitucionalidad de la norma cuestionada **la articulación de un marco punitivo flexible** y, especialmente en primer lugar, que la «pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”» (FJ 10º). A todo ello se añade, además, el ya usual recordatorio del **margen de discrecionalidad del que goza el legislador para el diseño de la Política criminal**: «Nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”» (FJ 6º).

En nuestra opinión, como ya pusimos de relevancia, el precepto cuestionado no resulta inconstitucional por contravenir el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, sin perjuicio de las observaciones críticas que hicimos en relación con el contenido de injusto diverso que caracterizaría a estas agresiones en el sentido de suponer un atentado adicional a la seguridad, libertad y dignidad de la mujer. Pero desde luego, como colofón a este trabajo, no podemos dejar de expresar nuestro escepticismo al atribuir a medidas penales de este tipo efectos preventivos en materia de violencia de género. Esperemos que alguna vez el legislador y nuestra clase política renuncien al recurso fácil y barato del Derecho Penal como una forma de intentar vender a la ciudadanía «soluciones» a problemas de gran complejidad y trascendencia social.