

Revista del Foro Canario



IMPRESA PÉREZ GALDÓS, S.L.U.
Profesor Lozano, 25 · El Sebadal
35008 Las Palmas de Gran Canaria
Islas Canarias · España
I.S.S.N.: 0211-0903
Depósito Legal: G.C. 258 · 1980

***“UNA REFLEXIÓN SOBRE LA «VIOLENCIA
DOMÉSTICA HABITUAL» Y LA RESTRICCIÓN DE
DERECHOS FUNDAMENTALES: NUEVOS LÍMITES DE
LA LIBERTAD EN EL ESTADO DE DERECHO”***

Accésit del Vigésimo Primer Certamen del Premio de Estudios
Jurídicos “Foro Canario” 2005-2006,
del Ilustre Colegio Abogados de Las Palmas.

Don Pedro Carballo Armas

Colegiado No Ejerciente.

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA «VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL» Y LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: NUEVOS LÍMITES DE LA LIBERTAD EN EL ESTADO DE DERECHO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA INTERVENCIÓN PENAL Y SU FUNDAMENTACIÓN LEGITIMADORA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.
3. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL Y SUS NOTAS DEFINIDORAS.
4. EL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL EN EL CÓDIGO PENAL.
 - 4.1. Antecedentes.
 - 4.2. Los sujetos en el delito de maltrato habitual en el círculo doméstico
 - 4.3. La conducta típica.
 - A) Alcance y contenido de la violencia física.
 - B) La violencia psíquica en el ámbito doméstico.
 - C) La “habitualidad”.
 1. Aproximación teórico-doctrinal al concepto de “habitualidad”.
 2. Criterios legales para la determinación de la “habitualidad”.
5. ASPECTOS PROCESALES DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL.
 - 5.1. Una cuestión previa: la valoración del testimonio de la víctima en el proceso penal por maltrato habitual en el ámbito doméstico.
 - 5.2. Las medidas cautelares de naturaleza penal en el procedimiento por violencia doméstica.
 - A) La orden de alejamiento y no comunicación con la víctima de violencia doméstica y allegados.
 - B) La prisión provisional como medida cautelar.
 - 5.3. Valoración crítica: la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el procedimiento penal.
6. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La efectividad práctica del sistema de derechos fundamentales, desde sus inicios, nunca ha estado sujeta a unos criterios unitarios. La conservación de esta dualidad (o multiplicidad) interpretativa junto al incesante evolucionismo social-estatal-constitucional producido en distintas épocas hasta la actualidad nos lleva a aventurar que, en rigor, el núcleo del discurso de los derechos fundamentales, aún sin permanecer ajenos a las críticas más penetrantes, no escapa a un constante perfeccionamiento o progresión en la difícil –y acaso nunca acabada– búsqueda de su plenitud. En esto, si atendemos al Derecho como una realidad no natural sino artificial en la que los juristas asumimos una parte no precisamente pequeña de responsabilidad, la situación nos ha de llevar inexorablemente a configurar y construir hoy el Derecho desde la razón jurídica (otra cosa es la influencia de la doctrina científica sobre el Poder Judicial y aun en el Poder Legislativo, sujeto a menudo a una inflación legislativa derivada de multitud de intereses no siempre bien comprendidos por la ciudadanía, así como al cada vez más frecuente desarrollo legislativo marcado por la premura y la emergencia) como un *sistema artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales¹.

Resulta cierto, de otro lado, que las Constituciones no por casualidad constituyen el marco jurídico básico del que necesariamente hay que partir², si bien sus enunciados (tal vez deliberadamente) resultan en muchas ocasiones indeterminados, vagos e imprecisos³, por lo que partiendo de la totalidad del sistema constitucional, la configuración del contenido y los límites de los derechos fundamentales no escapa a multitud de elementos propios de una sociedad abierta que inciden directa o indirectamente en su formación. Ello nos lleva a hablar una vez más, en su consecuencia, de una teoría absoluta que se instruye sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental y de una teoría relativa que indaga en otros valores y bienes constitucionales, que en definitiva justifiquen limitar los derechos fundamentales⁴. Se puede decir, entonces, que poco

importa que una norma que limite un derecho fundamental sea ordenada y eficiente: si es injusta (ajena, por tanto, al espíritu de la Constitución) ha de ser reformada o abolida⁵.

Esta exposición no intenta otra cosa que allanar el camino para afrontar en conjunto unos razonamientos más detallados en torno al núcleo de una problemática jurídica de no poco calado constitucional y sin embargo harto frecuente y quizá inevitable: nos referimos a la necesidad de desarrollar directrices que permitan resolver con unas bases adecuadas las controversias que se suscitan entre derechos fundamentales⁶ en tanto en cuanto los mismos resultan vinculantes, pues aparecen concebidos como categorías jurídico-positivas y su realización práctica supone el reconocimiento de un *status actius processualis*; esto es, permite demandar la tutela jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos⁷.

Bajo esta intelección, y desde una neta perspectiva constitucional, el necesario equilibrio de los bienes que entran en juego en caso de conflicto cuando éstos se circunscriben a los derechos fundamentales, está indefectiblemente sujeto a una reserva general y fundamental que procede de la propia Constitución.

En efecto, si los derechos fundamentales forman un *corpus* unitario donde se integran de modo recíproco, si constituyen elementos del cuadro integral que es la propia Constitución y por ello se encuentran en una situación de recíproco condicionamiento, no otra cosa se puede concluir acaso que el principio en base al cual deben ser determinados el contenido y los límites de los mismos y a través del cual se resuelven las controversias sea el principio de la “ponderación”, por lo demás, un principio que puede considerarse inmanente en la propia Constitución⁸.

Lo que aquí nos interesa ahora, si queremos atender plenamente al principio general de equilibrio de los bienes jurídicos en juego como parámetro para la ponderación del contenido y los límites de los derechos fundamentales, es despejar cualquier sospecha respecto de los derechos fundamentales que son susceptibles de restric-

1. L. FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 2001, pp. 18-19.

2. C. LANDA: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 179.

3. L. PEGORARO: “Tribunales Constitucionales y revisión de la Constitución”. *Revista de las Cortes Generales*, nº 47, 1999, p. 15.

4. C. LANDA, *op. cit.*, pág. 179 (siguiendo en esto a P. HÄBERLE en A. LÓPEZ PINA: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Cívitas, Madrid, 1992, pp. 120 y ss.).

5. Al respecto, véase J. RAWLS: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 17.

6. Véase al respecto T. de DOMINGO: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

7. C. LANDA, *op. cit.*, p. 179.

8. P. HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Comares, Granada, 2003, p. 68.

ión en el curso de un proceso penal por delito de violencia habitual en el ámbito doméstico” y determinar, en definitiva, si la respuesta del juzgador penal es o puede ser, ponderando los distintos bienes jurídicos en juego, desproporcionada. Dicho de otro modo, habrá que observar si estos principios no funcionan porque las reglas jurídicas y la práctica judicial resultan improcedentes y, en consecuencia, pueden cuestionar las limitaciones que se efectúan respecto de los derechos fundamentales de todo acusado derivados de un proceso penal en curso por un delito de violencia doméstica habitual.

En esto, y tras estas observaciones preliminares, las líneas que siguen a continuación pretenden someter a revisión crítica algunos aspectos problemáticos que se suceden en sede constitucional, procesal y penal en el curso de un proceso penal por violencia doméstica habitual que afecta a distintos derechos fundamentales que entran en juego, pues sustancialmente éstos –los derechos fundamentales (pese a las restricciones de que son susceptibles en el curso de un proceso penal y que aquí obviamente serán tenidas en cuenta)– han de presentar razonablemente una estructura básica cuyos principios han de ser satisfactorios en todas partes, más aún en aquellos casos donde resulta mucho más delicado evaluar el papel asignado a los mismos⁹.

He aquí la clave de las reflexiones propuestas: desentrañar directamente si las medidas restrictivas que afectan a una persona acusada de un delito de violencia habitual en el ámbito doméstico responden a una concepción razonable –en su contenido y límites– de los derechos fundamentales (esencialmente el derecho de libertad y la libertad de circulación y residencia) en modo que resultan adecuados a los significantes de los mismos, o si por el contrario, la privación de tales derechos puede constituir una carga inasumible por el Estado de Derecho.

Para resolver estas cuestiones que aquí se plantean es posible formular como punto de partida una serie de interrogantes que nos ayuden a dilucidar si las limitaciones de los derechos fundamentales que se pueden producir en un proceso penal por delito de violencia habitual en el ámbito doméstico resultan razonables en el contexto de una justicia penal que ante todo debe ser escrupulosamente respetuosa con las garan-

tías de los ciudadanos. Si tenemos en cuenta los principios mencionados y también que los delitos de maltrato habitual en el ámbito doméstico pueden generar que antes de su enjuiciamiento definitivo se adopten medidas cautelares de naturaleza penal por parte del órgano judicial, y si suponemos, además, que la iniciativa de estos procesos muchas veces descansa en la credibilidad que le concede el órgano judicial al testimonio de la víctima (el momento procesal no exige prueba plena), ¿resulta constitucionalmente admisible entonces limitar en *sede judicial* los derechos de libertad de una persona acusada de ejercer habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito doméstico? Esta hipótesis nos lleva a su vez a plantear, en caso de que la respuesta al primer interrogante fuera afirmativa, ¿en qué casos y con qué intensidad sería posible restringir los derechos fundamentales del acusado? Dicho con otras palabras, ¿qué parámetros serían exigibles para poder restringir los derechos fundamentales de una persona acusada de violencia doméstica habitual y, en su consecuencia, podría considerarse entonces la aplicación de las distintas medidas limitadoras de derechos?

Como punto de partida ante estas observaciones, en tanto en cuanto resulta necesario dar respuesta adecuadamente para así ponderar la controversia de los diversos bienes jurídicos y con ello las distintas pretensiones enfrentadas, hay que señalar que en el contexto de los derechos fundamentales se ha ido perfilando en el tiempo por vía jurisprudencial la posibilidad de una legítima restricción en base a un conjunto de requisitos que actúan como *presupuestos garantiales* de toda limitación: el principio de legalidad, el de excepcionalidad y el de proporcionalidad¹⁰.

Sin embargo, como de todos es sabido, con frecuencia toda interpretación legal aparece fuertemente influida por problemas prácticos y aun por la propia ideología del operador en la aplicación de las normas¹¹, lo que inevitablemente acarrea consigo que el juzgador a menudo se enfrente a un bloque de extrema complejidad en el que caben encontrar contraposiciones entre los distintos derechos en juego¹².

9. Véase al respecto el estudio de AA.VV.: *Teoría general del los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

10. J.M. ASENCIO MELLADO: “La libertad de movimientos como derecho fundamental”, en AA.VV.: *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 35.

11. Véase J. WRÓBLEWSKI: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 18. Un interesante estudio sobre las distintas facetas de la magistratura puede verse en AA.VV.: *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

12. J.M. ASENCIO MELLADO, *op. cit.*, pág. 36.

2. LA INTERVENCIÓN PENAL Y SU FUNDAMENTACIÓN LEGITIMADORA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Pero comencemos por el principio. Es obvio que, a primera vista, la alarma y el reproche social que ha generado en los últimos años la denominada violencia doméstica, disparando cualquier tipo de previsión sociopolítica y aun jurídica, ha obligado a los *poderes públicos* a tomar muy en serio este execrable tipo delictivo, y ante tal preocupación se haya querido poner fin a ese especie de *apartheid* (en cuanto a la conculcación de derechos esenciales) a que han estado sometidos sus víctimas¹³.

Una vez más, se trata de restablecer sin ningún tipo de coartada en el Estado democrático-constitucional de Derecho el equilibrio de los diversos derechos de los ciudadanos (entiéndase aquí, los derechos del ciudadano-víctima). Y para afrontar esencialmente este dilema los *poderes públicos* han articulado toda una panoplia de medidas que, en particular, tratan seriamente de atajar la problemática derivada de la violencia doméstica.

En esencia ello debe ser bien acogido, siempre y cuando, claro está, la pauta establecida no ponga en peligro otros intereses básicos igualmente merecedores de protección en la estructura de una sociedad democrática¹⁴, pues ante todo, en la defensa de los derechos de los ciudadanos, el Estado de Derecho no puede olvidar que debe garantizar no solo los derechos de la víctima, sino también los derechos del acusado. Dicho de otro modo, los delincuentes, por el mero hecho de serlo, no dejan de tener derechos fundamentales¹⁵.

El enfoque de estas proposiciones, sin embargo, no ocultan nuestra convicción de que el Estado constitucional debe dar una respuesta clara y contundente –a través de la legalidad positiva– ante la execrable fenomenología de la violencia habitual en el ámbito doméstico. Pero el reto que de ello se deriva es precisamente que toda respuesta dada desde el Estado de Derecho está a su vez condicionada no sólo por vínculos jurídicos formales (sujeción a la ley en el plano

positivo-formal) sino también, y lo que es más importante, por vínculos jurídicos sustanciales (sujeción al contenido sustancial asignado al papel garantista en y desde la Constitución). Gracias a ello, el legislador contemporáneo no resulta completamente libre en la elaboración de las normas jurídicas, sino que se encuentra sujeto a los principios, valores y normas establecidas en las Constituciones¹⁶.

Bajo esta pauta por reducir la lacra de la violencia doméstica habitual, las innovaciones introducidas por el legislador ofrecen un elenco normativo que, dejando al margen otro tipo de medidas protectoras de naturaleza civil y social (que aquí no van a ser tratadas), se desarrolla básicamente en una doble dimensión: de un lado, en el ámbito penal (acometiendo el perfeccionamiento en la descripción del tipo delictivo –art. 173.2 C.P.–); de otro lado, en el plano procesal-penal (básicamente, con la adopción de medidas cautelares).

Lo que acontece, por tanto, es desentrañar si los contenidos impuestos por el Poder Legislativo limitadores de derechos fundamentales a todo acusado por un delito de violencia doméstica habitual (art. 173.2 C.P.) viola otros derechos fundamentales amparados por la Constitución. Pues en principio, por más que una norma jurídica tenga vigencia formal, puede sin embargo ser inválida (inconstitucional), y como tal, susceptible de anulación por contraste con una norma constitucional¹⁷.

En coherencia con lo que se acaba de exponer, y para una correcta aproximación al análisis de la problemática planteada, nos corresponde a continuación efectuar un somero estudio del delito de violencia habitual en el ámbito doméstico (art. 173.2 C.P.).

3. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL Y SUS NOTAS DEFINIDORAS

Nuestro objetivo aquí pasa por presentar, al menos brevemente, una descripción del tipo delictivo de la violencia doméstica habitual (excluyendo, por tanto, cualquier otro tipo delictivo en el referido ámbito)¹⁸.

13. Así, las actuaciones respecto de la problemática criminal en el ámbito doméstico se han traducido, básicamente, en las detenciones judiciales, la prisión provisional, las medidas de prohibición de residencia, de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse con la víctima, o incluso, la intervención de armas y el internamiento psiquiátrico.

14. J. GÓMEZ NAVAJAS: «Listas de delincuentes: ¿pena de «escarnio público»?», en AA.VV.: *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 494-495.

15. *Ibidem*.

16. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 20.

17. En el mismo sentido, véase L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 21.

18. No es preciso objeto del presente estudio el tipo delictivo a que hacer referencia el vigente artículo 153 del Código Penal incardinado en los delitos de lesiones que se producen como producto de la violencia física en el ámbito familiar:

Sin embargo, entre los rasgos esenciales de su contenido a menudo se ha proyectado una confusión terminológica sobre la misma: ¿estamos ante una violencia que podemos considerar como de género? ¿O es tal vez un tipo de violencia contra la mujer? Finalmente, ¿acaso es más apropiado hablar de violencia doméstica? Es más, ¿las distintas denominaciones vienen a aportar significantes al contenido de un mismo problema?

De entrada, y sin perjuicio de lo que pudiera desprenderse de un análisis más profundo (que aquí, por obvias razones de espacio no acometeremos), debe advertirse que la posición original de la «violencia de género» procede a generalizarse a partir de la IV Conferencia Mundial de Mujeres auspiciada por la ONU, celebrada en Pekín en 1995. Dicho término estaba pensado como un concepto que respondía a la tradicional proyección que a través de la historia se había dado del género femenino¹⁹, situándolo en un plano inferior al género masculino y donde se desarrolla un tipo de violencia que se lleva a cabo básicamente en el ámbito familiar. Puede decirse también que esta situación parece comprender a la vez a la denominada «violencia contra la mujer».

Se comprende, sin embargo, que tales tipos delictivos (sin más, violencia que se produce contra una persona), desde una más adecuada perspectiva técnico-jurídica bien podría desvanecerse en otros tipos delictivos más genéricos (dirigidos a la protección de la vida, salud o integridad fisi-

ca, con la posibilidad de aplicar agravantes en la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal). Por ello se explica tal vez como más apropiado la utilización del término delito de «violencia doméstica», pues transmite una idea más amplia del tipo delictivo (dirigido no solo a proteger la vida, salud o la integridad física sino, además, la integridad moral, el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante, así como el derecho a la paz y la convivencia familiar²⁰): acontece un delito que en sus rasgos esenciales define como tal la habitual violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad (aun sin convivencia), o sobre los ascendientes, descendientes o hermanos (por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente), o sobre los menores o incapaces que con el delincuente convivan o que se hallen sujetos a su 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 (art. 173.2 C.P.).

Por tanto, en esencia, la elección del legislador español al decantarse por el término «violencia doméstica»²¹ parece que ha sido de lo más

... 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o 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 hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres 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.

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

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

19. Así, destaca Montalbán Huertas (I. MONTALBÁN HUERTAS: «Violencia y género. La violencia doméstica como problema actual, estructural y público para el derecho», en AA.VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 42), cómo hasta fechas recientes las mujeres tuvieron vetado el acceso a la profesión de Juez, Magistrado o Fiscal (autorizada por ley en 1966, aunque hasta 1977 no tomó posesión la primera mujer juez), o también a los Cuerpos Policiales (autorizado en 1977, pero sólo de modo operativo a partir de 1983) y a las Fuerzas Armadas (autorizado por ley en 1999).

20. Véase L. MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal y la violencia doméstica», en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»*... pp. 247-248.

21. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

acertado, pues afronta el ámbito sustantivo de la realidad de tal tipo delictivo, imbuido en un ámbito cuya ubicación se corresponde mejor con la realidad actual: así, el tipo penal aparece razonablemente con un límite mejor definido a fin de proteger a las personas más vulnerables en el ámbito familiar, pero teniendo en cuenta precisamente que éste –el ámbito familiar– alcanza una comprensión más amplia del núcleo de convivencia doméstica, tanto desde una perspectiva estricta como en su vertiente asimilada de otras formas de convivencia y aun sin ella. De ahí que el objeto del legislador en los últimos tiempos haya estado dirigido a perfeccionar y racionalizar mejor los principios básicos del tipo delictivo de violencia doméstica habitual que en la realidad social venían siendo afectados (no solo matrimonios o parejas de hecho o, incluso, novios, sino también, padres, hermanos, hijos, nietos, abuelos...) a fin de ofrecer una solución realmente más satisfactoria –técnicamente más homogénea– acorde con el alcance y la dimensión de tal fenómeno.

Las sucesivas reformas operadas en los últimos tiempos, sin embargo, presentaban todavía ciertas deficiencias²² y parecía razonable acometer, considerando conjuntamente la violencia doméstica (habitual y no habitual), una nueva modificación legislativa. El resultado ha venido justificado en la reforma operada mediante la Ley Orgánica 11/2003, al reunir en una sola concepción un número de condicionantes que necesariamente han de considerarse circunscritos al ámbito doméstico y nos ayuda a extraer una idea más razonable y clara de las posibles situaciones que se pueden contemplar.

4. EL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL EN EL CÓDIGO PENAL

Entendido el argumento expuesto, resulta oportuno ahora explicar los matices más relevantes de la configuración del delito de violencia doméstica habitual tal como aparece regulado en la legislación penal vigente. En esta tarea, hay que aclarar que la importancia de su descripción con cierto detalle obedece en realidad a la idea de determinar posteriormente los derechos fundamentales que pueden entrar en colisión, formu-

lados a partir de una posición original de equilibrio de los mismos en el Estado de Derecho. Veámoslo.

4.1. Antecedentes

Sostener el cambio normativo, tal como lo hizo en el año 2003 el legislador, parecía más que justificado: el coste y el impacto social generado por el fenómeno de la violencia doméstica habitual hacía imprescindible a todas luces abordar nuevamente esta materia a fin de aportar, en la medida de lo posible, nuevos avances dirigidos a optimizar las respuestas punitivas a la vez que se maximiza la protección de los intereses de las víctimas. El reto, tal vez bajo la idea de una mejor comprensión integral del problema, suponía un nuevo impulso a una nueva vía ya emprendida con anterioridad, que sin embargo en aquel momento no estuvo exenta de crítica en la *arena política*²³.

En suma, estas necesidades se sustanciaron básicamente en cuatro objetivos: *a)* el fomento de una educación con base en el diálogo, el respeto y la tolerancia, tendente a evitar comportamientos violentos futuros; *b)* una mejora de la legislación (sustantiva y procedimental) a fin de dar una respuesta contundente a los agresores al mismo tiempo que se procura una protección más efectiva de las víctimas; *c)* la articulación de todos los resortes sociales posibles en el territorio nacional; y *d)* la necesidad de impulsar un mayor esfuerzo coordinador de los distintos organismos intervinientes alrededor de la prevención y tratamiento de la violencia doméstica, así como la tarea asistencial a las víctimas²⁴.

Bajo estos presupuestos, la compleja situación evaluada proponía a su vez una estructura formal de medidas en torno a cuatro grandes áreas: *a)* medidas preventivas y de sensibilización de dicha fenomenología delictiva; *b)* medidas de intervención asistencial-social; *c)* aportaciones derivadas de investigaciones sobre la violencia doméstica; y *d)* medidas legislativas (sustantivas y procedimentales)²⁵.

Con esta perspectiva, las modificaciones legislativas efectuadas en el año 2003, en lo que aquí interesa, aparecen ligadas a dos aspectos fundamentales dirigidos a garantizar y tutelar los

22. Véase al respecto, L. MORILLAS CUEVA: "Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma", en AA.VV.: *Estudios penales sobre violencia doméstica...* cit., pp. 659-660. También puede consultarse AA.VV.: *La violencia doméstica*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 199 y ss.

23. Tal como recoge Morillas Cueva (L. MORILLAS CUEVA, "El Derecho Penal y la violencia doméstica", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 241, n.p.p. nº 7), la presentación de aquel borrador del II Plan Integral fue objeto de duras críticas por el PSOE, acusándolo de no ser verdaderamente un proyecto integral, falta de nuevas propuestas e iniciativas y en gran medida repetitivo en relación con el anterior.

24. L. MORILLAS CUEVA: "El Derecho Penal y la violencia doméstica", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, pp. 240-241.

25. *Ibidem*, p. 241

derechos de las víctimas de violencia doméstica: de un lado, por el desarrollo de una batería de medidas cautelares en el ámbito procesal (Ley 27/2003, de 31 de julio y Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre); de otro lado, por el establecimiento de un nuevo marco sustantivo-penal (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre).

Al elaborar esta reforma, una de las tareas principales del legislador ha sido la de determinar mejor –cuestión ésta siempre espinosa para la doctrina penalista²⁶– el bien jurídico necesitado de tutela y, consecuentemente, su ubicación sistemática al situarlo como tipo delictivo incardinado en “las torturas y otros delitos contra la integridad moral”.

Otra de las tareas abordada por el legislador ha sido la de aumentar, en nuestra opinión acertadamente, los posibles sujetos configuradores del tipo delictivo. En todo caso, veámoslo más detenidamente.

4.2. Los sujetos en el delito de maltrato habitual en el círculo doméstico

Como se acaba de apuntar, basta echar una simple lectura del vigente artículo 173.2 del Código Penal para comprobar que el legislador ha ampliado cuidadosamente el ámbito subjetivo del delito de violencia doméstica habitual, hasta tal punto, que podría afirmarse sin lugar a dudas que el tipo delictivo abarca ya casi todas las situaciones imaginables en el contexto del ámbito doméstico²⁷.

En efecto, el tipo penal general establecido en el apartado segundo del artículo 173 del Código Penal reconoce como sujetos característicos a quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces convivientes 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.

El mérito de una descripción tan detallada en el citado precepto expresa razonablemente, como ya se adelantó, la idea de lo que hoy constituye desde una perspectiva sociológica el ámbito doméstico. Así, se reconocen como sujetos los siguientes:

- a) El cónyuge, ex-cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, o lo haya estado aun sin convivencia. Entendido así, se parte de un presupuesto base de una relación afectiva, que en algunos casos pudo o puede ser estable (matrimonios o parejas de hecho), o incluso, se abre la posibilidad a una relación afectiva donde no se ha producido convivencia. Causa ésta –la convivencia– que sí es exigible a los demás presupuestos del tipo penal (descendientes, ascendientes...).
- b) Descendientes propios o del cónyuge o conviviente.
- c) En igual medida, los ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente²⁸.
- d) De igual forma, los menores o incapaces convivientes o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.
- e) Por último, toda persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como aquellas personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En suma, puede decirse que no parece que haya en la actualidad nada que imposibilite identificar eficientemente las distintas situaciones posibles –penalmente hablando– en el contexto doméstico. No existe en el vigente tipo penal, pues, por decirlo así, supuestos que no respondan a las expectativas sociales de lo que constituye el ámbito doméstico (tal como puede ser entendido hoy, lo que permite incluir relaciones conyugales o análogas entre personas del mismo sexo). si bien los condicionantes exigidos tanto a los posibles sujetos activos como a los sujetos pasivos nos advierten claramente que los mismos

26. *Ibidem*, pp. 249-250.

27. A. del MORAL GARCÍA: “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 487.

28. En opinión de Moral García (A. del MORAL GARCÍA, “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 489), aquí ya se incluyen los suegros, quedando también incluidos los malos tratos de hijos a padres o abuelos, constituyendo la referencia a los hermanos una novedad que ya se había reclamado.

–sujeto activo y pasivo– deben estar unidos por alguna de las relaciones expresamente señaladas en el citado precepto (art. 173.2 C.P.)²⁹.

4.3. La conducta típica

De una simple lectura del artículo 173.2 del Código Penal se desprende que la descripción aportada por el tipo penal alcanza a tres elementos esenciales que no pueden perderse de vista: violencia física, violencia psíquica y habitualidad de la conducta.

En efecto, el citado precepto (el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica) ilustra muy claramente el acto típico y se hace necesario, por tanto, observar con rigor estos supuestos para así evaluar lo más nitidamente posible los estrictos límites del tipo delictivo y las posibles consecuencias que se pueden derivar de ello.

A) Alcance y contenido de la violencia física

Una de las razones del tipo penal configurador de la violencia habitual en el ámbito doméstico lo constituye el ejercicio de violencia física sobre la víctima. De lo que se trata, en definitiva, es de contrarrestar y castigar el sistemático maltrato físico que termina por generar un clima insostenible en el círculo doméstico, carente de unas mínimas reglas de convivencia y respeto.

La interpretación del artículo 173.2 en lo atinente a la violencia física, como se puede imaginar, apenas ofrece problemas: se incardinan en la conducta todo tipo de agresiones derivadas de la fuerza física, tales como empujones, golpes, mordeduras, estrangulaciones, etc.³⁰, si bien la *vis física* puede extenderse a aquellas acciones que no provengan directamente del propio cuerpo del agresor pero que sin embargo éste controla o domina de un modo u otro (utilización de un animal, un instrumento, etc.)³¹.

No obstante lo expuesto, hay que advertir inmediatamente que de la interpretación del precepto no se desprende que sea exigible algún resultado material; es decir, el supuesto no establece necesariamente la producción de lesiones. Sin embargo, es esencial destacar que la compulsión de la violencia física debe constituir al menos *actos típicos* (siquiera en forma de faltas)³² y no meras conductas de escasa incidencia o “significación social”³³ que, incluso, en algunos casos (como pueden ser en relación con los descendientes menores, entre otros) pueden estar comprendidos en el propio contexto social, formando parte del desempeño normal de las tareas educativas³⁴.

B) La violencia psíquica en el ámbito doméstico

Los distintos elementos aquí examinados y que, ciertamente, describen el perfil o nos permiten conceptualizar meridianamente qué es la violencia física, no parece suscitar mayores complicaciones en la doctrina penalista en su intento de aproximación a una adecuada definición³⁵.

Sin embargo, la cuestión cambia diametralmente respecto de la violencia psíquica (que puede ser a veces, incluso, más dolorosa y perjudicial para la víctima)³⁶, pues ciertamente resulta mucho más complicado identificar, concretar; en definitiva, definir nitidamente qué constituye la violencia psíquica. No es tarea sencilla si al menos se quiere ser convincente.

En efecto, calcular acaso qué constituye un acto que conlleva violencia de carácter psíquico, de entrada, aparece fundado en un marco teórico poco preciso. Así, para dar cabida a una correcta descripción debemos, por contraposición, incluir como tal aquella actividad violenta que no implica un contacto corporal (directo o

29. A. del MORAL GARCÍA: “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, pág. 487.

30. Véase, siguiendo la clasificación elaborada por el Consejo de Europa (a su vez adoptada por el Consejo General del Poder Judicial), a I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR: “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, p. 190-191.

31. L. GRACIA MARTÍN et al.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 453.

32. Véase J. QUINTERO OLIVARES: “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio”, ADPCP, tomo XLII, fascículo III, 1989, p. 938 (citado por V. MAYORDOMO RODRIGO: *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Universidad del País Vasco, 2003, p. 61).

33. En opinión de Bustos Ramírez (J. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ariel, Barcelona, 1989, pág. 188), la significación social constituye un criterio esencial a los efectos de determinar la atribución de un comportamiento a un tipo legal.

34. Véase J. M. TAMARIT i SUMALLA: *La reforma de los delitos de lesiones. (Análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de Junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990, p. 178 (citado por V. MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, p. 61).

35. A. del MORAL GARCÍA, “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 478.

36. V. MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, p. 89.

directo) sobre la víctima; es decir, una actividad de violencia física³⁷.

Sin embargo, esta concepción no nos permite ni más asegurar claramente en qué consiste la violencia psíquica. Más aún, en principio nada se gana diciendo –desde un plano teórico– que aquellas actividades violentas no-físicas constituyen automáticamente un ejercicio de violencia psíquica.

Ciertamente, y ante la enorme dificultad de obtener un límite preciso del término violencia psíquica, la complejidad que acarrea una correcta formulación de la misma justifica sobradamente la necesidad de distinguir previamente la intencionalidad de lo que puede significar en este contexto (la violencia habitual en el ámbito doméstico) la «violencia psíquica», la «lesión psíquica» y, también, la «secuela psíquica»³⁸.

Aplicando esta perspectiva puede decirse, pues, que la idea de «violencia psíquica» se refiere a la conducta violenta (no-física) del agresor como mera actividad, independientemente de su resultado material. Dicho de otro modo, la «violencia psíquica» comprende aquella actividad violenta que no conlleva contacto físico y que puede que, incluso, no llegue siquiera a producir alteración alguna en la salud psíquica³⁹.

De otro lado, se aduce esencialmente al término «lesión psíquica» para valorar el resultado producido; es decir, la producción de un menoscabo de la salud mental de la víctima⁴⁰.

Por último, la noción «secuela psíquica» nos permite argumentar que estamos ante el producto o la consecuencia de cualquier acto violento que se resuelve bajo el criterio de determinar la responsabilidad civil evaluable como daño moral⁴¹.

En consecuencia, la aplicación de estos conceptos permite despejar la posición que ostenta la «violencia psíquica», al identificarla, siguiendo a GONZÁLEZ RUS, «con la coacción moral, la amenaza, la intimidación, la presión psicológica que atemoriza y perturba la tranquilidad y seguridad de la víctima. Igualmente las humillacio-

nes, vejaciones, insultos y menosprecios, a caballo entre las ofensas al honor y la dignidad personal y la verdadera intimidación, son susceptibles también de integrar el tipo en la medida que se presenten como una forma de violentar o sojuzgar la voluntad del sujeto, que es en definitiva lo que quiere acogerse con esa amplia referencia a la violencia psíquica»⁴².

Ahora bien, pese a la claridad que desde el plano teórico puede inferirse de las nociones aquí expuestas, proyectar el concepto de «violencia psíquica» en la aplicación práctica provoca no pocas dificultades en su delimitación que, sin embargo, no se plantean en el caso de la «violencia física».

En efecto, al adoptar como punto de partida que la violencia psíquica (en rigor, inconcreta en su delimitación típica) constituye cualquier acción violenta (no-física) como mera actividad, más allá del resultado material posterior, nos encontramos que bajo este amplio supuesto (y por las razones expuestas) el ámbito típico resulta casi imposible de delimitar apriorísticamente. De hecho, el legislador no ha podido configurar en la disposición penal (el vigente art. 173.2 C.P.) un esquema de reglas o una selección exhaustiva de conductas generadoras de violencia psíquica en el círculo doméstico (que sería, en definitiva, el ideal de una justicia penal perfecta), pues esta tendencia siempre corre el inevitable riesgo de dejar fuera conductas imposibles de prever *a priori*.

Así pues, para afrontar la problemática de los concretos límites de la «violencia psíquica» que aquí han sido señalados, es preciso encontrar entonces un marco jurídico de aplicación (eso es en definitiva lo que se espera de los juristas) que aporte algunas respuestas.

Es evidente, a estas alturas, que la concreción de las posibles situaciones de violencia psíquica descansa en la apreciación (en la comisión o, incluso, en la comisión por omisión) que de ella hagan los Jueces y Tribunales, cuya aproximación razonable al caso concreto que se somete a enjuiciamiento siempre habrá de tener en

37. I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, «La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica», en AA.VV., *Estudios Penales sobre violencia doméstica...*, p. 192.

38. Véase al respecto el profuso estudio sobre estos términos, además de la delimitación de la intimidación y la integridad moral de I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, «La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica», en AA.VV., *Estudios Penales sobre violencia doméstica...*, pp. 159 y ss.

39. A. del MORAL GARCÍA, «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 479.

40. I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, «La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica», en AA.VV., *Estudios Penales sobre violencia doméstica...*, p. 174.

41. *Ibidem*.

42. J.J. GONZÁLEZ RUS: «Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio», *Revista Jurídica de Andalucía*, nº 30, 2000, p. 19.

cuenta el particular contexto en el que se desenvuelve tal situación, atendiendo a las peculiares circunstancias sociales, culturales, ambientales e individuales de los sujetos protagonistas⁴³. Así, a modo de ejemplo, ignorar a la pareja, la hostilidad verbal en forma de insultos, el trato despectivo y degradante, el empleo de términos tendencialmente zahirientes, etc., podrían constituir todos ellos presupuestos conformadores de la actividad típica que comprende la «violencia psíquica»⁴⁴.

Siendo así la dimensión sustancial que hace visible las diversas posibilidades que condicionan la existencia o no de violencia psíquica en el ámbito doméstico, hay que advertir, no obstante, que la inevitable imprecisión que trae aparejada la concepción de la violencia psíquica ha de conllevar al juzgador, consecuentemente, a tener que situar cada caso en sus justos términos⁴⁵. Así, para que cobre plenamente sentido la valoración penal y dado que la cuestión, como ya se dijo, puede ser bastante complicada, el juicio acerca de la existencia o no de violencia psíquica habrá de evaluar las distintas circunstancias personales y socioculturales del agresor y la víctima⁴⁶. En todo caso, la evaluación por el órgano judicial puede no ser una tarea sencilla, pues le corresponde la difícil y arriesgada misión de delimitar cuándo se está precisamente ante un acto de violencia psíquica y cuándo ante hechos de menor importancia enmarcados en el ámbito de las rencillas o discusiones propias del círculo doméstico, carentes por tanto de relevancia penal⁴⁷.

C) La «habitualidad»

1. Aproximación teórico-doctrinal al concepto de «habitualidad»

Adelantadas ya algunas consideraciones

aproximativas al concepto de «violencia física» y «violencia psíquica», cabe añadir ahora que la intelección de la violencia doméstica habitual sólo es admisible con la adición de un elemento o gozne fundamental sobre el que gira la modalidad típica de este delito: la «habitualidad». En efecto, es indudable que la idea de la «habitualidad» tiene un lugar no menos importante que la «violencia física» y la «violencia psíquica» en una descripción congruente del tipo penal de la violencia habitual en el ámbito doméstico.

Ante todo, básicamente la «habitualidad» no representa otra cosa que la sistematicidad en el maltrato violento a las personas del entorno doméstico-familiar⁴⁸ (conforme a la amplia configuración establecida en el art. 173.2 C.P.).

Sin embargo, procede advertir que en el plano teórico, subordinado en el fondo siempre a diversos objetivos e interpretaciones, pueden encontrarse al menos dos concepciones que se fundan en perspectivas diferentes: una *concepción formal* y una *concepción material*⁴⁹.

Con este objeto, la *teoría formalista* de la habitualidad plantea que para evaluar la existencia o no de la misma necesariamente hay que concretar el número de agresiones y el marco temporal en que éstas se producen⁵⁰.

Es indudable que esta primera perspectiva favorece un valor tan importante como es el de la seguridad jurídica, pero sin embargo el principio es objetable, pues no parece que pueda explicar o concretar adecuadamente (en ello seguimos la tesis de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ) y en sus justos términos la «habitualidad» referida a la violencia doméstica habitual, simplemente comprendida por la suma de hechos violentos en un lapso de tiempo determinado, independientemente del contenido de los mismos⁵¹.

43. A. del MORAL GARCÍA, "Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 480.

44. Véanse los ejemplos expuestos por I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, "La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica", en AA.VV., *Estudios Penales sobre violencia doméstica...*, p. 178, y A. del MORAL GARCÍA, "Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 480.

45. A. del MORAL GARCÍA, "Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 480.

46. Tal como señala Moral García (A. del MORAL GARCÍA, "Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 480): "En ambientes más elevados o entre personas de cierto nivel cultural o educativo, una prohibición de salir o gritos o insultos podrán carecer de idoneidad para alterar o perturbar gravemente a la víctima que encontrará en los mecanismos civiles una respuesta asequible para su defensa y protección. La misma actitud frente a una mujer que no trabaja y depende económicamente del marido puede tener una relevancia totalmente distinta".

47. *Ibidem*.

48. Véase C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: "El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica", en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, p. 198.

49. *Ibidem*, p. 200 y ss.

50. *Ibidem*, p. 200.

51. En tal sentido, el referido autor (*Ibidem*, p. 201) argumenta, entre distintos razonamientos que "resulta excesi-

La segunda teoría en la concepción de la «habitualidad», por el contrario, encara el problema desde una *perspectiva material*. Bajo tales argumentos, sólo es posible apreciar la habitualidad como tal elemento integrante del tipo delictivo de la violencia doméstica habitual, atendiendo esencialmente a la reiteración en el tiempo de actos violentos que ponen en peligro la seguridad de cualquiera de las posibles víctimas con encaje en el apartado segundo del artículo 173 del Código Penal.

Desde luego, como se ve la cuestión no resulta nada sencilla, ya que la *concepción material* (de por sí, con una delimitación poco precisa de su criterio) si bien pretende ser una solución útil y explícita al concreto problema de la habitualidad en la violencia doméstica, la determinación de la misma sin embargo descansa en la apreciación que hagan los Jueces y Tribunales.

Por lo expuesto, y dado que en principio estos límites son poco precisos, el legislador ha intentado delimitar *sobre el papel* algunos aspectos explícitos respecto del problema de la habitualidad. De este modo, establece en el tercer apartado del artículo 173 del Código Penal que "para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

Innegablemente, con este esfuerzo el legislador trata de formular (con mejor o peor fortuna) criterios explícitos respecto de la determinación de la habitualidad, aún cuando no puede eliminar por completo su dependencia de la apreciación que hagan los órganos judiciales. Ello no quiere decir, desde luego, que los juicios de estos últimos en la apreciación de la habitualidad puedan ser irracionales o irrazonables. Nada de ello es posible al Poder Judicial, cuyas funciones básicas constitucionalmente asignadas (juzgar y ejecutar lo juzgado) aparecen presididas bajo el principio de la *motivación* en sus resoluciones.

Sólo queremos hacer notar, y no hay nada necesariamente irracional en recurrir una vez más a la interpretación (y con ello, la jurisprudencia) de los Tribunales de Justicia para resolver (a través de la rica casuística) los concretos contenidos de los valores, principios y conceptos jurídicos que el legislador (razonablemente) no ha podido precisar o delimitar claramente en la norma jurídica.

2. Criterios legales para la determinación de la «habitualidad»

Hemos visto que la legislación penal vigente sostiene que la idoneidad para apreciar el carácter habitual en el delito de violencia doméstica supone evaluar un número de actos violentos que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, independientemente de que las agresiones hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores o se hayan ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo 173.2 del Código Penal.

Por tanto, acontece ahora formular algunas consideraciones explícitas respecto de tres cuestiones que abordaremos siquiera sumariamente: la cuantificación de los hechos violentos (número y cualificación de las agresiones y relación temporal entre las mismas), así como las particularidades propias del sujeto pasivo (que sean indiferentemente cualquiera de las posibles víctimas comprendidas en el art. 173.2 C. P.) y la valoración punitiva del legislador (doble valoración de las agresiones).

Las consideraciones que se hagan no pretendan ser exhaustivas sino tan solo intentarán subrayar, tomando como base la norma penal y la jurisprudencia, los aspectos más esenciales.

a) Hasta qué punto es posible concretar el número de actos exigidos para apreciar la habitualidad en un tema como es el de la violencia doméstica, resulta ser una tarea, como se puede observar, ciertamente complicada.

De entrada, como ha subrayado algún sector doctrinal⁵², para que la agresión pueda ser tenida en cuenta (más allá de simples discusiones o el propio derecho de corrección) debe constituir

... vamente inflexible, por lo que en algunos casos puede ser un obstáculo para poder dispensar una correcta protección a las víctimas de malos (sic) tratos, mientras que en otros puede vulnerar el principio de proporcionalidad incluyendo en el ámbito de tipicidad de este precepto conflictos familiares de escasa consideración ... Además debe tenerse en cuenta la variada tipología de los actos de violencia que constituyen el núcleo de la conducta típica de este precepto: se admite un amplio abanico de posibilidades tanto por su intensidad (desde una simple falta de lesiones a un delito de asesinato), como por su naturaleza (desde la violencia física a la *vis moralis*). Por ello la mera suma de hechos violentos, sin atender a su contenido, no puede aportar la correcta dimensión de la capacidad de esas conductas para generar la situación de inseguridad, característica de este delito".

52. Al respecto, véase E. NÚÑEZ CASTAÑO: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 147 y ss. También, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, "El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica", en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...* p. 206.

una conducta encajable automáticamente en un delito o falta de los previstos en la legislación penal.

Otra cosa es, en segundo lugar, encontrar una clara delimitación en el número de actos exigibles. Cuestión ésta sobre la que tal vez la doctrina y la jurisprudencia no sean capaces de encontrar un único criterio que pueda sostenerse siempre y en todos los casos⁵³.

En efecto, si bien la posibilidad de determinar la existencia de la «habitualidad» con al menos tres agresiones fue la tesis más avalada por la doctrina y los Tribunales en un principio –sin duda influenciada por la jurisprudencia establecida respecto de los antiguos delitos de hábito que exigían al menos tres actos⁵⁴– no parece que pueda seguir siendo un criterio suficiente para atribuir la existencia de la misma. Las propias peculiaridades del delito de violencia habitual en el círculo doméstico exigen tan solo que el órgano judicial llegue al convencimiento fundado de que la víctima se encuentre sometida a un estado de agresión continua⁵⁵. O dicho de otro modo, lo verdaderamente importante no es poder constatar de un modo automático el número de agresiones sino llegar con toda claridad a la calificación de que se está ante una conducta violenta sistemática que pone en peligro a todos o a alguno de los posibles sujetos pasivos incardinados en el artículo 173.2 del Código Penal. Es quizás a propósito de esta interpretación que la propia jurisprudencia ha corregido más recientemente sus resoluciones, al establecer como suficiente para apreciar la «habitualidad» la exigencia de al menos dos agresiones (entre otras, SSTs de 20-5-2000, 24-6-2000 y 7-7-2000).

Por último, es necesario observar en el marco de la «habitualidad» que las agresiones, desde la perspectiva cronológica, sean próximas o cercanas. A decir verdad, esta regla así descrita presenta también ciertas dificultades en su interpretación⁵⁶.

Como ya hemos sostenido anteriormente, el problema interpretativo en particular de la violencia doméstica no puede solucionarse fijando

una cierta cifra de agresiones, y del mismo modo, la cuestión alcanza con pleno sentido al aspecto cronológico. En efecto, la cuestión de determinar si el tiempo transcurrido entre agresiones permite o no observar la habitualidad, tal como viene establecido (conscientemente por el legislador) de forma imprecisa en el Código Penal (art. 173.3) recae también en la pauta de los Tribunales, quienes desde su posición de intérpretes-aplicadores deberán consignar la existencia o no de proximidad temporal entre agresiones para a su vez establecer si existe o no «habitualidad»⁵⁷.

En resumen, aun cuando la descripción aportada por el Código Penal en este tema (art. 173.3) ofrece no pocas lagunas –de ahí que el debate abierto aquí no resulte sencillo– cabe considerar que una interpretación razonable, en tanto que tal, puede definir con pleno sentido la idea de «habitualidad» utilizando un planteamiento que engloba a su vez un número de hechos acaecidos (al menos, la acreditación de dos agresiones) en un determinado periodo de tiempo e, indiferentemente, a uno o varios sujetos de los previstos en el tipo penal (art. 173.2 C.P.).

Como tal, la efectividad del reconocimiento concreto de la «habitualidad» descansa en la apreciación de los órganos judiciales en cada caso concreto, conformando con ello un sistema jurisprudencial cuyos criterios tal vez permitan aclarar las posibles insuficiencias detectadas en el Código Penal.

b) Resulta claro, de otra parte, que uno de los problemas de la violencia doméstica se encuentra directamente vinculado con una cuestión esencial: las posibles víctimas conforman de un modo u otro un núcleo colectivo doméstico-familiar. En este sentido el legislador, con las últimas reformas efectuadas, ha acreditado aquí su sensibilidad y capacidad de adaptación a la nueva realidad del ámbito doméstico, intentando con ello afrontar con mejores expectativas este execrable tipo de violencia al hacer posible construir el delito de violencia doméstica habitual en torno a las agresiones recaídas sobre cualquiera de los

53. C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, pp. 207 y ss.

54. A. del MORAL GARCÍA, «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 483.

55. En el mismo sentido, siguiendo la tesis de CUELLO CONTRERAS, véase E. NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 152. También véase, a modo de ejemplo, la STS de 7 de julio de 2000.

56. Piénsese, a modo de ejemplo, en personas que pueden estar separadas por motivo de trabajo (ejs. marinero, azafata, camionero...) y las agresiones se producen sistemáticamente, aunque espaciadas en el tiempo, cada vez que se encuentran (véase al respecto, E. NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 157).

57. En el mismo sentido, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, p. 215, E. MARÍN de ESPINOSA CEVALLOS, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, p. 230, y M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 113.

sujetos que configuran en la actualidad lo que podríamos denominar como el *ámbito doméstico*.

Con esta regla general aquí expuesta, pues, el objetivo en que incurre la norma es la más cierta identificación del tipo penal establecido en el artículo 173.2 del Código Penal –por reiterativo, el ejercicio de *violencia física o psíquica habitual* en el *ámbito doméstico* (que incluye un amplio elenco de posibles víctimas)– para así castigar, por las razones ya dichas, como un *único delito* de malos tratos en el ámbito doméstico, con independencia de que haya una o varias víctimas (art. 173.3 C. P.), eso sí, comprendidas en el abanico establecido en el tipo penal.

c) Por los mismos razonamientos de política criminal es posible comprender, y es aceptable jurídicamente, que el delito de violencia doméstica habitual sea objeto de punición, independientemente de los concretos delitos o faltas cometidos. Según esto, pues, no sólo se castigaría la conducta propia exigida en el artículo 173.2 del Código Penal sino que también serían objeto de sanción los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o violencia psíquica (art. 173.2 in fine C.P.).

Por tanto, existe una doble valoración de las agresiones: aisladamente, por cada uno de los delitos o faltas cometidos; y en conjunto, al apreciarse la existencia de un maltrato habitual en el círculo doméstico. Pero es más, esta prescripción normativa permite que la condena penal pueda realizarse bien en sucesivas sentencias, o bien conjuntamente cuando se reprocha a la vez los concretos delitos o faltas y el delito de violencia doméstica habitual⁵⁸.

Estos argumentos que aquí se presentan de manera clara han sido sin embargo objeto de dis-

cusión en algún momento por la doctrina penalista en base a la posibilidad de que surgieran problemas de índole constitucional (fundamentado en los principios de legalidad y tipicidad del art. 25.1 CE⁵⁹ y aun del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE⁶⁰). En concreto, el principio non bis in idem –estrechamente conectado con el principio de *cosa juzgada*–, que prohíbe la sanción repetida de una misma conducta en distintos procedimientos. En todo ello subyace un principio dogmático del Derecho Penal que afecta al Estado, al imposibilitar la reiteración en el ejercicio del *ius puniendi*. O lo que es lo mismo: evita que una persona pueda ser enjuiciada penalmente dos veces por los mismos hechos.

Sin embargo, no debemos dejarnos confundir por esta idea, pues cada uno de los presupuestos barajables (delitos o faltas separadamente, y violencia doméstica habitual) expresan bienes jurídicos diferentes⁶¹. Desde esta perspectiva, parece razonable entender –y así ha sido asumido por la jurisprudencia⁶²–, que en realidad no existe un solapamiento entre el interés protegido en el núcleo doméstico sometido a maltrato y los intereses necesitados de tutela por hechos violentos concretos (delitos o faltas considerados aisladamente hacia una determinada persona).

Pero vayamos por partes. Esta primera observación comporta no obstante una mayor complejidad en su tratamiento jurídico que genera diversos posicionamientos y, con ello, también variadas consecuencias. Bajo esta perspectiva, pues, es obvio que algunas de las situaciones que se pueden dar (fundamentalmente, cuando existen previamente sentencias condenatorias o absolutorias) presentan diversas particularidades problemáticas de gran calado en el debate jurídico que es preciso analizar.

58. En el mismo sentido, véase C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, "El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica", en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, p. 219.

59. Así, la STC 150/1991, de 4 de julio tuvo ocasión de declarar respecto del principio non bis in idem que "...aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25.1 CE. Dicho principio del non bis in idem, tal como lo ha venido interpretando este Tribunal –SSTC 2/1981, 159/1985 (RTC 1985/159), 23/1986 (RTC 1986/23), 66/1986 (RTC 1986/66), 94/1986 (RTC 1986/94), 107/1989 (RTC 1989/107) y 122/1990 (RTC 1990/122), entre otras– supone, a los efectos que aquí interesan, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado".

60. Así, la STC 15/2002, de 28 de enero (citando numerosísima jurisprudencia) declara que "una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes".

61. Véase en el mismo sentido, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, "El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica", en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, pp. 230-231.

62. Entre otras, véanse las SSTS 687/2002, de 16 de abril, 932/2003, de 27 de junio y 968/2003, de 4 de julio.

1º) En primer lugar, y por los motivos ya aducidos anteriormente, en aquellos casos en que ya existen sentencias condenatorias derivadas de delitos o faltas por actos violentos, considerados aisladamente, nada impide que tales hechos puedan ser tenidos en cuenta para integrar el tipo penal de la violencia doméstica habitual.

Ahora bien, al juzgar nuevamente el órgano judicial ¿podrá éste dilucidar libremente sobre las pruebas que le sean presentadas en juicio? Es decir, ¿los hechos ya enjuiciados anteriormente deberán ser nuevamente probados?

Algunos autores opinan que, en efecto, la existencia previa de sentencias condenatorias por actos violentos no ~~exime~~ de volver a valorar nuevamente los hechos en el ulterior juicio y no descuidar así la actividad probatoria⁶³. Argumentan sus partidarios que la existencia de una sentencia condenatoria previa podrá ser un elemento importante a tener en cuenta para la convicción del órgano judicial, pero en modo alguno puede ser definitivo o incontestable⁶⁴.

Sin embargo, en nuestra opinión, se pueden presentar algunas objeciones ante tales argumentos que conviene poner al descubierto. Es cierto que más allá de presentar nuevamente todas las pruebas en juicio (que consideramos totalmente razonable desde la perspectiva procesal-penal), la cuestión presenta mayores problemas respecto del principio de libre apreciación de la prueba por los Tribunales. En efecto, como principio, la libre apreciación de la prueba constituye uno de los pilares básicos de la justicia penal. Pero dicho esto, hay que observar también que las instituciones que conforman el Poder Judicial constituyen en realidad un aspecto más (si bien importante) del imperio del Derecho que asegura unas expectativas legítimas a los ciudadanos⁶⁵.

Este argumento se puede ilustrar con muchos ejemplos. Piénsese en una sentencia firme condenatoria por lesiones o por violación por el que el agresor está cumpliendo condena⁶⁶. ¿Qué consecuencias se podrían derivar si en el nuevo enjuiciamiento, tras la nueva presentación de las pruebas, se observara que aquellos hechos no han quedado debidamente probados? Es más,

¿estaríamos ante un atípico recurso de revisión⁶⁷?

Podría decirse seguramente que en tal caso estaríamos ante un tipo de injusticia según la cual los Jueces no se ajustan a las interpretaciones apropiadas cuando deciden demandas, al no valorar de modo igual un mismo caso. Sólo es posible aquí al Poder Judicial compendiar, armonizar y valorar en sus justos términos los principios de justicia sustantiva y justicia formal a fin de ser leales a un principio englobador que no pueden perder de vista: la Justicia; esto es, ser justos⁶⁸.

Este argumento es ciertamente arriesgado, reconozcámoslo. Y si bien es cierto que desde un plano teórico puede defenderse que el órgano judicial ha de proceder –legítimamente– a valorar nuevamente todos los hechos y así no supeditar el proceso por violencia doméstica habitual a lo que en un proceso anterior se hubiese resuelto, desde una perspectiva práctica sería muy difícil aceptar que se obtenga una resolución contradictoria con la primera sentencia.

2º) De modo parecido, la problemática que se acaba de exponer se suscita cuando existe un enjuiciamiento por un delito de violencia doméstica habitual habiendo recaído previamente sentencias absolutorias por delitos o faltas relativos a hechos violentos.

Obviamente, vaya por delante afirmar que no sería posible condenar ahora esas faltas o delitos de actos violentos de las que existen sentencias absolutorias.

También utilizando los mismos argumentos esgrimidos más arriba *mutatis mutandi*, la consecuencia de una previa sentencia absolutoria implica que no puede ser tenida en cuenta para apreciar la habitualidad. Por decirlo con palabras del Tribunal Supremo: “El principio de presunción de inocencia establece que toda persona es inocente mientras no se acredite lo contrario, y en el caso de que una acusación concluya en sentencia absolutoria por no haberse acreditado los hechos, sea por incomparecencia de la denunciante sea por otra razón diferente, lo cierto es que la sentencia firme dictada impone la

63. En tal sentido, A. del MORAL GARCÍA: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, en AA.VV.: *Delitos contra la personas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 230 y 234. También, véase L. MORILLAS CUEVA, “El Derecho Penal y la violencia doméstica”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 495.

64. L. MORILLAS CUEVA, “El Derecho Penal y la violencia doméstica”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 495.

65. Véase J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 66.

66. Véase este planteamiento en C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, pp. 235.

67. *Ibidem*.

68. J. RAWLS, *op. cit.*, pp. 66-67.

consecuencia de que el denunciado debe ser a todos los efectos considerado inocente de los referidos hechos, por lo que no pueden valorarse posteriormente esos mismos hechos en contra del acusado tomando en consideración una versión inculpatoria frontalmente contradictoria con la cosa juzgada" (STS 805/2003).

3º) Por otra parte, conviene advertir que el sobreseimiento provisional constituye una cuestión bien distinta, y por ello, sus consecuencias son también diferentes. La explicación es bien sencilla: la situación procesal que se deriva del sobreseimiento provisional posibilita válidamente la reapertura del proceso y la acumulación con el que se sigue por el delito de violencia doméstica habitual.

4º) Una observación final: nada obsta a que alguien que haya sido condenado bajo los presupuestos contenidos en el artículo 173.2 del Código Penal, pueda serlo nuevamente si propiamente se vuelven a integrar en sus actuaciones los elementos del tipo, siempre y cuando, claro está, en el segundo proceso los hechos violentos conformadores de la «habitualidad» no hubieran sido considerados por la anterior sentencia⁶⁹.

5. ASPECTOS PROCESALES DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL

Con las precedentes observaciones acerca de los distintos elementos que presenta el delito de violencia doméstica habitual, queda completa en su mayor parte las diversas dificultades y vicisitudes que se derivan de su interpretación.

Para terminar de aclarar los planteamientos iniciales habrá que añadir ahora un análisis de los distintos aspectos procesales que rodean la violencia habitual en el entorno doméstico a fin de evaluar las alternativas que plantea la legislación procesal-penal vigente y mostrar entonces si las restricciones que se originan en el ámbito de

la libertad en forma de medidas de naturaleza cautelar (detención, limitación de ambulatoria o prisión provisional) son razonables desde un punto de vista jurídico-constitucional.

Por ello, el esquema propuesto no pretende entrar a valorar las distintas medidas de naturaleza civil que se pueden originar simultáneamente o aun aquellos instrumentos de protección que las diversas Administraciones Públicas pueden poner en marcha a fin de proporcionar seguridad a la víctima y a su familia⁷⁰.

Pero comencemos por el principio. De una primera observación, parece claro que las normas (en este caso, las normas procesales) se justifican en función de unas circunstancias concretas, pues si el procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, es obvio que las reglas procesales, en la medida que sean compatibles con otros fines del Derecho, son las que mejor pueden servir para lograr tal propósito⁷¹.

Es justamente ese objetivo el pretendido por el legislador al unificar, potenciar y perfeccionar los distintos instrumentos de amparo y tutela de las víctimas en el ámbito doméstico, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante el Juzgado de Instrucción que puede atajar desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pudiera degenerar en hechos aún más graves⁷². Así se justifican técnicamente medidas cautelares en el transcurso del proceso, tales como la orden de alejamiento y no comunicación con la víctima y allegados, o la prisión provisional.

A primera vista, como acabamos de notar, el objetivo y los fundamentos del legislador parecen profundamente justos. Pero inmediatamente habremos de evaluar si el desarrollo legal se desenvuelve bajo los cánones de una estricta observancia constitucional respetuosa con otros dere-

69. En el mismo sentido, véase C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, "El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica", en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica...*, p. 230.

70. Sobre aspectos sociológicos de la violencia familiar, véase A. ALMARCHA BARBADO: "La violencia en el ámbito familiar", en AA.VV.: *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 135 y ss.

71. J. RAWLS, *op. cit.*, p. 90.

72. Así se expresa la propia «Exposición de Motivos» de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, al señalar que "La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador".

chos fundamentales que resultan afectados. En concreto, el derecho a la libertad del presunto agresor. En esto es claro que el poder del legislador no es ilimitado y su actividad legislativa está constreñida a los principios que se encuentran en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados (art. 10.2 CE) de salvaguarda de los derechos fundamentales. Dicho con otras palabras: no puede habilitarse ley alguna (aunque responda a los requisitos formales y de mayorías exigibles) que posibilite la privación de un derecho fundamental de forma automática, sino que tal restricción (debidamente tasada y justificada) ha de ser absolutamente necesaria para lograr un fin digno de protección en el Estado de Derecho⁷³.

La cuestión puede complicarse aún más cuando nos encontramos ante un supuesto genuino (el maltrato habitual doméstico, desde luego lo es) que responde en la mayoría de las ocasiones a una actividad probatoria que descansa en su mayor parte en la credibilidad de la víctima. Es el caso, como se comprende, de las agresiones psíquicas y aun de las agresiones físicas que no han dejado vestigio alguno que se producen en el entorno más íntimo del hogar, y por tanto, en ausencia de testigos⁷⁴. Al contrario, una situación parcialmente distinta, en general, vendría dada cuando la víctima presenta señales inequívocas de violencia física, o los hechos se han producido delante de otras personas o, incluso, éstos son conocidos por terceros (testigos de referencia) que coinciden en aportar indicios que corroboran la versión principal de la víctima. En tales casos, en principio la actividad probatoria no presenta mayores problemas que los que acaso pueden acaecer de modo general en cualquier otro procedimiento penal. De ahí que nos interese precisar aquí algunas consideraciones respecto de las declaraciones de la víctima en un proceso de violencia doméstica habitual.

5.1. Una cuestión previa: la valoración del testimonio de la víctima en el proceso penal por maltrato habitual en el ámbito doméstico

De nuevo, pues, resulta conveniente precisar algunas cuestiones relativas a la prueba y su valoración. El supuesto específico de la declaración de la víctima supone un aspecto que puede justificarse, sin faltar a una lógica razonable, como uno de los elementos probatorios adecua-

dos para destruir la presunción de inocencia. Pero es más, su utilización cobra una mayor relevancia cuando constituye la única prueba de cargo en el proceso penal, sobre todo en aquellos delitos que por sus peculiares características son realizados en la intimidad y, por tanto, en ausencia de otro tipo de pruebas⁷⁵.

Como consecuencia de todo ello, la doctrina forjada por el Tribunal Constitucional sobre la declaración de la víctima (entre otras, SSTC 173/90, 229/91, 10/92 y 76/93), depuesta en el juicio oral bajo las necesarias garantías constitucionales y procesales, puede constituirse válidamente como prueba suficiente o de cargo para determinar la convicción del Tribunal y desvirtuar así la presunción de inocencia. Básicamente, cuando concurren en el testimonio de la víctima como notas básicas: a) la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre el acusado y la víctima, b) verosimilitud del testimonio, en la medida que pueda ser corroborado por otros elementos periféricos objetivos; y c) persistencia en la incriminación de forma prolongada en el tiempo.

Pero dicho esto, hay que advertir inmediatamente que la doctrina jurisprudencial sobre la validez del testimonio de la víctima está forjada para vincular al Tribunal conforme a las pruebas practicadas –salvo situaciones excepcionales que la propia *ley rituarial* permite– en el acto del juicio oral, y en todo caso, respetando las garantías constitucionales del acusado a fin de no producirle indefensión (fundamentalmente bajo los principios de inmediatez, oralidad, contradicción y publicidad). Y esta situación, procesalmente hablando, es bien distinta a la denuncia o querrela que inicia habitualmente un procedimiento por delito de violencia doméstica habitual.

Dicho esto, hay que decir que sin embargo la finalidad del órgano judicial en este primer estadio del procedimiento (en términos generales a través de denuncia o querrela de la víctima) no es determinar *ab initio* la inocencia o culpabilidad del agresor, sino que consiste únicamente en discernir y valorar objetivamente si la realidad de los hechos percibidos (declaraciones, informes médicos...) constituyen el presupuesto necesario para la adopción de medidas cautelares de naturaleza penal, lo que admite, en definitiva, restringir derechos fundamentales del (todavía) presunto agresor.

73. J.M. ASENIO MELLADO, *op. cit.*, p. 40.

74. Véase P. ALHAMBRA PÉREZ: "Aspectos procesales de la violencia doméstica", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 664.

75. Véase al respecto M. A. MONTAÑÉS PARDO: *La presunción de inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999. También, véase P. CARBALLO ARMAS: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 24, 25 y 91 a 99.

Obviamente, las dificultades son menores cuando el testimonio de la víctima viene acompañado de otro tipo de corroboraciones periféricas –bien mediante el testimonio de personas estrechamente vinculadas a la víctima (ejs. sus parientes más cercanos), bien mediante un examen médico, etc.–, y en consecuencia, permite una mejor ponderación del órgano judicial.

Por ello, en aquellos casos en que únicamente se cuenta con el testimonio de la víctima, el órgano judicial ha de actuar con mucha precaución antes de adoptar cualquier medida cautelar de naturaleza penal⁷⁶. Más aún, si admitimos con toda lógica que la situación que se puede generar en el entorno doméstico no hace posible descartar el (lógico) resentimiento de la víctima⁷⁷.

La cuestión expuesta así, pues, obliga a que el órgano judicial antes de tomar una decisión que afecte a los derechos fundamentales del denunciado por maltrato habitual deba ponderar y contrastar con exquisita atención diversos elementos⁷⁸. Al menos:

- La apariencia de un buen derecho (*fumus boni iuris*) en la acción denunciante de la víctima que acredite indiciariamente la existencia de agresiones.
- Del mismo modo, la existencia de un riesgo para la víctima y sus allegados (*periculum in mora*) que conlleve la necesidad inaplazable de adoptar medidas cautelares de naturaleza penal.

5.2. Las medidas cautelares de naturaleza penal en el procedimiento por violencia doméstica

Hemos mencionado más arriba que el primer pronunciamiento judicial que se produce tras una denuncia por malos tratos habituales no pretende otra cosa en principio que ofrecer reales garantías al ciudadano-víctima y a sus allegados mediante la aplicación de una serie de medidas cautelares de naturaleza penal tras ponderar y valorar adecuadamente la gravedad de los hechos denunciados por entender que existe una situación objetiva de riesgo. También se ha

advertido que la aplicación de este control judicial ofrece mayores problemas cuando el órgano judicial únicamente cuenta con el testimonio de la víctima. Ello obliga a que si indiciariamente quedan acreditados los hechos denunciados (recuérdese que el momento procesal no exige prueba plena) el órgano judicial puede adoptar una serie de medidas cautelares (orden de alejamiento o, incluso, prisión provisional) que afecten al ámbito de libertad del denunciado. Resulta claro, pues, que la decisión técnica del Juez Instructor debe contar con la suficiente base jurídica para justificar la limitación de los derechos fundamentales de un ciudadano.

En definitiva, cabe recordar que el debate propuesto no es otro que clarificar si en tales circunstancias la libertad de un individuo (la del agresor) puede ser limitada en favor de la libertad misma (la de la víctima); esto es, para asegurar que el mismo derecho a la libertad u otro principio básico sea debidamente protegido⁷⁹.

Por ello resulta imprescindible entonces dilucidar, consecuentemente, si las medidas cautelares de naturaleza penal que puede adoptar el Juez de Instrucción en un proceso por maltrato habitual rebasan los límites sustanciales de toda restricción de derechos fundamentales; esto es, el carácter excepcional que conlleva la limitación de todo derecho fundamental, y la proporcionalidad que debe implicar la manifestación de toda medida restrictiva del mismo.

Para ello ahora es necesario explicar en qué consisten, básicamente, las medidas cautelares de naturaleza penal que acaso puede adoptar el órgano judicial⁸⁰.

A) La orden de alejamiento y no comunicación con la víctima de violencia doméstica y allegados

A estas alturas, resulta obvio señalar que ha sido la alarmante situación generada por la violencia en el entorno familiar la que ha llevado al legislador a reaccionar contra la misma, creando y regulando un nuevo instrumento denominado

76. Véase al respecto, C. CLIMENT DURÁN, *La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 129.

77. Resulta muy ilustrativa en este sentido la STS 687/2002, de 16 de abril.

78. Véase al respecto M. DURÁN FEBRER, "Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas", en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, pp. 143 y ss.

79. J. RAWLS, *op. cit.*, pp. 194-195.

80. Aunque aquí hemos obviado la detención, es claro que tal medida también puede ser utilizada, básicamente, cuando se avisan de tales hechos a la policía –bien la víctima directamente, bien por testigos–, o porque se perciben directamente los hechos. A partir de tal situación, conviene precisar que el régimen legal vigente de la detención perfila un plazo máximo de setenta y dos horas, a partir del cual, el detenido habrá de ser puesto a disposición judicial o en libertad. (Véase al respecto, P. CARBALLO ARMAS, "La progresión de los derechos fundamentales: el caso de la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales", *Revista del Poder Judicial*, nº 64, 2001, pp. 15 a 41).

«orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica» con el decidido objetivo de arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos a fin de atajar desde un principio cualquier conducta que pudiera degenerar posteriormente en hechos aún más graves⁸¹.

Como resultado se ha venido a añadir un nuevo precepto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal –concretamente el artículo 544 ter– que permite al Juez de Instrucción, siempre y cuando existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de algunas de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal⁸² y de ello se desprenda una situación objetiva de riesgo para la víctima, adoptar mediante auto alguna de las medidas de protección previstas. En tal resolución, y de acuerdo con lo previsto en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, el órgano judicial podrá adoptar como medidas la prisión provisional o la libertad provisional del denunciado, y de modo alternativo con la primera medida, pero concurrente con la segunda de ellas, puede adoptar una orden de alejamiento bajo las diversas configuraciones que admite el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸³. El auto que acuerde tales medidas habrá de concretar el contenido y la vigencia de las mismas, que en el caso de la orden de alejamiento habrá de determinar si se prohíbe al denunciado residir en un determinado lugar (barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma) o acudir a los mismos, o aproximarse o comunicarse con determinadas personas (art. 544 bis LECrim).

B) La prisión provisional como medida cautelar

De otra parte, las exigencias que se deriven del caso concreto pueden llevar al órgano judicial a decretar el orden de medida cautelar la prisión provisional del presunto agresor. Para establecer justamente tal medida, basta con que del examen de los hechos denunciados el Juez de Instrucción crea razonablemente que el imputado puede atentar contra los bienes jurídicos de la víctima (art. 503 LECrim)⁸⁴.

De este modo, y aunque ciertamente se potencia el objetivo de proteger a la víctima⁸⁵, parece siempre preferible y menos perjudicial, en términos generales, adoptar algunas de las medidas de alejamiento previstas en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que con ello se causará un menor perjuicio a nivel personal, familiar y social, salvo que –claro está– la gravedad de los hechos aconsejen que en beneficio de la víctima la medida más idónea sea la de decretar la prisión provisional⁸⁶.

5.3. Valoración crítica: la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el procedimiento penal

Como se ha visto, el sistema procesal-judicial ofrece algunas respuestas para conseguir detener desde el inicio, por decirlo con palabras del propio legislador, “cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves”⁸⁷.

Con este objetivo, el órgano judicial puede, bien dictar una orden de protección siempre que

81. Así lo reconoce explícitamente la propia «Exposición de Motivos» de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

82. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre vino a modificar la referencia que se hacía al antiguo artículo 153 del Código Penal.

83. M. ORTELLS RAMOS, “Tratamiento de la violencia doméstica en la Lecrim (un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la ODP de las víctimas de la violencia doméstica)”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 413.

84. Ello ha sido posible gracias a la nueva redacción dada tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

85. En opinión de Ortells Ramos (M. ORTELLS RAMOS, “Tratamiento de la violencia doméstica en la Lecrim (un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la ODP de las víctimas de la violencia doméstica)”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, pp. 417-418), por varias razones, esta configuración potencia en gran medida el fin de protección de la víctima: “1ª) se prevé específicamente ese fin, destacándolo dentro del más genérico de evitar la reiteración delictiva; 2ª) se facilita la adopción de la prisión provisional con este fin, porque se excluye la aplicación de los límites mínimos de duración de la pena que se imponen cuando los fines perseguidos por la prisión provisional son otros previstos por la ley; 3ª) la duración de la prisión provisional acordada para la protección de la víctima no está sujeta a límites tan precisos como cuando los fines son otros, por lo que deberá entenderse que, como establece el nuevo art. 504.1 LECrim, durará «en cuanto subsistan los motivos que justificaron su adopción»”.

86. Véase P. ALHAMBRA PÉREZ, “Aspectos procesales de la violencia doméstica”, en AA.VV., *Encuentros «violencia doméstica»...*, p. 683.

87. «Exposición de Motivos» de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

existan indicios fundados de que se ha cometido un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas contempladas en el artículo 173.2 del Código Penal, y se desprenda de ello una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiere la adopción de alguna de las medidas de protección (art. 544 ter LECrim), o bien decretar la prisión provisional cuando entienda que el imputado puede actuar contra los bienes jurídicos de la víctima (art. 503 LECrim).

También se ha advertido aquí que, en principio, la función del Juez de Instrucción al respecto no pasa por determinar la inocencia o culpabilidad del imputado, sino que ésta consiste en apreciar si realmente los hechos denunciados constituyen el presupuesto necesario que permita la adopción de medidas cautelares de naturaleza penal. Hay que añadir a ello, y así también ha sido comentado, que la cuestión presenta mayor complejidad cuando en ocasiones para adoptar y aplicar tales medidas el Juez de Instrucción tan solo ha contado con el testimonio de la víctima para evaluar en la medida de lo posible la situación concreta. Esta situación, sumamente compleja, supone una respuesta firme por parte del órgano judicial que afecta a la esfera de libertad del ciudadano imputado, pudiendo generarle con ello restricciones de libertad personal *stricto sensu* (prisión provisional) o de circulación y residencia (restricciones de circulación deambulatoria, domicilio, residencia...) ⁸⁸.

Todo ello no significa, desde luego, que los distintos derechos fundamentales que aquí entran en juego (los de la víctima y los del propio imputado) no estén en igualdad de rango, sino que el órgano judicial debe examinar y ponderar ante un conflicto –como puede ser una denuncia por maltrato habitual en el ámbito doméstico–, si se dan los presupuestos necesarios para limitar los derechos fundamentales del imputado. En este sentido, sabemos de sobra que todos los derechos fundamentales, salvo la vida humana, son susceptibles de limitación en el curso de un proceso penal y así ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 11/81, 37/89 y 137/90) ⁸⁹.

Ahora bien, ya avanzábamos al principio que en materia de restricción de derechos fundamentales se ha ido perfilando una teoría general a través de la jurisprudencia que entiende que toda restricción de un derecho debe hacerse con sujeción a una serie de principios: a) *principio de legalidad*; esto es, la existencia de una norma legal habilitante; b) *principio de excepcionalidad*, por cuanto la vigencia y el disfrute del derecho constituye la regla general y, consecuentemente, la limitación supone la excepción; y c) *principio de proporcionalidad* en la intensidad de tales limitaciones ⁹⁰.

Todo ello implica necesariamente, pues, que el órgano judicial en el momento de aplicar la ley al caso concreto deberá huir de toda inercia o automatización, particularizando con sumo rigor y motivando adecuadamente el supuesto legal, de modo que la intensidad de la restricción sea idónea ante la gravedad de la conducta imputada ⁹¹.

Planteada así la cuestión, y teniendo en cuenta los distintos intereses y bienes jurídicos contrapuestos, una cosa resulta clara: los derechos fundamentales se integran formando un sistema o estructura unitaria que responde al cuadro integral que de modo general ha delineado la Constitución ⁹². Pero dicho esto, debe matizarse inmediatamente que la objetivación del contenido y los límites de cualquier derecho fundamental se perfila teniendo en cuenta al resto de los derechos fundamentales, ya que en gran medida es a través de sus propios límites como los derechos fundamentales entran en relación entre sí ⁹³.

Entendido así, y dando por hecho que el contexto no es otro que el propio de un Estado democrático de Derecho, resulta evidente que el debate reside en establecer cuándo es admisible limitar un derecho fundamental y en qué medida.

Creemos que con todos estos razonamientos, la respuesta que debe tenerse en cuenta, antes de cualquier otra consideración, puede encontrarse en un principio inmanente a la propia Constitución: el principio de «ponderación» que justifica y legitima, primero al legislador, y a renglón seguido a los Tribunales, para determinar

88. Para un estudio sobre el contenido del derecho de libertad, véase J. GARCÍA MORILLO: El derecho a la libertad personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. También véase AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. O. Alzaga Villaamil), t. II, Edersa, Madrid, 1997.

89. J.M. ASECIO MELLADO, *op. cit.*, p. 31

90. *Ibidem*, p. 35.

91. *Ibidem*, pp. 41-42.

92. P. HÄBERLE, *op. cit.*, p. 68.

93. *Ibidem*.

los límites de los derechos fundamentales y así resolver los conflictos que pueden surgir entre ellos⁹⁴.

Por tanto, si bien resulta más que obvio que los derechos fundamentales pueden restringirse, no puede olvidarse que sus límites están sujetos a determinados criterios basados en la «ponderación» que realicen los aplicadores del derecho al resolver las diversas controversias que se producen entre derechos fundamentales.

Llegados a este punto, pues, resulta obligado ahora clarificar estos razonamientos trayéndolos a colación, justamente, con el delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico. Tales argumentos suponen, en definitiva, que tenemos que decidir entre los derechos fundamentales de la víctima y los derechos fundamentales del agresor. Para ello, el órgano judicial sólo puede limitar los derechos fundamentales del agresor tras haber ponderado con sumo rigor el caso concreto. En tal caso, la resolución que limite los derechos fundamentales del agresor será totalmente admisible desde la perspectiva constitucional, de modo que la supervivencia de los derechos fundamentales de la víctima legitiman suficientemente la exclusión de los derechos de libertad del agresor. En definitiva, no puede desnaturalizarse la libertad utilizando precisamente la libertad contra la libertad; es decir, no pueden beneficiarse unos de la libertad –los agresores– como excusa para acabar con la libertad de otros –las víctimas–⁹⁵.

6. CONCLUSIONES

Se comprende que cualquiera de los intentos asumidos aquí por clarificar los diversos problemas planteados obedecen a un único fin que enlaza con el papel garantista del Derecho. No puede existir otro camino, desde luego.

Pero dicho esto, hay que matizar inmediatamente que la tarea no es sencilla: partiendo de la validez de una norma concreta es claro sin embargo que a menudo ésta –la norma– resulta poco precisa, lo que se traduce en un amplio ámbito de interpretación de los órganos judiciales ante la variedad de casos particulares existentes. Sin embargo, también es cierto que con independencia de la función encomendada a Jueces y Tribunales, la doctrina científica aporta su propia perspectiva a través de la crítica (desde la razón jurídica) del Derecho vigente, facilitando con ello la labor de los órganos judiciales. Es muy probablemente este deseo de configurar de modo imparcial el contenido y los límites de los derechos fundamentales, vinculado en definitiva

a nuestro deseo de lograr un esquema equitativo en la distribución de la justicia, lo que alienta las reflexiones aquí trazadas.

Estas aplicaciones de los principios que rodean a los derechos fundamentales incluye determinar si las restricciones que se producen en el curso de un proceso penal por violencia habitual en el círculo doméstico son explicables jurídicamente y, por tanto, obedecen a una conceptualización razonable de los parámetros en los que han de moverse los derechos fundamentales, o si por el contrario, alteran de modo inaceptable el sistema de derechos y libertades configurado en el Estado de Derecho, rebasando los límites de la Constitución y lejos de satisfacer por sí mismo una auténtica justicia.

Entendemos, obviamente, que el legislador debe dar una respuesta precisa y contundente al fenómeno de la violencia doméstica habitual. Pero al discutir la aplicación de cualquier medida restrictiva de derechos (debemos asumir, desde luego, que los delincuentes también tienen derechos fundamentales) éstas sólo pueden ser explicadas y justificadas legítimamente, de entrada, si se dan al menos tres requisitos: principio de legalidad, principio de excepcionalidad y principio de proporcionalidad.

Las ideas y argumentos que aquí han sido sugeridos nos permiten ahora sentar como base las siguientes premisas:

1º Las diversas experiencias anteriores han permitido al legislador encontrar una definición más convincente en la tipificación del maltrato habitual en el ámbito doméstico: *primero*, decantándose razonablemente por la noción de «violencia doméstica»; y *segundo*, ampliando el ámbito subjetivo del delito, perfeccionando con ello el alcance de la protección de lo que modernamente constituye el ámbito familiar.

2º No es difícil dar cabida a la noción de «violencia física» como aquella que se deriva directa o indirectamente de la propia fuerza física (golpes, empujones, etc.). Aplicando esta noción, hay que dejar claro sin embargo que el supuesto no establece necesariamente la producción de algún tipo de lesión, aunque debe constituir al menos un *acto típico* (aunque sea en forma de falta).

3º No podemos suponer, sin embargo, la misma sencillez en la descripción de la «violencia psíquica»; esto es, aquella actividad violenta que no implica un contacto corporal. Bajo este supuesto, la consideración de cualquier acción violenta (no-física) como una actividad trae consigo que la tipicidad resulte muy difícil (por no decir imposi-

94. *Ibidem*.

95. T.S. VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 387.

ble) de delimitar *a priori*. Esta inevitable inconcreción se traduce en que serán los Jueces en quienes recaiga el deber de calificar tal conducta, teniendo en cuenta siempre el particular contexto de cada caso que se les presente.

4º Esencialmente, la «habitualidad» representa la sistematicidad en el maltrato. Conforme a este principio, el legislador ha venido a condicionar la misma (art. 173.3 C. P.) atendiendo al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que las agresiones hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores o que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo 173.2 del Código Penal. Ante todo, el reconocimiento de la «habitualidad» es una cuestión de prueba que lleva consigo algunas dificultades en su apreciación por los Tribunales en referencia a la cuantificación de los hechos violentos (número de agresiones) y a su aspecto cronológico (relación temporal entre distintas agresiones).

5º Al discutir la posibilidad de una doble valoración de las agresiones (aisladamente, por cada uno de los delitos y faltas cometidos, y conjuntamente, por maltrato habitual), ello podría suponer un problema de calado constitucional en lo que respecta al principio *non bis in idem* (enlazado directamente con el principio de *cosa juzgada*), que prohíbe la sanción repetida de una misma conducta en procedimientos distintos. Sin embargo, y por los motivos aducidos más arriba, entendemos que cada uno de tales supuestos (delitos o faltas aisladamente, y el maltrato habitual en el círculo doméstico) constituyen bienes jurídicos diferentes. Ahora bien, ello no deja de generar problemas de difícil solución en el orden práctico, tales como la nueva valoración de las pruebas en aquellos casos en que ya existen sentencias condenatorias, o más aún cuando las resoluciones anteriores han sido absolutorias.

Todas estas alusiones explicitadas aquí sobre la variedad de problemas tratados, resultan fundamentales para la comprensión de nuestro objetivo fundamental: dilucidar si los condicionamientos restrictivos del sistema de libertades y garantías impuesto por el legislador en el procedimiento por violencia doméstica habitual escapan –por desproporcionados– a la reserva fundamental que procede de la propia Constitución.

Dado que se han explicado ya los distintos argumentos que pueden inferirse a partir de las concretas circunstancias que rodean el proceso por maltrato habitual en el ámbito doméstico, estamos en disposición de dar algunas respuestas:

1º La disponibilidad de las normas procesales, a fin de amparar a las víctimas en el ámbito doméstico, ha permitido al legislador establecer limitaciones cautelares que afectan al derecho de libertad del imputado, en tanto en cuanto que razonablemente se ciñe, para llevar a cabo tales restricciones, a los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad.

2º Esta base primigenia establecida por el legislador, en el momento de su aplicación por los Jueces se concreta en serias restricciones a la libertad del imputado (medidas de alejamiento o, incluso, prisión provisional) cuando se desprenda una situación objetiva de riesgo para la víctima. En esta situación, ya lo hemos visto, la afectación de tales derechos depende del análisis efectuado por el órgano judicial conforme a los hechos particulares que le son presentados. La disponibilidad de toda la información posible hace que la declaración de la víctima cobre un peso específico para la adopción de tales medidas cautelares de naturaleza penal. Sobre todo en aquellos casos en que no existen vestigios aparentes de las agresiones y sin perder de vista que en muchas ocasiones las agresiones se producen en el entorno familiar más íntimo y, por tanto, no siempre es posible añadir corroboraciones periféricas. El problema, al menos teóricamente, es que la doctrina jurisprudencial sobre la validez del testimonio de la víctima está forjada para vincular al órgano judicial conforme a las pruebas practicadas en la fase decisiva del proceso para así declarar la inocencia o culpabilidad del acusado. Desde luego, la finalidad del Juez de Instrucción en este primer estadio del proceso (generalmente, tras la interposición de una denuncia o una querrela) consiste únicamente en valorar si de los hechos denunciados se puede derivar como consecuencia la adopción de medidas cautelares de naturaleza penal. De ahí la necesidad de que el órgano judicial deba particularizar con sumo rigor cada caso, ajustando la intensidad de las restricciones a la gravedad de la conducta imputada.

Probablemente, una de las primeras exigencias del Estado constitucional de Derecho consiste en que todas las libertades fundamentales estén en pie de igualdad y, por tanto, cada derecho tenga exactamente el mismo peso en los platicos de la balanza. Aun cuando estos principios son ciertos, debemos delimitar si este argumento es válido para todos los casos.

Inevitablemente, el sistema de reglas jurídicas no puede evitar colisiones entre distintos derechos fundamentales. Es cierto, también, que al barajar los criterios para su solución los órganos judiciales deben ponderar si la restricción de un derecho fundamental para el disfrute de otro es constitucionalmente admisible, pues si se incurre en la más mínima arbitrariedad, es obvio

que las libertades de la ciudadanía estarían en peligro.

La conclusión, en consecuencia, y por los argumentos esgrimidos, es que las libertades de los ciudadanos pueden legítimamente ser restringidas en la medida en que otros derechos,

igualmente fundamentales, estén en peligro. La formulación de esta respuesta sólo es posible si se conjuga a su vez con el papel tutelador del Juez en la restricción de derechos fundamentales: una misión encaminada no sólo a proteger las injusticias sufridas por la víctima, sino dirigida también a tutelar los derechos del acusado.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. O. Alzaga Villaamil), t. II, Edersa, Madrid, 1997.
- AA.VV., *La violencia doméstica*, Bosch, Barcelona, 1999.
- AA.VV.: *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- AA.VV.: *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- AA.VV.: *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.
- AA.VV.: *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- AA.VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- AA.VV.: *Teoría general del los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ALHAMBRA PÉREZ, P.: “Aspectos procesales de la violencia doméstica”, en AA.VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- ALMARCHA BARBADO, A.: “La violencia en el ámbito familiar”, en AA.VV.: *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en AA.VV.: *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.
- ASENCIO MELLADO, J.M.: “La libertad de movimientos como derecho fundamental”, en AA.VV.: *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en AA.VV., *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ariel, Barcelona, 1989.
- CARBALLO ARMAS, P.: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.
- “La progresión de los derechos fundamentales: el caso de la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales”, *Revista del Poder Judicial*, nº 64, 2001.
- CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DOMINGO, T. de: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DURÁN FEBRER, M.: “Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas”, en AA.VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GÓMEZ NAVAJAS, J.: “Listas de delincuentes: ¿pena de «escarnio público»?”, en AA.VV.: *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Tratamiento penal de la violencia sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio”, *Revista Jurídica de Andalucía*, nº 30, 2000.

- GRACIA MARTÍN, L., *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Comares, Granada, 2003.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 2001.
- LANDA, C.: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- LÓPEZ PINA, A.: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1992.
- MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E.: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001.
- MAYORDOMO RODRIGO, V.: *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Universidad del País Vasco, 2003.
- MONTALBÁN HUERTAS, I.: "Violencia y género. La violencia doméstica como problema actual, estructural y público para el derecho", en AA.VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- MONTAÑÉS PARDO, M.A.: *La presunción de inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MORAL GARCÍA, A. DEL: "El delito de violencia habitual en el ámbito familiar", en AA.VV.: *Delitos contra la persona*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- "Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal", en AA. VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- MORILLAS CUEVA, L.: "El Derecho Penal y la violencia doméstica", en AA.VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- "Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma", en AA.VV.: *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ORTELLS RAMOS, M.: "Tratamiento de la violencia doméstica en la Lecrim (un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la ODP de las víctimas de la violencia doméstica)", en AA.VV.: *Encuentros «violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- PEGORARO, L.: "Tribunales Constitucionales y revisión de la Constitución", *Revista de las Cortes Generales*, nº 47, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, J.: "Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio", *ADPCP*, tomo XLII, fascículo III, 1989.
- RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- TAMARIT I SUMALLA, J. M.: *La reforma de los delitos de lesiones. (Análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de Junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- WRÓBLEWSKI, J.: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.