

## **ESTUDIO DEL ACTUAL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL**

por D<sup>a</sup>. Lydia León Chaparro, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Ceuta.

### **1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

#### **A) ARTÍCULO 425 INTRODUCIDO POR LA LEY ORGÁNICA 3/1989 DE 21 DE JUNIO.**

La primera vez que se tipifica la violencia habitual en el ámbito familiar como acción diferenciada de las lesiones en sentido estricto es a través del artículo 425 del Código Penal de 1973, introducido en dicho Cuerpo Legal por L.O. 3/89 de 21 de junio. Dicho precepto sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad y cuyos elementos vertebradores del tipo penal eran los siguientes:

1. Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.
2. Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito.
3. Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin.
4. Que tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.
5. La pena con la que se castigaba el tipo era la de arresto mayor –de un mes y un día a seis meses de privación de libertad-.

#### **B) ARTÍCULO 153 INTRODUCIDO POR LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, QUE APRUEBA EL NUEVO CÓDIGO PENAL.**

Ante la insuficiencia de dicho artículo para afrontar una situación cada vez más impactante en la sensibilidad ciudadana, La L.O.10/95 de 23 de noviembre (Nuevo Código Penal) en su artículo 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del artículo 425 del anterior Código Penal con una nueva redacción “el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre hijos propios o del conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, o guarda de hecho de uno u otro”, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:

1. Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.
2. Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja, ya que no es necesario dicho requisito para los sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del sujeto activo o su pareja.
3. Se conserva la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona "ligada

de forma estable por análoga relación de afectividad", dato que constituye la razón del tipo. Se requiere que dicha relación de afectividad sea estable, algo que antes no exigía el tipo. Por la doctrina y la jurisprudencia se discutía la inclusión en el tipo de las parejas homosexuales, admitida por unos y negada por otros. (La STS de 11 de mayo de 1995, relativa al artículo 425, restringía la aplicación del tipo a las parejas de distinto sexo).

4. La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el art. 94 del Código Penal.
5. Se incrementa notablemente la pena que pasa a ser de seis meses a tres años.
6. Se hace mención expresa a las hipótesis concursales estableciendo que los concretos resultados de la violencia ejercida se penaran independientemente.

### **C) REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 11/1999, DE 30 DE ABRIL**

Amplió las penas accesorias que podían adoptarse al amparo del artículo 57 del Código Penal, incluyendo expresamente la de aproximación a la víctima o aquellos de sus familiares que el Juez o Tribunal determine, la de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, además de que ya figuraba con anterioridad y que consistía en la de volver al lugar donde se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

### **D) REFORMA DEL ARTÍCULO 153 INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 14/1999, DE 9 DE JUNIO.**

La L.O. 14/99 de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el propósito explicitado en su Exposición de Motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo diversas reformas tanto en el Código como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que se refiere al tipo del artículo 153 estas reformas son:

1. En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, **amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión**, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente, pasando a abarcar el tipo situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella.
2. Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la violencia física y **se extiende también a la psíquica**.
3. Se proporciona una **definición legal de habitualidad** que se vertebra alrededor de cuatro datos: **pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior**.

## **E) ARTÍCULO 173 INTRODUCIDO POR LA LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE**

La L.O. 11/2003 de 29 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de violencia doméstica, con el propósito explicitado en su Exposición de Motivo de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas -ampliando el círculo de posibles víctimas e introduciendo nuevas penas-, introduce este nuevo artículo en sustitución del anterior artículo 153 del que es su equivalente, modificando asimismo su ubicación sistemática ya que pasa a integrarse en el Título VII del Libro II "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral" en lugar de su anterior ubicación en el Título III "De las lesiones". Estas reformas son:

1. En relación a los sujetos pasivos, amplía el tipo a aquellos supuestos en los que exista análoga relación de afectividad a la del matrimonio aún sin convivencia, además de los descendientes y los ascendientes se incluyen los hermanos, ya lo sean por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente. También incluye a 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 guardia en centros públicos o privados.
2. Introduce como penas de obligada imposición, junto a la privativa de libertad de seis meses a tres años ya recogida en el anterior artículo 153, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años.
3. Como pena de imposición facultativa, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, se introduce la posibilidad de acordar la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de uno a cinco años.
4. Se introduce un subtipo cualificado, con la imposición de la pena en su mitad superior, cuando concurren alguno/s de los siguientes supuestos: cuando los actos se perpetren en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.
5. Se mantiene la definición legal de habitualidad que se vertebra, al igual que en la regulación anterior, alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.

## **F) LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL.**

La referida reforma regula por primera vez, en su artículo 48, además de la prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos, ya comprendida en la regulación anterior, como penas accesorias a las que se refería el artículo 57 del Código Penal, las siguientes:

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito, o aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.
2. La prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiera reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.
3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares o otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.
4. Se introduce la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda acordar el cumplimiento de estas medidas a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

Conforme a la nueva regulación del artículo 57, la duración de las medidas anteriormente señaladas no excederá de diez años si el delito fuese grave, o de cinco si fuere menos grave (con anterioridad la fijación del plazo de duración se dejaba en manos del Juez o Tribunal sentenciador en función de las circunstancias concurrentes, sin que pudiera exceder de cinco años), estableciéndose expresamente que, en todo caso, si además existiese condena a privación de libertad, la duración de tales medidas ha de ser superior entre uno y diez años al de la duración de la prisión impuesta en sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave, cumpliéndose ambas penas de forma simultánea.

Cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173 habrá de imponerse en todo caso, como pena accesoria, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de poder imponer también cualquier otra de las penas accesorias a las que se refiere el precepto.

## **G) PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**

No establece modificación alguna en el tipo estudiado.

## **2.- ANÁLISIS DEL TIPO PENAL ACTUALMENTE REGULADO EN EL ARTÍCULO 173.2 DEL CÓDIGO PENAL.**

### **A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

La STS de 22 de enero de 2002, anterior a la reforma de 29 de septiembre de 2003, establecía “que puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -artículo 10 -, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -artículo 15- y en el derecho a la seguridad -artículo 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39.” Pudiendo afirmarse que el bien jurídico protegido es “la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.”

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno, por lo que nada impide penar separadamente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas sin vulnerar con ello el principio de ne bis in idem.

La nueva ubicación sistemática del tipo parece ir en la línea de que el bien jurídico protegido es la integridad moral como sostenía la doctrina jurisprudencial ya citada.

### **B) SUJETOS PASIVOS:**

#### **1. CÓNYUGE, EX CÓNYUGE O PERSONAS QUE SE ENCUENTREN O HAYAN ESTADO UNIDAS POR ANALÓGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD, AÚN SIN CONVIVENCIA**

La nueva redacción del precepto plantea el problema de si han de entenderse comprendidas dentro del mismo las relaciones de noviazgo o si únicamente cabe restringirlo a los cónyuges o parejas de hecho que, por cualquier

causa, sea por motivos laborales o de cualquier otra índole, no se encuentren conviviendo. Al respecto un importante sector doctrinal se inclina por exigir que para que estén comprendidas dichas relaciones de noviazgo dentro del tipo que exista, cuando menos, la misma estabilidad exigida en cuanto a la parejas de hecho, de forma que se evite la criminalización excesiva cuando simplemente nos encontremos ante relaciones meramente esporádicas.

Ya con anterioridad a la reforma por la doctrina y la jurisprudencia se discutía la inclusión en el tipo de las parejas homosexuales, admitida por unos y negada por otros. (La STS de 11 de mayo de 1995, relativa al artículo 425, restringía la aplicación del tipo a las parejas de distinto sexo).

## **2. DESCENDIENTES.**

Es indiferente que sean o mayores de edad, aunque sí parece exigirse la relación convivencial o, alternativamente, la sujeción a la patria potestad.

## **3. DESCENDIENTES DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE.**

No se incluyen los hijos del ex cónyuge o ex conviviente.

## **4. ASCENDIENTES O HERMANOS POR NATURALEZA, ADOPCIÓN O AFINIDAD, PROPIOS O DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE.**

Se exige, según la interpretación mayoritaria, que exista situación de convivencia

## **5. MENORES O INCAPACES QUE CONVIVAN CON EL AUTOR O QUE SE HALLEN SUJETOS A LA POTESTAD, TUTELA, CURATELA, ACOGIMIENTO O GUARDA DE HECHO DE UNO U OTRO.**

En cuanto a los incapaces no es precisa previa declaración judicial de incapacidad (artículo 25 del Código Penal) ni respecto tanto a éstos como a los menores que exista una relación de parentesco.

## **6. PERSONA AMPARADA POR CUALQUIER OTRA RELACIÓN POR LA QUE SE ENCUENTRE INTEGRADA EN EL NÚCLEO DE CONVIVENCIA FAMILIAR.**

Permite entender comprendidos sobrinos o ancianos acogidos en una familia e incluso la interna que presta en la casa servicios de tipo doméstico.

## **7. PERSONAS QUE POR SU ESPECIAL VULNERABILIDAD SE ENCUENTRAN SOMETIDAS A GUARDA O CUSTODIA EN CENTROS PÚBLICOS O PRIVADOS.**

## **C) ACCIÓN TÍPICA:**

### **Violencia física**

Lo que debe entenderse por actos de violencia física no plantea especiales problemas prácticos, deben entenderse comprendidos el maltrato de obra, lesiones y, en general, cualquier acto que implique el uso de la fuerza física contra el sujeto pasivo víctima de esa violencia.

### **Violencia psíquica**

La interpretación de lo que había de entenderse por violencia psíquica ha suscitado numerosas discusiones doctrinales, ya que la interpretación que se adopte ha de buscar un adecuado equilibrio entre una amplitud desmesurada que produjese una panjudicialización de toda la vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas y una interpretación tan restrictiva que exigiese la producción de resultados lesivos que casi redujese a la nada la ampliación del tipo operada en 1999.

No es sencillo apuntar criterios apriorísticos y habrá que estar a situaciones concretas que han de juzgarse a la vista de todo el contexto en que se producen y en particular de las especiales circunstancias sociales, culturales, ambientales e individuales de agresor y víctima.

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla de 9 de septiembre de 2001 establece que “una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones, así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado.”

En tales casos, cuando se trate de violencia psíquica, para afirmar habitualidad, un sector doctrinal propugna que será preciso exigir una mayor reiteración, repetición o continuación de los actos.

## **D) HABITUALIDAD.**

### **Definición jurisprudencial.**

Estamos ante un concepto fáctico que no puede ser confundido ni con la definición de habitualidad que ofrece el artículo 94 del Código Penal ni, desde luego, con la reincidencia.

Como señaló Ruiz Vadillo, la habitualidad ha de ser entendido más que como un “concepto jurídico-formal” como un “concepto criminológico-social”.

Como señala la STS de 7 de julio de 2000, lo relevante para apreciar dicha habitualidad es “más que la pluralidad en sí misma, la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.” Dicho elemento viene, pues, a

constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

El propio tipo penal vertebrada la existencia de dicha habitualidad a través de cuatro elementos básicos:

1. y 2. Pluralidad de actos y proximidad temporal.

Elementos que han de analizarse indisolublemente unidos, ya que como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de noviembre de 2002, para la aprehensión con un mínimo de seguridad jurídica del concepto de habitualidad dentro de la citada esfera delictiva, el Código Penal establece dos obligadas referencias, puesto que además de resultar acreditados un número de "actos de violencia", - ineludiblemente más de dos, conforme a las SSTs de 11 de marzo de 2003 o 18 de abril de 2003, según la cual, surge a partir de tres hechos -, es preciso que tales actos obedezcan a una determinada pauta de conducta y no a meros comportamientos cronológicamente aislados, es decir, tal y como el propio texto legal expresa, es preciso que tales actos de violencia guarden entre sí "proximidad temporal".

Para la cuantificación habrán de sumarse tanto los actos de violencia física como los de violencia psíquica, pero lo verdaderamente importante es que dicha pluralidad de actos obedezcan a la generación de un clima de violencia en el ámbito familiar, de forma que si en un mismo día hay tres actos de violencia pero esa situación no vuelve a producirse con posterioridad no se dará la habitualidad requerida por el tipo.

Sólo teniendo en cuenta una cierta pluralidad de actos temporalmente enlazados, así como el resto de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en el caso concreto podrá, en su caso, concluirse con la apreciación penal de la existencia en el ámbito familiar de una conducta atentatoria contra la dignidad de la persona humana y, concretamente, del derecho de toda persona a no verse sometida a trato inhumano o degradante alguno, por medio de un estado de agresión permanente.

3. Pluralidad de sujetos pasivos.

La habitualidad puede construirse con actos de violencia ejercidos sobre distintos sujetos pasivos, ahora bien es preciso que estén integrados en el mismo marco convivencial, de forma que no existirá habitualidad si se repiten actos de violencia con el cónyuge y el excónyuge, sin perjuicio de que cada entorno familiar pueda dar lugar, si los actos son reiterados en uno y otro entorno, a la existencia de dos delitos del artículo 173 en relación de concurso real.

4. Independencia de los hechos hayan sido o no enjuiciados con anterioridad.

En resumen, son la reiteración de conductas de violencia física o psíquica por parte de un miembro de la familia, - aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta-, en cuanto que viene a crear un ambiente o atmósfera irrespirable o de sistemático maltrato, las que constituyen esta figura delictiva.

## **E) SUBTIPOS CUALIFICADOS**

La interpretación práctica de cuando deben entenderse concurrentes las circunstancias que agravan el tipo básico no plantea problema alguno. Dichas circunstancias, como ya se ha expuesto, son: que las acciones de violencia se realicen en presencia de menores (se ha criticado que no se incluyan aquellos supuestos en que la víctima es el propio menor), utilizando armas, en el domicilio común o en el de la víctima o quebrantando las penas accesorias del artículo 48 (residir en determinados lugares, aproximación a la víctima o comunicarse con ella) o medidas cautelares o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza, bastando para la apreciación del subtipo que concorra una sola de las citadas circunstancias.

La aplicación de estos subtipos si puede dar lugar a problemas concursales que serán analizados más adelante.

## **F) COMISIÓN POR OMISIÓN**

Aparece expresamente admitida por las SSTS de 26 de junio de 2000 y 22 de enero de 2002, en aplicación genérica del artículo 11 del Código Penal, en aquellos supuestos en que la madre no evita el maltrato habitual del hijo menor, y ello partiendo de que nos encontramos ante un delito de resultado y atendida la posición de garante que la madre “tiene respecto del hijo que derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal insito en el artículo 154 del Código Civil, que impone a la madre velar por el niño e incluso recabar el auxilio de la autoridad en su caso para dicho incumplimiento”, o, como señala la citada STS de 22 de enero de 2002, establece que “la imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que el otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el “deber de garante” o “posición de garante” que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva.”

También ha de hacerse mención a la STS de 19 de mayo de 2000 que aplicó en un supuesto similar el tipo previsto en el artículo 450 del Código Penal por omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, admitiendo incluso en dicho supuesto la apreciación de la agravante de parentesco.

## **G) PROBLEMAS CONCURSALES**

### **COMPATIBILIDAD DEL DELITO DE MALTRATO HABITUAL CON LOS PREVIOS DELITOS O FALTAS DE LESIONES.**

La compatibilidad entre el delito de violencia habitual y los concretos actos aislados de violencia aparece expresamente reconocida tanto por el anterior artículo 153 como por el actual artículo 173, para lo cual ha de partirse, tal y como ya se ha expuesto, de que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son distintos (SSTS 16 de abril de 2002 o

de 4 de julio de 2003), criterio que aparece reforzado por la nueva ubicación sistemática del delito de violencia habitual.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 173 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito, -se estaría en un supuesto de concurso de delitos (artículo 77) y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas (En este mismo sentido, las STS de 24 de marzo de 2003 y 11 de marzo de 2003 o 18 de abril de 2002 o las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de marzo de 2003 o de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de marzo de 2003).

## **H) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

Resulta obvio que el artículo 67 del Código Penal impide apreciar por inherente al propio tipo penal la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal.

Otro tanto cabe sostener, y por las mismas razones, respecto a la circunstancia agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2., ya que es connatural con el delito de maltrato habitual el establecimiento de una situación de dominación entre agresor y víctima.

Del propio modo, aún cuando por distintas razones, cabe excluir la apreciación de la agravante de alevosía, ya que la nueva ubicación sistemática del tipo, que abona la tesis de que no se trata en puridad de un delito contra las personas sino contra la pacífica convivencia familiar, parece impedir dicha apreciación. (Ya con anterioridad a la reforma se pronunciaba en esta línea el TS en sentencia de fecha 22 de enero de 2002 que venía a sostener la aplicabilidad de dicha circunstancia agravante únicamente a los delitos en que se materializasen los concretos actos de violencia, sin perjuicio de poder tener en cuenta en los delitos de violencia doméstica todas y cada una de las circunstancias de las víctimas y los modos de ejecución al individualizar las penas).

Por último, y aún cuando pueda parecer contrario a la lógica, el tenor literal del artículo 22.8 y la nueva ubicación del delito de violencia habitual, impide apreciar la circunstancia agravante de reincidencia entre el anterior artículo 153 y el actual artículo 173, al estar tipificados en Títulos distintos.

## **EJECUCIÓN DE PENAS RECAÍDAS EN PROCESOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA**

También en esta materia se han introducido importantes modificaciones por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en la línea de procurar una mayor y mejor protección de las víctimas de tales delitos. Así:

A) Respecto a la suspensión de las penas privativas de libertad impuestas en dichos procesos, el artículo 83 del Código Penal establece que, cuando se tratase de los delitos comprendidos en los artículos 153 y 173.2, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión de la ejecución de la pena, al

cumplimiento de los siguientes deberes y obligaciones: prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

B) Respecto a la sustitución de las penas privativas de libertad, cuando el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, no por multa. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las mismas obligaciones y deberes ya referidos en el artículo 83.

Ya con anterioridad a la citada reforma, estas mismas medidas, junto a otro amplio catálogo de ellas, podían adoptarse como medidas de seguridad al amparo del artículo 105 del Código Penal, en los supuestos de que se hubiese apreciado una eximente completa o incompleta en el encausado por tales delitos.

En materia de libertad condicional, el artículo 90 del Código Penal establece que el Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105, entre las que se incluyen las ya citadas.

Por su parte, el Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, establece que la Administración Penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género, estableciendo asimismo que las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de tales internos.