

**JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS**

Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Córdoba

**Reconsideración crítica del concepto de “habitualidad” en  
el delito de violencia doméstica**

## I. RECONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN MAYORITARIA DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

La tesis que mantendré aquí es que en los últimos años se ha hecho una interpretación más que complaciente del delito de violencia doméstica, que ha ido resolviendo los problemas que plantea el mismo en el sentido más favorable a su aplicación; aunque ello significara dar una solución, digamos que poco exigente y desde luego bastante discutible, a las evidentes fricciones que la figura tiene con algunos principios penales básicos.

Viendo las soluciones dadas por doctrina y jurisprudencia a los problemas que presenta el art. 173.2 en relación con el fundamento de la responsabilidad, el concepto de habitualidad, el *non bis in idem*, la cosa juzgada, los concursos de delitos o la misma prueba de los actos de violencia precisos para el delito, a menudo se tiene la impresión de que no se procede aquí en la defensa de los principios penales con la misma decisión de que se hace gala en otros delitos. La consecuencia final de todo ello es que el ámbito de aplicación del delito ha ido creciendo de forma realmente llamativa, al tiempo que doctrina y jurisprudencia han ido relativizando la operatividad de todo aquello que podía suponer un inconveniente capaz, no ya de detener, sino tan solo de ralentizar, esa carrera por hacer que el delito de violencia doméstica no encuentre prácticamente cortapisa alguna en lo que parece ser una irrefrenable vocación expansiva.

El fundamento último de las posiciones mayoritarias, y que supuestamente garantizan la compatibilidad del delito con esos principios penales, es la diversidad de fundamento que existe entre los actos de maltrato que conforman la habitualidad y el concepto de habitualidad misma. Cuestión que adquiere una importancia dramática para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que sostienen el concepto objetivo de habitualidad y la interpretación toda del delito de violencia habitual sobre unos cimientos como esos, que, a mi juicio, vistos con el mismo rigor interpretativo que se aplica en otras figuras delictivas, se revelan menos sólidos de lo que parecen. Lo cierto es que, más allá de la retórica o las sugerentes formulaciones, la insobornable realidad de los hechos proyecta grandes sombras sobre tan bienintencionadas y generosas interpretaciones.

En las tesis mantenidas y construidas “a medida” del artículo 173.2 a mi juicio han tenido que ver fundamentalmente dos cosas. En primer lugar, el hecho de que sobre el delito de violencia doméstica siempre ha estado gravitando la desconfianza que suscita un concepto como el de habitualidad, que remite a criterios poco deseables en un Derecho Penal moderno, basado en el principio del hecho y que quiere mantener alejadas como fundamento de la responsabilidad criminal ideas como la peligrosidad, la forma de ser, el carácter, la conducción de vida, la actitud interna o las particulares condiciones del autor. El deseo de huir de esas indeseables contaminaciones explica en buena medida la predisposición más que favorable a interpretaciones del delito de violencia doméstica que lo mantengan al margen de todo lo que pueda recordar al Derecho penal de autor. Y ello, aunque el precio que haya tenido que pagarse a veces haya sido el de sacrificar el rigor interpretativo.

En segundo lugar, la demanda social de una respuesta contundente e inequívoca a un fenómeno como el de la violencia doméstica, cuyas consecuencias crecen en número y gravedad a pesar de las distintas reformas e iniciativas legislativas. El deseo de favorecer una actuación penal que se corresponda con las expectativas sociales, probablemente sea la razón que explica la

débil resistencia que doctrina y jurisprudencia han puesto a la tendencia finalmente consolidada a ampliar el ámbito de aplicación del delito. Ello hasta el punto de que consciente o inconscientemente se ha generado una inercia favorable a minimizar si era preciso la eficacia de principios y conceptos penales básicos que, o se han desconocido o se han relativizado en demasía a la hora de interpretar el delito de violencia doméstica habitual.

## II. RAZÓN DE SER Y FUNDAMENTO DE LA HABITUALIDAD EN EL ART. 173.2

La exigencia de habitualidad en el maltrato como elemento central del delito de violencia doméstica arranca de la redacción inicial del delito, incorporado al Código Penal anterior por la LO 3/89, de 21 de junio. Desde entonces a hoy, la interpretación del concepto de habitualidad se ha hecho en un clima de relativo consenso doctrinal y jurisprudencial, que ha ido progresivamente resolviendo (y obviando) los problemas que podía plantear (y plantea) un elemento sin duda más controvertible de lo que la mayoritaria posición doctrinal y jurisprudencial deja ver.

Las razones por las que se coloca a la habitualidad en el centro mismo de la solución político-criminal que se da a la violencia doméstica son varias.

Primero, porque aumenta la trascendencia y la preocupación social sobre estos comportamientos. Aunque se trata de conductas que responden a actitudes que han estado siempre en el centro mismo de la relación hombre-mujer en nuestro ámbito cultural, los hechos de violencia doméstica alcanzan en aquellos años una dimensión y significación social inédita hasta entonces. Los episodios de violencia familiar y, especialmente, entre cónyuges, trascienden como nunca había ocurrido, son más conocidos que nunca y despiertan más alarma y preocupación social que nunca. Lo que cambia, sobre todo, es la actitud de la mujer, que ya no se resigna a aceptar sin más la situación de subordina-

ción tradicional en sus relaciones con el hombre, y la violencia implícita que supone, sino que se opone abiertamente a ello, lo que incrementa la brutalidad de la respuesta masculina (que ve seriamente cuestionada y amenazada su supuesta preeminencia), haciendo más visibles y brutales las manifestaciones violentas de la misma. Ante lo cual, con buen criterio, se decide mejorar la respuesta penal, agravando la responsabilidad de quienes se manifiestan violentamente en el ámbito afectivo y doméstico.

Segundo, porque para lograr ese objetivo se consideró político-criminalmente preferible crear una figura delictiva específica. El resultado agravador podía haberse alcanzado también bien mediante la creación de una nueva circunstancia genérica de agravación, bien mediante la modificación de la ya disponible circunstancia mixta de parentesco, bien creando tipos agravados en modalidades de delito ya existentes (homicidio, lesiones, coacciones, detenciones ilegales, etc.). Sin embargo, se entendió más eficaz la vía de la represión penal específica.

Tercero, porque la única forma de obtener ese incremento de la represión penal mediante la creación de una figura delictiva nueva era haciéndola compatible con los recursos penales ya disponibles, de manera que viniera a suponer un “plus” de punición que se añadiera a las figuras de delito tradicionales, garantizando la vía del concurso de delitos y dejando absolutamente claro que quedaba cerrada la del concurso de normas.

Cuarto, porque si se quería incrementar de esa forma la represión de los comportamientos violentos que se producen en ese contexto, no quedaba otra vía que la de fundamentar el injusto de esta nueva figura delictiva en un contenido material distinto del que es objeto de protección en los delitos que tutelan los bienes jurídicos individuales eventualmente implicados en episodios de violencia doméstica. La intervención penal se centrará, así, en la violencia continuada y sistemática contra las personas del círculo familiar, que, cuando no daba lugar a un resultado lesivo capaz de integrar alguno de los delitos más graves, sólo podía tratarse conforme a las faltas de lesiones o de maltrato de obra, lo que

se consideraba una respuesta penal insuficiente. Y ahí, y por eso, aparece la habitualidad como fundamento del injusto de la nueva modalidad delictiva que se crea<sup>1</sup>.

De esta forma, nuestro Código se incorporaba al núcleo de textos penales europeos que habían optado por un camino similar, incorporando en sus Códigos punitivos un delito específico de malos tratos en el ámbito familiar. Este sistema sería el más frecuente en los países europeos y sería el seguido en *Alemania* (§ 225 del StGB, incluido entre las lesiones), en *Portugal* (art. 152 CPP, también configurado como un tipo de lesiones), *Francia* (tipos agravados de lesiones contemplados en el art. 222 núms. 3, 8, 10, 12 y 13 CPF), Italia (art. 572, ubicado dentro de los «delitos contra la familia») y Suecia (§ 4a CPS, construido sobre la base de un concepto amplio de maltrato y sobre la lesión a la autoestima de la víctima)<sup>2</sup>.

- 1 Sobre el tratamiento en el Código penal Texto Refundido de 1973, Vid., GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (Dir.), CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, Curso de Derecho Penal, Parte Especial I, Madrid, 1996, págs. 46 y sgs.
- 2 Vid., detenidamente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, La violencia doméstica. *Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, pág. 153-174, y OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico de jurisprudencial*, Barcelona, 2001, págs. 612-629 (Alemania), págs. 629-637 (Austria), págs. 638-645 (Francia), págs. 645-658 (Italia). Frente a este sistema, otro grupo de países optaron por una ley general contra la violencia doméstica, que contempla distintos aspectos relacionados con el problema: civiles, procesales, sociales...; si bien cuando la conducta es constitutiva de delito tiene preferencia el ordenamiento penal. Esta es la solución adoptada en un buen número de países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala... y a la que, con particularidades propias –la principal incorporar al tratamiento del problema la perspectiva “de género”– se ha incorporado el ordenamiento español mediante la LO 1/2004, 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Los distintos instrumentos y medidas internacionales adoptados hasta la fecha para combatir el fenómeno del maltrato doméstico pueden verse en TRABADO ÁLVAREZ, C.; *El delito de malos tratos. Novedades introducidas en el delito de malos tratos por la Ley Orgánica 14/1999*, Oviedo, 2002, págs. 11-21. Sobre instrumentos internacionales relacionados con la violencia sobre las mujeres, con especial referencia a las resoluciones tanto

La conveniencia y oportunidad de crear un delito de esta naturaleza, sin embargo, ha sido cuestionada<sup>3</sup>. Ni la singularidad del bien jurídico (que se consideraba ya tutelado en otras figuras), ni la gravedad de las conductas realizadas, lo justificaría. Algunos autores entendieron que hubiera resultado mucho más conveniente establecer, de una parte, una cualificación genérica o especial en los tipos delictivos eventualmente involucrados en la violencia doméstica, basada en la habitualidad de estos comportamientos; de otra, la apreciación de la circunstancia mixta de parentesco, modificándola de forma que incluyera a los sujetos entre los que efectivamente se producen relaciones familiares, de dependencia y/o convivencia<sup>4</sup>.

Las interpretaciones que recibió el concepto de habitualidad y las soluciones que se propusieron a los muchos problemas que su aplicación planteaba, no cuestionaron seriamente, sin embargo, el que la nueva figura delictiva se apoyara en ella. Los criterios aplicativos seguidos en estos primeros momentos favorecían una interpretación restrictiva del delito de violencia doméstica. Por una parte, el Tribunal Supremo comenzó exigiendo la interposición de denuncia para tomar en cuenta las faltas concurrentes que debían conformar la habitualidad. Como número

---

del Consejo de Europa como de la Unión Europea, FALCÓN CARO, M<sup>a</sup> del Castillo; *Malos tratos habituales a la mujer*, Barcelona, 2001, págs. 96-99.

- 3 Considerando innecesario el delito: NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Col. Tirant Monografías, n<sup>o</sup> 239, Valencia, 2002, pág. 183 y ss., que califica como un ejemplo de lo que se ha dado en llamar “*Derecho Penal simbólico*”; en términos parecidos, DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La violencia doméstica: Tratamiento jurídico: problemas penales procesales; la jurisdicción civil*, Editorial Colex, Madrid, 2001, págs. 25 y sgs. También lo considera innecesario, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones», pág. 153-199, en AAVV-COMAS DE ARGEMIR CENDRA (Dir.), *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial V-2001, Madrid, 2001, pág. 154-161. CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares, Nueva regulación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 77.
- 4 NUÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., pág. 187 y ss., con ulteriores consideraciones.

mínimo para ello se pedía el de tres, interrumpiéndose su cómputo si las faltas denunciadas eran objeto de un juicio de condena, pues apreciarlas para la habitualidad habría supuesto infringir el principio del *non bis in idem*<sup>5</sup>. Y ello porque un sector doctrinal entendió que resultaba contrario a éste condenar una vez por el acto de violencia realizado (como delito o falta de lesiones) y después tomar en cuenta el mismo comportamiento para fundamentar la habitualidad que precisaba el art. 153. Interpretación, que introducía al precepto en el absurdo de que, pretendiendo evitar la violencia repetida, tenía como presupuesto de su aplicación el que la víctima no denunciara los sucesivos maltratos recibidos, pues si lo hacía y el sujeto resultaba condenado, aunque fuera por una simple falta de maltrato de obra, se imposibilitaba la aplicación del art. 153, dado que tales hechos, ya condenados, no podrían ser computados a efectos de habitualidad<sup>6</sup>.

Para acabar con las incertidumbres que rodeaban la aplicación del concepto de habitualidad, y siguiendo las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial<sup>7</sup>, la LO 14/1999

- 5 Vid., por todos, MAQUEDA ABREU, «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRAT (coordinadores), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pág. 1518, nota 13.
- 6 DEL ROSAL, «El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar», en *Comentarios a la Legislación penal*, T. XIV, Volumen 1.º, Madrid, 1992, págs. 369 y sgs.. La principal limitación, sin embargo, se presentaba porque los distintos actos de maltrato daban lugar a distintas causas que se sustanciaban por separado, impidiendo la conexidad. Problemas paliados en cierta medida por la interpretación doctrinal y jurisprudencial, así como con ciertas medidas procesales. En este sentido, por ejemplo, la *Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado*, sobre «Intervención del MF en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar», de 21 de octubre de 1998, y la creación en cada Fiscalía del Servicio de Violencia Familiar, así como un Registro de causas que se recogen anualmente en la Memoria de la Fiscalía General (MORENO VERDEJO, Jaime, «La función del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos. El menor de edad como sujeto pasivo del maltrato habitual», pág. 249-293, en AAVV-COMAS DE ARGEMIR CENDRA (Dir.), *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial V-2001, Madrid, págs. 254-255.
- 7 Informe de 19 de junio de 1998, que había instado la incorporación de una definición legal de la habitualidad.

incorporó una previsión específica sobre la misma en la que se toma abierta postura en los asuntos más relevantes que venían enfrentando a la doctrina en torno a su entendimiento<sup>8</sup>:

«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.» (actualmente art. 172.3) con la salvedad de aludir a “apartado anterior” en vez de a “párrafo anterior”.

Como se señaló con razón<sup>9</sup>, la fórmula legal no constituye propiamente una definición de la habitualidad, dado que no proporciona los criterios materiales conforme a los que determinar el contenido de cada uno de esos requisitos, limitándose a enunciar los criterios que el intérprete y el aplicador deben tener en cuenta para apreciar su concurrencia. Aunque la nueva previsión no se pronunciaba sobre ello, doctrina y jurisprudencia coincidieron en que el número de tres actos era el mínimo indispensable para configurarla. La coletilla final de que la habitualidad puede estimarse «con independencia... de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores», terciaba, del mismo modo, en la polémica en torno a si los actos ya juzgados y condenados podían computarse a efectos de habitualidad<sup>10</sup>.

8 Sobre la tramitación parlamentaria y los debates en torno al concepto, vid. CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares, Nueva regulación*, cit., págs. 65 y siguientes.

9 OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico de jurisprudencial*, cit., pág. 91 y CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares, Nueva regulación*, cit., págs. 73-75.

10 En general, la reforma de 1999 supuso un punto de inflexión importante en la protección de las víctimas de violencia doméstica, mejorando técnicamente el tipo, lo que determinó una mejor respuesta penal al fenómeno. A partir del año 2000 se aprecia un descenso de la “cifra negra” del delito, correlativo al sustancial incremento de denuncias por parte de las mujeres agredidas. Sobre todo, se percibe un importante retroceso de los sentimientos de “vergüenza” o “miedo a no solucionar nada” que habían sido los que se esgrimían más frecuentemente en el período anterior para explicar la falta de presentación de denuncias. Igualmente, se apreció un significativo aumento en el número de procedimientos, aumentando los casos en que se aplicó el tipo de violencias

En todo caso, quedó claro que la visión legal de la habitualidad relativiza las exigencias formales y atiende a la significación criminológica del concepto, favoreciendo las posibilidades de su aplicación, permitiendo incluir muy variadas situaciones que antes quedaban fuera del ámbito de aplicación del delito<sup>11</sup>.

Finalmente, la LO 11/2003, de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, supuso en relación con la violencia doméstica una doble modificación. En primer lugar, trasladó el delito de violencia doméstica habitual, recogido desde su creación entre las lesiones (art. 153), al artículo 173, entre los delitos contra la integridad moral, que al decir de la doctrina mayoritaria era su lugar adecuado. En segundo lugar, la LO dio nueva redacción al artículo 153, dedicado desde entonces a recoger una nueva modalidad agravada de lesiones.

No se vio afectada la formulación legal de la habitualidad, lo que permite seguir utilizando con plena vigencia en el análisis del artículo 173.3 las observaciones doctrinales realizadas con anterioridad sobre la misma.

### III. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL MAYORITARIA DE LA HABITUALIDAD EN EL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Sobre la **naturaleza de la habitualidad** como concepto penal se han formulado tres concepciones: subjetiva, objetiva y mixta.

Entendida subjetivamente, la habitualidad remite a una perspectiva criminológica en la que su contenido se llena con una determinada cualidad o condición del sujeto, aludiéndose,

---

habituales en detrimento del tipo de lesiones: BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*. Madrid, 2004, págs. 225-271.

11 MAQUEDA ABREU, «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», cit., pág. 1520, nota 13, y 1522, por todos.

por tanto, a una forma de ser más o menos duradera. Vista así, para la habitualidad no es bastante la mera repetición objetiva de actos, sino que comporta «una personalidad que se caracteriza por el hábito o costumbre contraídos a la comisión de delitos»<sup>12</sup>. Entendida en sentido objetivo, en cambio, la habitualidad consiste simplemente en la repetición de actos con una relativa frecuencia, sin reclamar ninguna actitud o disposición anímica del sujeto. Y, finalmente, en sentido objetivo-subjetivo o mixto, la habitualidad comporta no sólo la repetición de un determinado número de actos con relativa frecuencia, sino que dicha repetición aparezca como la expresión de que en el sujeto se ha formado un hábito, inclinación o tendencia a su realización<sup>13</sup>.

La posición doctrinal y jurisprudencial que hoy resulta absolutamente dominante en el delito de violencia doméstica es la que la entiende en sentido objetivo: la habitualidad consiste simplemente en la repetición de actos con una relativa frecuencia. Se rechaza expresamente que con esta característica se pretenda incriminar el hábito o la inclinación del autor por el ejercicio habitual de la violencia y se insiste en que se trata de una condición que se predica de la acción y no del sujeto<sup>14</sup>, que debe entenderse

---

12 ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona, 1986, págs. 122 y sgs.

13 Sobre este entendimiento de la habitualidad: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1986, págs. 504 y siguientes; CÓRDOBA RODA, *Notas a MAURACH, Tratado de Derecho Penal, V. 2*, Barcelona, 1962, pág. 473; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1972, pág. 728; POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto*, Sevilla, 1972, pág. 294, por todos, y la jurisprudencia muy mayoritaria: entre otras, STS 26 de diciembre de 1994, 20 de abril de 1995, 22 de diciembre de 1995.

14 Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, expresamente rechaza que la misma pueda ser concebida como un «elemento subjetivo del injusto», portador de casi una especie de «tipo de autor» inclinado a la realización de esos actos. Sin negar que en ocasiones el autor pueda ser efectivamente un sujeto psicópata o estar afectado de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, lo principal es que «el delito se construye a partir de la realización de actos objetivables en las condiciones citadas en el precepto, revelen o no esa clase de personalidad.» (*Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2003, pág. 122). Así también,

como concepto criminológico-social y no en términos jurídico-formales<sup>15</sup>.

Más minoritaria es la posición de quienes defienden una concepción mixta de la habitualidad, que aún considerando que lo determinante de su significado es el peligro objetivo para el bien jurídico que ofrece la repetición de actos, acaba configurándola como un elemento subjetivo del injusto, de tendencia, que determina una configuración del tipo como delito habitual o de hábito<sup>16</sup>. Como consecuencia, para aplicar el delito no bastaría con la prueba de los actos reiterados de violencia o del clima de violencia, sino que sería necesario constatar que tales manifestaciones violentas son consecuencia de la forma de entender el sujeto las relaciones familiares y de comportarse en el entorno afectivo y doméstico.

---

por todos, OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico de jurisprudencial*, cit., págs. 100-105, y DEL MORAL GARCÍA, "Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal", págs. 457 y sgs., en AAVV, *Encuentros "Violencia doméstica"*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, págs. 483-484; CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares, Nueva regulación*, cit., pág. 100. Asimismo, CUADRADO RUIZ Y CARMEN REQUEJO, «El delito de malos tratos en el ámbito familiar: el Código penal», en *La Ley*, 2000, n° 5072, pág. 3, y la Circular 1/1998, al entender que la habitualidad recogida en el artículo 173.3, no califica al sujeto sino a la acción.

- 15 JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 160; GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal*, n° 6, julio 2000, pág. 70, por todos.
- 16 GRACIA MARTÍN, en DIEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 1997, pág. 456-458 y siguientes. También DEL ROSAL BLASCO, "El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar", cit., p'gs. 369 y ss. insistiendo en que la habitualidad guardaba relación, sobre todo, con una forma de ser del sujeto y una forma de relación y comunicación con su pareja, con su cónyuge o sus hijos o familiares. El reconocimiento de la habitualidad como un elemento subjetivo del injusto de los delitos de tendencia es aceptada, por ejemplo, por POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto*, Sevilla, 1972, cit., pág. 294. Alguna jurisprudencia se ha hecho eco expresamente de este entendimiento de la habitualidad. Así, claramente, STS de 22 de abril de 1993 y por ejemplo, la SAP de Ciudad Real de 30 de septiembre de 1998, al sostener que la habitualidad se remite en el artículo 173.2 (art. 173.3) «a

Respecto a la naturaleza de los **actos de maltrato**, se estima indiferente que los actos violentos acumulados sean unos supuestos de violencia física y otros de violencia psíquica<sup>17</sup>. En todo caso, lo que sí es imprescindible es que los actos violentos que integran la habitualidad sean, cada uno de ellos, antijurídicos, pues los justificados (por el derecho de corrección, por ejemplo) no pueden fundamentar ni directa ni indirectamente ninguna exigencia de responsabilidad criminal<sup>18</sup>.

En cuanto al **número de actos** precisos para integrarla, en un primer momento, como ya se ha dicho, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria se pronunciaron reclamando claramente tres actos de violencia como el mínimo necesario para integrar la habitualidad<sup>19</sup>, criterio que durante la tramitación parlamentaria de la reforma de 1999 se defendió que debería ser mencionado expresamente en el precepto. El origen del número es jurisprudencial y probablemente su vigencia se debe a la inercia derivada

---

aquello que se padece con continuidad y por hábito, esto es, como modo de ser y de comportarse hacia determinada persona.» «Por tanto, no es necesario que se constate un número mínimo de conductas violentas, mínimo que no requiere el tipo, sino que los hechos que se acrediten demuestren esa actitud contraria a lo pasajero, efímero, discontinuo o aislado».

- 17 Para la cuantificación hay que sumar tanto los actos de violencia física como los de violencia psíquica. DEL MORAL GARCÍA, "Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal", cit., págs. 483-484.
- 18 Por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora/DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch. Col. Los delitos 25, Valencia, 2000, pág. 77.
- 19 En este sentido, JORGE BARREIRO, en *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 160; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico de jurisprudencial*, cit., pág. 91, con ulterior bibliografía y abundante cita jurisprudencial; TAMARIT SUMALLA, *La reforma del delito de lesiones*, Barcelona 1990, pág. 107 (es presumible que la jurisprudencia siga con el número de tres actos, lo que consideran un buen criterio); SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 440. Vid., para una visión global, SsTS de 20 de abril (Ar. 3532) y 22 de diciembre (Ar. 9442) de 1995 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, cit., págs. 179-180; NUÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., pág. 154, considera exigible la constatación de al menos tres actos de violencia.

desde el Código de 1848, que para la aplicación del tipo agravado de hurto habitual exigía tres o más hurtos con un intervalo mínimo de veinticuatro horas entre cada uno de ellos (artículo 428). Ahí probablemente se encuentra el origen de la tendencia doctrinal y jurisprudencial a asociar el concepto de habitualidad en la interpretación de los delitos de hábito con un mínimo de tres infracciones<sup>20</sup>. También la jurisprudencia mayoritaria optó por este criterio, absolviendo cuando no se conseguía probar la existencia de las tres o más agresiones necesarias<sup>21</sup>.

Este criterio, empero, pronto empezó a convivir con otro en el que, relativizando el número de agresiones, se considera suficiente la realización de dos actos de maltrato<sup>22</sup>. Se inicia,

---

20 CORTÉS BECHIARELLI, «Actos de violencia habituales en el delito de malos tratos familiares», en *El Derecho*, 2000, número 1301. Así, por ejemplo, con ocasión del artículo 546 bis a) (reos habituales de receptación), 415 (reos habituales de aborto) y 542 (delitos de usura), todos ellos del CP73 (pág. 3).

21 Así, por ejemplo, la SAP de Córdoba de 7 de septiembre de 1998, no aprecia el delito, dado que sólo se acredita la comisión de una falta de maltrato y otra de amenazas; la SAP de Tarragona, de 21 de diciembre de 1998, porque se acreditan únicamente dos faltas de lesiones y unos simples empujones, respecto de los cuales la víctima no pudo precisar ni las circunstancias de tiempo, lugar, ni la entidad de los mismos. El propio TS, aunque incidentalmente, ha reclamado también para la habitualidad en el ámbito familiar la realización de más de dos hechos: STS de 6 de mayo de 1999. Vid. reseña de resoluciones jurisprudenciales en las que el Tribunal Supremo ha admitido la habitualidad con sólo dos agresiones ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid, 2002, págs. 206-212.

22 Así, por ejemplo, la STS de 7 de julio de 2000, mantiene que para integrar la habitualidad es bastante con acreditar la realización de dos actos de acometimiento violento, añadiendo que el criterio que viene reclamando la presencia de tres acciones violentas al menos, no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad recogido en el artículo 94 del Código penal. Frente a ello, el Tribunal estima que lo relevante «es la repetición con frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de

así, un proceso en el que progresivamente se va dando menor significación al número de actos de violencia, que se considera poco determinante<sup>23</sup>, para insistir en la necesidad de constatar que con los actos de maltrato se ha generado un estado de violencia mantenido, que es el que fundamentalmente debe ser acreditado<sup>24</sup>. En apoyo de ello se argumenta a veces con que la definición legal de habitualidad no alude al número de realizaciones materiales precisas, lo que sería evidencia de que el número de hechos debe quedar, a lo sumo, como criterio indicativo<sup>25</sup>. Así, hasta ir consolidando la tesis que puede hoy considerarse claramente mayoritaria de que la prueba de dos únicas agresiones, o incluso de una sola, puede ser suficiente en la medida en que permitan inferir la existencia de un estado de violencia permanente<sup>26</sup>.

---

una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las tres valoraciones propias de cada acción individual.»

- 23 Así, expresamente, BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., pág. 119, advirtiendo que un entendimiento criminológico-social de la habitualidad permite que para su apreciación no resulte determinante el número de agresiones sufridas.
- 24 Vid., en este sentido, hoy mayoritario, entendiendo que lo importante es que se cree un clima de violencia permanente o sostenida, por todos, BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., págs. 119). MORENO VERDEJO, J.; «El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código penal: aspectos procesales y sustantivos», págs. 361-382. en AAVV, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II-2000*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia / Instituto de la Mujer, págs. 372-373 y «La función del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos. El menor de edad como sujeto pasivo del maltrato habitual», cit., pág. 270. En todo caso, lo importante es que quede acreditado un comportamiento humillante y vejatorio aplicado de forma sistemática.
- 25 MAQUEDA ABREU, «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», cit., pág. 1522, nota 34.
- 26 En términos parecidos, recomendando que la repetición capaz de integrar la habitualidad sea de al menos dos actos de violencia, junto con otros indicios valorativos que acrediten la existencia de una situación continuada de violencia, MORILLAS CUEVA, «El Derecho penal y la violencia doméstica», en AAVV, *Encuentros "Violencia doméstica"*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, págs. 276-278. Considerando abandonado por la jurisprudencia el criterio de los tres actos acreditados,

Este punto de vista ha encontrado buena acogida en la jurisprudencia, que cada vez lo utiliza más frecuentemente. Así, por ejemplo, STS núm. 1366/2000, de 7 septiembre, en donde fehacientemente se prueba una sola agresión y se alude genéricamente a otros actos de violencia que, en realidad, no han sido objeto de prueba concreta. Más allá llegan incluso otras resoluciones que prácticamente prescinden de la prueba concreta de alguno de los episodios violentos, yendo directamente a la constatación de que existe el “clima” de violencia característico de la habitualidad<sup>27</sup>.

El segundo requisito legal que expresamente menciona el artículo 173.3 para apreciar la habitualidad es el de la “**proximidad temporal**” de los actos de violencia que resulten acreditados. Conforme a la posición objetiva dominante, la finalidad de la exigencia legal es corroborar la situación de violencia permanente en que se desenvuelven las relaciones en el ámbito familiar. Sin embargo, más allá de consideraciones generales de este tipo, la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de proponer plazos concretos, habiéndose pronunciado por marcos temporales muy diversos<sup>28</sup>. Hasta cinco años<sup>29</sup>, hasta tres<sup>30</sup>, un año<sup>31</sup>, sólo durante

---

debiendo requerirse simplemente una pluralidad de actos, por todos, GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, «La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 Código Penal», en AAVV-COMAS DE ARGEMIR CENDRA (Dir.), *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial V-2001, Madrid, 2001, pág. 129.

- 27 Así, por ejemplo, SAP núm. 75/2001 Girona (Sección 3ª), de 21 junio, SAP núm. 381/2001 Sevilla (Sección 1ª), de 9 julio, que considera bastante la prueba de un acto concreto de violencia, enunciando simplemente y dando por sucedidos los demás que configuran ese estado generalizado de violencia.
- 28 En algún caso se ha estimado que la proximidad temporal de las agresiones debería haberse fijado en el precepto, para evitar que quede al arbitrio judicial, BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., págs. 119.
- 29 MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis Criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Cádiz, 2003, pág. 43.
- 30 OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico de jurisprudencial*, cit., pág. 107. No obstante, advierte que las

pocos días, con tal de que exista una situación sostenida de violencia<sup>32</sup>, o un criterio variable en función de las características propias de la relación de convivencia: por ejemplo, en atención a si los sujetos conviven diariamente o están separados, pero la violencia se repite “sistemáticamente” en cada reencuentro<sup>33</sup>. Vacilaciones a las que no ha sido tampoco inmune la jurisprudencia<sup>34</sup>. En todo caso, el plazo va conectado a los actos de maltrato, al “clima” de violencia generado por los mismos, y no se pone en relación con característica o actitud alguna del autor.

---

circunstancias de cada caso concreto pueden ampliar o reducir el mismo. Por ejemplo: la corta edad de la víctima, la dinámica de la relación de convivencia entre agresor y víctima, las circunstancias de la convivencia permanente u ocasional, etcétera, pueden ser datos a tener en cuenta a la hora de concretar y alargar o reducir el plazo señalado.

- 31 DEL MORAL GARCÍA, “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, cit., págs. 484-485, con apoyo en la jurisprudencia. En todo caso, considera que lo fundamental es la creación de ese clima de violencia característico del delito.
- 32 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», cit., págs. 212-217.
- 33 ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch. Col. Tirant Monografías 133, Valencia, 2000, pág. 113-114. De semejante opinión, NÚÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, cit., pág. 156.
- 34 El plazo de tres años ha sido tomado como referencia por algunas sentencias (SAP de Córdoba de 12 de febrero de 1999 y de 21 de abril de 1999). A dos años se refiere la STS de 24 de junio de 2000 y la SAP núm. 296/2001 Madrid (Sección 2ª), de 24 julio. También el de un año ha sido considerado como suficiente por el Tribunal Supremo (SsTS de 29 de abril de 1999 y 7 de septiembre de 2000) y la SAP núm. 83/2001 Murcia (Sección 5ª), de 30 julio. Seis meses son bastantes para la SAP Tarragona (Sección 2ª), de 10 julio 2001. Cinco meses aplica la SAP núm. 237/2001 Madrid (Sección 2ª), de 4 julio. No estima la conexión temporal, en cambio, por mediar más de un año, la SAP de A Coruña 19 de noviembre de 1997. Con todo, cada vez es más común que no se indique plazo alguno en el que se producen los actos violentos (SSTS 164/2001, de 5 marzo, y 1366/2000, de 7 septiembre). En todo caso, es dudoso el criterio sostenido por la SAP de Madrid de 15 de septiembre de 1998, apreciando la habitualidad en diversas agresiones que se producen en un lapso de nueve días. Más extrema aún, la STS núm. 164/2001, de 5 marzo, la aprecia cuando se producen cuatro agresiones en ocho días.

Para apreciar la habitualidad la fórmula legal del artículo 173.3 considera igualmente indiferente que dicha violencia se haya ejercido **sobre la misma o diferentes víctimas** de las comprendidas en el art. 173.2; precisión que ha recibido también una interpretación doctrinal coherente con el entendimiento objetivamente mayoritario de la habitualidad y que ha contribuido a ampliar sensiblemente los márgenes de aplicación de la figura delictiva.

Finalmente, resulta también indiferente para apreciar la habitualidad **que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores**, lo que supone proclamar legalmente que la toma en consideración de un acto ya “enjuiciado” para conformar después la habitualidad no supone violación alguna del *non bis in idem*, cuestión que había preocupado a la doctrina y a la jurisprudencia y que las primeras sentencias habían resuelto considerando que sí se lesionaba tal principio. Con esta salvedad legal –como ya se ha señalado– se pretendía obviar el absurdo político–criminal en que incurriría el precepto de otra manera, puesto que la denuncia sistemática de los actos de maltrato por parte de la mujer comportaría la imposibilidad de aplicar el delito de violencia doméstica, por cuanto sólo los actos anteriores no castigados podrían ser tomados en cuenta para configurarla.

Lo importante de todo ello, sin embargo, es que la declaración legal sirvió para zanjar como por ensalmo las dudas que hasta ese momento había mantenido la doctrina respecto de la posibilidad de que un mismo hecho pueda ser objeto de una doble valoración y castigo: una vez por su significación y relevancia individual, como delito o falta de lesiones, otra como parte de la habitualidad configuradora de la violencia doméstica. Así lo había entendido, por lo demás, la primera jurisprudencia, al plantear el dilema en el que se debatía el precepto, dado que «la habitualidad en las violencias será muy difícil de acreditar si las anteriores no fueron denunciadas y en el caso de que lo hayan sido y hayan sido objeto de enjuiciamiento y sanción (porque) este principio (se refiere al *non bis in idem*) impide que sean nuevamente pe-

nadas»<sup>35</sup>. Actualmente, la posición doctrinal mayoritaria, de base objetiva, no encuentra conflicto alguno entre el concepto legal de habitualidad y el *non bis in idem*<sup>36</sup>.

Semejantes problemas se han planteado cuando la anterior cuestión se observa desde la perspectiva de la **cosa juzgada**. Lo que se plantea aquí es si tomar en consideración hechos que ya han sido objeto de enjuiciamiento previo y respecto de los cuales existe ya una resolución judicial, supone vulnerar o no el principio procesal de cosa juzgada. En sentido favorable se ha manifestado algún autor y alguna jurisprudencia, si bien minoritarias. Así, especialmente, la SAP de La Coruña de 11 de noviembre de 1999, reclamando para la habitualidad «hechos condenables», en el sentido de que puedan ser legítimamente enjuiciados y objeto de condena en la sentencia que se pronuncie por el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2: «En otras palabras: la resolución anterior por tales hechos es cosa juzgada con todas sus consecuencias, no pudiendo revisarse ni ser contradicha después en otro proceso (*ne bis in idem*)”.

En sentido contrario se ha pronunciado la doctrina mayoritaria, que viene entendiendo que no producen efectos de cosa juzgada anteriores sentencias absolutorias o condenatorias que puedan haberse producido en relación a los actos de violencia que después se toman en cuenta para integrar la habitualidad. En relación con la previa existencia de sentencias absolutorias, porque lo único que impide la cosa juzgada es que tales actos vuelvan a ser sometidos a enjuiciamiento aislado, puesto que ya han sido objeto

35 SAP de Gerona, de 5 de junio de 1998. En términos parecidos, SAP de La Coruña, de 19 de noviembre de 1997.

36 FALCÓN CARO, *Malos tratos habituales a la mujer*, cit., págs. 133-135; MORENO VERDEJO, J.; «El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código penal: aspectos procesales y sustantivos, cit., págs. 378-381; BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., pág. 122; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», pág. 219, por todos. En cambio, en contra, CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, cit., págs. 83 y 86.

de una sentencia absolutoria<sup>37</sup>. Como consecuencia, la existencia de sobreseimiento libre o sentencias absolutorias no sería un obstáculo para volver a tener en cuenta los hechos enjuiciados a los solos efectos de apreciar la habitualidad<sup>38</sup>. Fundamentalmente porque no puede hablarse de los mismos hechos, dado que en el 173.2 se está contemplando una situación permanente y no episodios aislados de violencia<sup>39</sup>.

En la **valoración de la prueba** que se haga en el juicio para constatar la habitualidad el tribunal goza de plena libertad, hasta el punto de que no queda condicionado por lo que pueda haberse apreciado en juicios anteriores. Ello debe darse por cierto hasta el punto de que el Juez puede apartarse de las conclusiones fácticas de sentencias anteriores, de forma que los hechos que dieron lugar a dichas condenas deberán probarse de nuevo en el ulterior proceso<sup>40</sup>. En caso de que haya sentencias absolutorias recaídas sobre actos de violencia, puede igualmente el Juez discrepar de la valoración de la prueba y considerar que esos actos existieron

- 
- 37 BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., pág. 122; MORENO VERDEJO, «La función del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos. El menor de edad como sujeto pasivo del maltrato habitual», cit., pág. 278-280; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», cit., págs. 233-237.
- 38 MORENO VERDEJO, «La función del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos. El menor de edad como sujeto pasivo del maltrato habitual», cit., pág. 278, advierte que si se está siguiendo un procedimiento por maltrato habitual del art. 173.2 y existe un previo auto de *sobreseimiento provisional* por delitos o faltas de lesiones, nada impediría la reapertura del proceso por el concreto resultado lesivo, si aparecieran nuevos elementos probatorios y su acumulación a aquél.
- 39 DEL MORAL GARCÍA, «El delito de violencia habitual en el ámbito familiar», en *Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 299 y sgs. y «La habitualidad como elemento típico del delito del artículo 173.2 del Código penal: problemas concursales y procesales», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, pág. 231.
- 40 DEL MORAL GARCÍA, «La habitualidad como elemento típico del delito del artículo 173.2 del Código penal: problemas concursales y procesales», cit., pág. 230.

a efectos de la habitualidad, de manera que la absolución por tales actos de violencia no necesariamente implicará absolución por el delito de maltrato<sup>41</sup>. Todo ello, como consecuencia de que en la jurisdicción penal la cosa juzgada carece de eficacia prejudicial o positiva: es decir, lo afirmado o declarado probado en una sentencia firme no vincula en otros procesos posteriores. La sentencia penal produce la eficacia de cosa juzgada sólo en su sentido negativo, impidiendo una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad.

Finalmente, aunque la cuestión es debatida, debe recordarse también que conforme al criterio mayoritario pueden tomarse en cuenta para conformar la habitualidad **actos prescritos**. En este último sentido, la Circular 1/1998, estima que la prescripción de uno de los actos individuales impedirá que el mismo sea castigado, pero ello no puede afectar a una conducta distinta como es la violencia habitual, que no deja de existir por el hecho de que prescriba uno de los actos que la componen<sup>42</sup>. Así parece haberlo

---

41 DEL MORAL GARCÍA, A.; «La habitualidad como elemento típico del delito del artículo 173.2 del Código penal: Problemas concursales y procesales», cit., págs. 231-232. Con ello, insiste además el autor, no se vulnera el principio de cosa juzgada, toda vez que en el segundo proceso se valora una situación permanente y no cada episodio individualizado.

42 Así también DEL MORAL GARCÍA, «La habitualidad como elemento típico del delito del artículo 153 del Código penal: Problemas concursales y procesales», cit., pág. 230, entendiéndose que si las faltas anteriores están prescritas, no será posible la sanción de las mismas; aunque nada impide valorar esas agresiones a los efectos del artículo 173.2; también en «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», cit., págs. 493-494. Lo mismo, MORENO VERDEJO, J.; «El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código penal: aspectos procesales y sustantivos», cit., págs. 378-381 (lo mismo que las sentencias condenatorias o absolutorias previas y los autos de sobreseimiento libre); ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pág. 119; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora/DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pág. 73; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», cit., págs. 220-221; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.; «Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código penal», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Coord.); *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid, 2002, págs. 345-348; MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, *Aspectos*

confirmado también la STS 645/1999, 29 de abril: no se castigan las faltas por estar prescritas, pero se tienen en cuenta esos hechos para apreciar el delito de violencia habitual.

En definitiva, pues, conforme a la posición actualmente dominante, la habitualidad en el artículo 173.2 es de naturaleza objetiva, resultando lo determinante para su apreciación el clima de violencia que se deriva de la repetición de los actos de maltrato, cualquiera que sea el número de los mismos, incluso si los actos se dirigen contra distintos sujetos, tanto si han sido juzgados como no, e incluso si están prescritos, sin que ello plantee problema alguno para principios como el *non bis in idem*, la cosa juzgada o la prueba en el proceso penal.

¿Pero realmente ello es así? Personalmente, creo que algunas de esas posiciones y criterios interpretativos que gozan de tan amplio consenso pueden ser, cuando menos, discutibles.

#### IV. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL MAYORITARIA DE LA HABITUALIDAD

##### **1. La pretendida naturaleza objetiva de la habitualidad: de la “habitualidad” al “clima de violencia” como fundamento central del injusto**

¿Cuál es el sentido de la habitualidad en el artículo 173.2? ¿Puede entenderse la habitualidad efectivamente en términos estrictamente objetivos? Y, sobre todo: ¿cuál es el significado propio de la habitualidad como elemento fundamentador o agravador de la responsabilidad criminal?

El sentido de la habitualidad en el ámbito penal ha sido siempre el mixto, más que el propiamente subjetivo, en la medida

---

criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar, Bilbao, Servicio Editorial. Universidad del País Vasco, 2003, col. Derecho núm. 15, págs. 98-99.

en que combina realización de un hecho y un hábito<sup>43</sup>. Lo que se corresponde, además, con el significado propio del término. Según el DRAEL, “habitualidad” es: “Cualidad de habitual.”. “Habitual”: “Que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”. “Hábito”: “Modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas. Facilidad que se adquiere por larga y constante práctica en un mismo ejercicio.”

En definitiva: la habitualidad remite necesariamente a una cualidad o característica personal del sujeto, adquirida por la repetición de actos, por la práctica o por el ejercicio reiterado de una actividad. Comporta, por consiguiente, al menos como uno de sus elementos, una componente personal, subjetiva. Lo que objetivamente se hace, la repetición de actos iguales o semejantes, sólo puede adscribirse al concepto de habitualidad cuando ello es reflejo de un “modo especial de proceder o de conducirse”, o algo “que se hace por hábito”. En la habitualidad, la repetición objetiva de un mismo o semejante comportamiento es, pues, la materialización de una actitud subjetiva particular. Podrá discutirse la intensidad de esa disposición anímica, incluso supeditarla, dándole mayor importancia, al elemento objetivo, pero desde luego no puede desconocerse que en la habitualidad junto a la conducta debe tenerse en cuenta también la inclinación, la cierta “afición” del sujeto a la realización de un hecho. No hay, pues, una habitualidad exclusivamente “objetiva”. Hablar de habitualidad “del” maltrato o habitualidad “de” los actos violentos, como algo desconectado del autor, como si los actos violentos encarnaran la

---

43 Así, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal* I, cit., pág. 728: “La habitualidad criminal tiene su origen en aquella ley biológica en virtud de la cual un acto, a medida que se repite, exige menos esfuerzo para ser realizado. Por ello no basta una multiplicidad de actos delictivos. Es preciso que la repetición se haya incorporado al carácter del sujeto surgiendo el efecto propio de todo hábito.” “La habitualidad depende de un *quid* que no es originario, sino adquirido. Por ello puede describirse como la condición personal del individuo que con su persistente actividad criminal da muestras de haber adquirido una notable actitud para cometer delitos.” (definición de ANTOLISEI).

habitualidad y fueran una realidad con existencia propia, desvinculada de la actitud de la persona que lo realiza, es, sencillamente, una desfiguración grosera del concepto de habitualidad.

Así, con esa mixtura de realización y ánimo, es como ha venido interpretando tradicionalmente la jurisprudencia el concepto de habitualidad en sentido criminológico (el que se dice que está recogido en el artículo 173.2), concibiéndola como la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre, como la usual y acostumbrada comisión de actos delictivos<sup>44</sup>. En el pasado, se habrá discutido cuál es el contenido de la habitualidad en el ámbito concreto de que se trate (en la receptación, a efectos de sustitución de penas privativas de libertad, etc.), pero hasta la aparición del delito de violencia doméstica no se produce ese anclaje definitivo de la habitualidad exclusivamente en el comportamiento, como una característica objetiva del mismo<sup>45</sup>. El art. 88, el 94, consideran a la habitualidad -como no podía ser de otra forma- una característica “del reo” que comete tres o más delitos. La exigencia de que haya de tratarse, además, de delitos comprendidos en un mismo capítulo, refuerza evidentemente el sentido esencial de la misma y sin el que la habitualidad carece de sentido, resaltando que el sujeto tiene una cierta proclividad, una cierta inclinación a cometer una cierta clase de delitos. Por tanto, un contenido mixto: la reiterada comisión de un hecho, como manifestación de una particular actitud subjetiva.

La insistencia de los partidarios de la concepción objetiva de la habitualidad en desplazarla y residenciarla exclusivamente

---

44 Así, entre muchas, STS de 17 de octubre de 1992, 11 de diciembre de 1992, 25 y 4 de febrero de 1968, 14 de abril de 1986. Vid., PERIS RIERA, “Comentario al artículo 94”, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, Tomo 3, EDERSA, Madrid, 1999.

45 Aunque es evidente que esa es una línea que se inicia probablemente con el empleo del término “habitual” en el artículo 184, en el acoso sexual, o en el 285, en el abuso de información privilegiada, en donde la habitualidad está empleada preferentemente en el sentido de simple repetición de un acto. Con todo, es evidente que esa reiterada realización de un hecho pone de relieve una cierta “afición” del sujeto a la realización del mismo.

en la conducta es una original mistificación que no encuentra apoyo ni siquiera en la letra del artículo 173.2, de cuya lectura resulta que la habitualidad no es -no puede ser- algo que esté y se confunda con los actos de violencia, sino una característica, una condición ajena y derivada de los mismos y que únicamente puede existir en el autor. El párrafo segundo del artículo 173.3 dice que “para apreciar la habitualidad... se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados”. O lo que es lo mismo, proclama una obviedad: que la habitualidad es algo que se deriva de la comisión repetida de actos, pero distinto de los actos en sí repetidos.

Siendo así, la cuestión es, pues, otra: ¿Por qué la insistencia en aferrarse a un concepto objetivo de habitualidad que no es ni legalmente ni conceptualmente sostenible? Pues, evidentemente, para tratar de evitar las dificultades que significa tener que admitir que en el contenido central del injusto del delito de violencia doméstica se está teniendo en cuenta una actitud personal, una forma de ser, una particular forma de afrontar las relaciones afectivas, con las dificultades que semejante fundamento plantea en un Derecho penal del hecho.

El legislador, en vez de utilizar los términos “habitualidad” y “habitualmente”, como hace en el artículo 173.3 (y ocasiones ha tenido para rectificar), podía haberse servido de otros vocablos o expresiones como “reiteración del maltrato”, “repetición de actos violentos”, “violencia mantenida o frecuente”, “clima de violencia”, “situación duradera o mantenida de maltrato”, etc., que habrían situado -esos sí- el injusto del delito en la simple constatación fáctica de que se ha repetido un acto de violencia o se ha generado un clima de agresión permanente. Sin embargo, recurrió y sigue recurriendo al término habitualidad, lo que se ha visto como un problema para la fundamentación de la responsabilidad criminal, y ante lo que la doctrina ha respondido con la acrítica reinención del concepto de habitualidad, en una bienintencionada huida hacia delante, muy representativa de la actitud general que doctrina y jurisprudencia han mantenido y mantienen en la interpretación del delito de violencia doméstica

habitual. La habitualidad ha acabado convirtiéndose en un “estado de agresión permanente” o en un “clima de violencia”, que probablemente es lo que debía haberse situado como fundamento del injusto, pero que son otra cosa distinta de la habitualidad. Estas referencias sí que permitirían una fundamentación estrictamente objetiva del delito y su empleo habría servido para evitar algunos de los problemas interpretativos ahora planteados; la habitualidad, mal que pese, no. Al final, sin embargo, lo que se ha producido ha sido un cambio radical en la fundamentación del delito de violencia doméstica habitual: de un injusto legalmente integrado por elementos objetivos y subjetivos (habitualidad) se ha pasado a un injusto estrictamente objetivo, basado exclusivamente en la realización de hechos de maltrato a lo largo de un determinado de período.

La sustitución de la habitualidad por el “clima” de violencia en que se encuentra el sujeto pasivo responde a ese propósito de ver la habitualidad desde la perspectiva de la víctima y no desde la del autor, lo que constituye un tránsito indispensable cuando quiere situarse la habitualidad en los hechos y no en el agresor. Con ello, además, se hacen menos visibles los problemas de compatibilidad que ofrece la interpretación objetiva mayoritaria con principios como el *non bis in idem* o la cosa juzgada, disolviendo dentro del “clima” de violencia los actos violentos realizados, que, diluidos en ese nuevo elemento, pueden ser tomados en cuenta sin (aparentemente) problema alguno, incluso si han sido ya previamente sobreseídos, absueltos, condenados o haber prescrito. Del mismo modo, el desplazamiento del “hecho de maltrato” al “estado de agresión permanente” ha supuesto también eludir algunas de las graves dificultades de prueba que ofrece este tipo de hechos: ya no es preciso probar fehacientemente tres o, al menos dos, actos violentos de maltrato, sino que basta con acreditar la generación de una situación, sin necesidad de probar los actos concretos que la provocan.

Y finalmente, la cuestión que late en el fondo de los distintos planteamientos: ¿todo esto para qué? ¿es preferible un concepto objetivo de habitualidad que uno mixto? ¿es mejor para

la aplicación del artículo 173.2 un entendimiento objetivo de la habitualidad que uno mixto?

Como casi siempre: depende. Desde luego, es evidente que un concepto con contenidos subjetivos conectados a la manera de ser puede verse como la sugerencia de conexiones con un denostable Derecho penal de autor que conviene mantener lo más alejado posible. Sobre todo si se piensa que en una concepción mixta debe ser objeto de prueba tanto la realización de los hechos cuanto la inclinación del sujeto a manifestarse violentamente con las personas de su entorno doméstico<sup>46</sup>. Desde esta perspectiva, y concebidas con este propósito, son comprensible las interpretaciones del artículo 173.2 que tratan de propiciar una concepción objetiva de la habitualidad, por entender que ello es político-criminalmente más deseable.

Tales propósitos, sin embargo, por bienintencionados que sean, son dudosamente leales con el verdadero sentido de los términos y conceptos típicos y, lo que es más importante, no son la única posibilidad que se ofrece para alejar al delito de violencia doméstica habitual de cualquier relación con el Derecho penal de autor. Y desde luego, lo que no es correcto es afirmar que un entendimiento objetivo de la habitualidad es el que mejor se corresponde con el precepto legal y con el sentido auténtico del término.

La primera posibilidad que se ofrecía (que se sigue ofreciendo) para alejar el delito de violencia doméstica de la peligrosa vecindad que supone fundamentar el injusto en el carácter o en la forma de ser del sujeto, era, como ya se ha dicho, no haber usado el término habitualidad, sino haber recurrido a otros vocablos o expresiones como “reiteración del maltrato”, “repetición de

46 Así lo ha reconocido también con toda claridad GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, cit., pág. 461: «decisivo ha de ser en todo caso la prueba de que en el autor se dé una inclinación o predisposición psíquica a la realización de actos violentos contra las personas que conviven con él, para lo cual será preciso realizar la correspondiente actividad probatoria pericial.

actos violentos”, “violencia mantenida o frecuente”, “clima de violencia”, “situación duradera o mantenida de maltrato”, etc., que habrían situado -esos sí- el injusto del delito en la simple constatación fáctica de que se ha repetido un acto de violencia o se ha generado un clima de agresión permanente.

La segunda posibilidad sería asumir directamente que en la violencia doméstica reiterada se lesiona un bien jurídico “realmente” distinto a los individuales de los que son titulares los sujetos pasivos de los actos de maltrato continuados; lo que, entre otras ventajas, tendría la de evitar los problemas de respeto al *non bis in idem* que, como veremos a continuación, ofrece el concepto de habitualidad. Tal bien jurídico podría construirse en torno a las relaciones familiares (seguridad de los convivientes en un grupo familiar, convivencia familiar respetuosa de la dignidad de sus miembros...), buscando la semejanza con delitos como, por ejemplo, el abandono de familia, en donde se sanciona también el incumplimiento de deberes y derechos básicos derivados de la pertenencia a un núcleo familiar y convivencial y que tienen que ver con la propia seguridad personal. Para ello, sería preciso romper con el actual conglomerado de situaciones típicas y diferenciar claramente, dando lugar a modalidades delictivas distintas, entre las que se refieren al ámbito familiar, afectivo o doméstico y las que tienen que ver con relaciones de dependencia de personas especialmente vulnerables. Probablemente el lugar sistemático más adecuado para ambas figuras sería dentro del Capítulo III (“De los delitos contra los derechos y deberes familiares”) del Título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”) del Libro II.

En tercer lugar, incluso con la actual configuración del delito, podía haberse intentado una interpretación de la habitualidad respetuosa con el significado del concepto y los términos legales, que no comporte un cambio en la fundamentación del delito y que evite los problemas de legitimidad que supondría incorporar como fundamento de la responsabilidad criminal características personales del sujeto. Para ello bastaría con reconducir el componente subjetivo de la habitualidad a un elemento subjetivo del

injusto, posibilidad perfectamente aceptada por la doctrina<sup>47</sup>, y que no reclamaría la prueba de ninguna inclinación personal del sujeto, sino, simplemente, el propósito, conocido y querido por el mismo, de manifestarse violentamente de forma continuada con los sujetos pasivos, cualquiera que fuera la causa última de ese comportamiento. La realización de los continuados actos objetivos de maltrato resultaría ser, pues, la materialización de un propósito mantenido en el tiempo de abordar las relaciones con las personas de su entorno familiar o afectivo en términos de dominio personal sobre los mismos; elemento subjetivo del injusto, cifrado, pues, en esa voluntad, en ese ánimo, de relacionarse con determinadas personas en términos objetivos de maltrato duradero.

De esta forma, este entendimiento “mixto” de la habitualidad ya no contemplaría una “manera de ser”, una particular “disposición o inclinación personal”, o un “peculiar carácter” del autor, sino una manera de comportarse, una forma de enfocar y abordar las relaciones con las personas de su entorno más inmediato. Entendido así, el ánimo del sujeto que reclama la habitualidad cumpliría los efectos propios de los elementos subjetivos del injusto; muy en especial el de diferenciar entre el delito de violencia doméstica habitual y la repetición del maltrato episódico, debido a circunstancias excepcionales, y que tan difícil resulta de delimitar ahora con las posiciones objetivas. Asimismo, tendrían mejor solución que la que ahora reciben otros aspectos que han determinado en la práctica una ampliación excesiva del delito de violencia doméstica, como veremos a continuación.

---

47 El reconocimiento de la habitualidad como un elemento subjetivo del injusto de los delitos de tendencia es aceptada, por ejemplo, por POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto*, Sevilla, 1972, cit., pág. 294. Alguna jurisprudencia se ha hecho eco expresamente de este entendimiento de la habitualidad. Así, claramente, STS de 22 de abril de 1993 y por ejemplo, la SAP de Ciudad Real de 30 de septiembre de 1998, al sostener que la habitualidad se remite en el artículo 173.2 (art. 173.3) «a aquello que se padece con continuidad y por hábito, esto es, como modo de ser y de comportarse hacia determinada persona.» «Por tanto, no es necesario que se constate un número mínimo de conductas violentas, mínimo que no requiere el tipo, sino que los hechos que se acrediten demuestren esa actitud contraria a lo pasajero, efímero, discontinuo o aislado».

## 2. La ampliación del ámbito de aplicación del delito

Las consecuencias que en la interpretación del delito ha tenido el tránsito desde la habitualidad al “clima de violencia” son muy variadas y las pondremos de relieve después. En general, el cambio en la fundamentación del injusto ha favorecido una ampliación muy notable del ámbito de aplicación del delito. Probablemente porque la visión objetiva de la habitualidad se ha dejado arrastrar por un estado de opinión claramente predispuesto a favorecer la expansión del delito, minimizando en ocasiones con dudoso rigor los obstáculos que podían oponerse a ello.

Ello ha sido particularmente evidente en seis aspectos, que serán los que brevemente comentaré a continuación: (1) la interpretación de la proximidad temporal entre los actos violentos y la indiferenciación de los sujetos pasivos de la violencia; (2) la prueba de los actos violentos capaces de integrar la habitualidad; (3) la compatibilidad con el *non bis in idem*; (4) el tratamiento dado a la cosa juzgada en relación con la habitualidad; (5) la toma en consideración de los actos prescritos, y (6) el concurso de delitos.

### A. Proximidad temporal entre los actos violentos y la indiferenciación de los sujetos pasivos de la violencia

La primera consecuencia que ha tenido el cambio de fundamentación del delito ha sido (“haciendo de la necesidad virtud”) reconducir a un entendimiento objetivo de la habitualidad requisitos legales que con lo que tienen más sentido es con una concepción mixta de la misma. Así, por ejemplo, la exigencia de proximidad temporal entre los actos violentos, en realidad, propiamente se corresponde con la dimensión subjetiva de la habitualidad, en la medida en que permite ver el recurso a la violencia como una predisposición del autor, como una forma usual de trato o como un ánimo específico (visto como elemento subjetivo del injusto) y no como esporádicas y aisladas reacciones de agresividad; constatación que es indispensable cuando debe

acreditarse una cierta tendencia o actitud anímica del sujeto. Esa exigencia, sin embargo, se ha derivado sin dificultad a la teoría del “clima de violencia”, con el fin de diferenciar igualmente entre lo que es un agregado circunstancial de episodios violentos y lo que es un estado de violencia mantenida.

Sin embargo, parece necesario convenir en que la capacidad de contención de la expansión del delito que tiene la habitualidad, entendida en sentido objetivo-subjetivo, es superior a la que ofrece la tesis del “clima de violencia”. Cuando lo que se necesita es probar una cierta tendencia, actitud o ánimo agresivo mantenido del sujeto, se hace mayor la posibilidad de entender que no integra la habitualidad el agregado circunstancial de comportamientos violentos, que pueden deberse, por ejemplo, a circunstancias emocionales excepcionales que no acreditan una verdadera inclinación violenta del sujeto. Habría, pues, actos de maltrato reiterado, pero no habitualidad; posibilidad de diferenciación, que, sin embargo, se hace verdaderamente difícil de establecer cuando para configurar la habitualidad hay que atender exclusivamente a los actos violentos realizados; aquí el silogismo es directo: hay maltrato reiterado, hay habitualidad y, por tanto, delito.

También la **indiferencia de los sujetos pasivos de la violencia** legalmente establecida se corresponde mejor con un concepto mixto de habitualidad que con uno exclusivamente objetivo. En efecto, conforme a este último, el fundamento de la responsabilidad criminal tiene que estar necesariamente basado en la mayor carga de injusto que supone la lesión repetida del mismo bien jurídico: el “clima de violencia”, se dice, es más grave, comporta un mayor contenido de injusto, que el que es propio de cada acto concreto de maltrato. Considerando que lo protegido es —como piensa la doctrina mayoritaria— la integridad moral de la víctima, el “clima de violencia-habitualidad” habría de significar necesariamente una lesión cualitativa y cuantitativamente mayor de la integridad moral que la que supone un único acto de maltrato. Pero como la integridad moral es un bien jurídico individual, esa mayor lesión del interés protegido sólo puede producirse cuando

los maltratos afectan siempre al mismo o a los mismos sujetos, puesto que si se tratara de personas distintas, los lesionados serían bienes jurídicos diferentes y no podría afirmarse ya con rigor que la habitualidad supone una intensificación de la lesión “del” bien jurídico protegido, puesto que los lesionados habrían sido varios. Lo coherente, pues, con la protección de un bien jurídico de carácter individual como la integridad moral es entender que la reiteración necesaria para conformar el clima de violencia debe recaer sobre la misma o las mismas personas. Es decir: que para apreciar el delito en relación a un determinado sujeto será preciso que él concretamente haya sido sujeto pasivo de los actos de maltrato que se consideren necesarios para configurar la habitualidad. En definitiva, que concretamente él ha sido víctima de, al menos, dos o tres actos acreditados de violencia.

Con un entendimiento mixto, en cambio, es menos significativo quién reciba concretamente el maltrato, puesto que lo esencial es poner de manifiesto que el sujeto ha hecho de la violencia una forma de comunicación con su entorno. Lo determinante resulta ser que, aunque la violencia se haya aplicado en cada ocasión sobre un sujeto distinto (una vez sobre el hijo propio, otra sobre el cónyuge, ascendiente, pupilo, hijo de la pareja, etc.; dando lugar a las correlativas lesiones de la integridad moral de cada uno de los sujetos afectados directa o indirectamente por el maltrato), la repetición del mismo comportamiento acredita el propósito mantenido del autor de manifestarse violentamente en sus relaciones con quienes le rodean. Lo que, por una parte, facilita la aplicación del delito, pero, por otra, reduce drásticamente las posibilidades de concurso, puesto que también habría que apreciar un único delito cuando fueran varias la personas que reciben los dos o tres actos de maltrato que habría precisado la apreciación de la habitualidad respecto de cada uno de ellos.

La tesis del “clima de violencia-habitualidad”, sin embargo, ha conseguido superar las “limitaciones” a la aplicación del delito que podrían derivarse de una tesis mixta. En primer lugar, porque ha entendido, por cierto casi siempre con razón, que quien vive en el mismo entorno que el destinatario del particular acto

de maltrato sufre también derivadamente las consecuencias del mismo, aunque no haya sido él el objeto concreto del comportamiento violento. Todos los que conviven con el específicamente agredido son, pues, tan sujetos pasivos como él mismo del acto de maltrato, lo que amplía sustancialmente las posibilidades de apreciar la habitualidad. En segundo lugar, porque con un entendimiento así se hacen perfectamente posibles y se multiplican las opciones de apreciar en concurso real tantos delitos del artículo 173.2 cuantos sean las personas inmersas en el “clima de violencia”; como, por lo demás, veremos que hace la doctrina objetiva mayoritaria.

#### *B. Prueba de los actos violentos integrantes de la habitualidad*

En cuanto referida a la componente objetiva de la habitualidad, es ésta una cuestión que puede plantearse en semejantes términos cualquiera que sea el entendimiento que se mantenga de la misma. Tiene que ver con las obvias dificultades que presenta la prueba de los episodios violentos en un mundo cerrado como es el familiar y en unas relaciones que generalmente se desenvuelven en el ámbito de lo íntimo, y censura la posición jurisprudencial que ha encontrado la solución a ese evidente problema en la relajación de los procedimientos acreditativos de la realidad de los actos constitutivos de violencia, con el expediente de que lo decisivo es que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de permanente agresión<sup>48</sup>: el tantas veces aludido “clima de violencia”.

---

48 En sentido contrario, acertadamente, la SAP de Barcelona, de 20 de mayo de 1999, diferenciando entre que no es preciso que los actos de violencia configuradores de la habitualidad hayan sido previamente constatados en sentencia firme; y la necesidad, en cambio, de que a través de todos los medios de prueba disponibles (testificales de la víctima o de terceros, partes médicas de lesiones, intervenciones policiales, denuncias presentadas, etc.), valoradas en conjunto, se ponga de manifiesto «una continuidad y reiteración en el tiempo (reiteración que deberá apreciarse cuando se acrediten más de tres

Por el contrario, el artículo 173.2 obliga a atender para apreciar la habitualidad “al número de actos de violencia que resulten acreditados”, sin que pueda producirse en ningún caso un debilitamiento de los derechos y garantías individuales<sup>49</sup>. Ello significa que los actos de violencia han de resultar efectivamente “acreditados”, lo que es equivalente a exigencia de prueba individual de cada uno de ellos en el proceso<sup>50</sup>. O lo que es lo mismo: deben quedar suficientemente evidenciados y situados cronológicamente conforme a los principios y medios de prueba válidos los actos de violencia de los que pueda inferirse la existencia de habitualidad o, si se quiere, el clima de violencia<sup>51</sup>.

Como consecuencia, para apreciar la habitualidad será necesario probar fehaciente y detalladamente como mínimo más de un episodio concreto (“actos”) de violencia física o psíquica, sin que baste la convicción genérica del tribunal de que efectivamente se ha generado un clima de violencia que perturba las relaciones entre los sujetos. Incluso puede darse por buena la reclamación de que para afirmar la habitualidad en el caso de las violencias

---

actos de violencia física, siguiendo la línea acotada por el Tribunal Supremo respecto a la usura y las receptación antedichas).»

- 49 En este sentido insisten CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, cit., págs. 77-82 y MARTÍNEZ RUIZ, J.; «Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Coord.); *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, págs. 449-491, con especial referencia a la presunción de inocencia.
- 50 Así también, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, cit., pág. 231-234 y BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, cit., pág. 121, por todos.
- 51 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», cit., págs. 226-229 y CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, cit., págs. 77-82, por todos. Correctamente, en este sentido, la SAP núm. 237/2001 Madrid (Sección 2ª), de 4 julio. Recurso de Apelación núm. 79/2001. (JUR 2001\287271), que condena sobre la prueba de tres episodios violentos concretos bien delimitados.

psíquicas debe requerirse una mayor repetición o continuación de los actos que cuando se trate de violencias físicas<sup>52</sup>.

### C. Compatibilidad con el *non bis in idem*

Igualmente, el entendimiento exclusivamente objetivo de la habitualidad hace más patentes las dificultades que el mismo encuentra para convivir en buena armonía con el principio *non bis in idem*.

En efecto, cuando se ve a la habitualidad como una sucesión de comportamientos constitutivos de delito o falta, es evidente que el castigo, primero como infracción penal particular, y luego por el 173.2, como partes integrantes del “clima de violencia” configurador de la habitualidad, contrasta de principio con el fundamento del citado principio. Las fricciones son menores (aunque planteadas con rigor, se mantienen), en cambio, con un entendimiento mixto, puesto que el injusto del artículo 173.2 se apoyaría tanto en las agresiones previamente producidas cuanto en la actitud del sujeto, lo que haría posible castigar por una parte, como delito o falta, los maltratos producidos, y por otra, en el 173.2, integrando con ellos la habitualidad<sup>53</sup>.

Como ya ha quedado expuesto, conforme al criterio de la doctrina mayoritaria no sería en absoluto contrario al *non bis in idem* tomar en cuenta un hecho ya condenado para apreciar la habitualidad. La razones fundamentales de ello estarían en que el bien jurídico tutelado en los maltratos eventualmente condenados con anterioridad es distinto del que se protege en el artículo 173.2, lo que determina que sea también diferente el fundamento de la

---

52 Así, DEL MORAL GARCÍA, “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, cit., pág. 480.

53 Así parece reconocerlo la STS núm. 1974/2001, de 25 octubre, al advertir que los concretos actos de violencia sólo tiene el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello el anterior enjuiciamiento de estos actos no impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto de concurso de delitos y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento.

pena que se impone por el delito de violencia doméstica, haciendo perfectamente posible la duplicidad de las mismas. Además -se dice- de que la toma en consideración de las posibles condenas anteriores únicamente sirve para fijar el punto de partida en que apoyar la actividad probatoria nueva y que debe estar dirigida a acreditar el clima de violencia permanente sufrido por la víctima, que es el que realmente sirve de fundamento para una posible condena por el delito del artículo 173.2<sup>54</sup>.

Pero las cosas pueden verse de otra manera. Más allá de la retórica y de brillantes formulaciones, encubridoras de la verdadera realidad de las cosas, lo cierto es que si conforme a una comprensión objetiva de la habitualidad ésta reside en los actos que la integran, necesariamente el contenido de una y otros tiene que ser semejante. Si los actos repetidos de maltrato son capaces de integrar el “clima de violencia-habitualidad” es porque tienen un contenido lesivo semejante al de éstos. Si los actos violentos crean el “clima de violencia” característico de la habitualidad es porque son de similar naturaleza, contenido y efecto lesivo y provocan las consecuencias que, intensificadas, caracterizarían a la habitualidad. La habitualidad, pues, tendrá un contenido acumulado, más intenso si se quiere, pero semejante al que tienen individualmente considerados los actos de maltrato que se toman en cuenta para integrarla. Por tanto, esa diferencia de fundamento no está tan clara como se pretende.

Esa similitud sólo podría romperse de dos formas. Una, entendiendo que la “habitualidad-clima violencia” supone un cambio cualitativo y no meramente cuantitativo en relación con

---

54 OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico de jurisprudencial*, cit., pág. 112. Así lo puso también de relieve la Circular 1/1998: «La violencia habitual es una actividad permanente que no cabe señalar cometida en momentos concretos sino que, aunque se manifieste en actos susceptibles de ser singularizados, se despliega durante todo el tiempo y también en el lapso de tiempo que media entre los concretos actos de violencia. Una cosa es la conducta de violencia habitual y otra distinta los individuales actos que componen aquélla. La violencia habitual es algo más que la mera suma de los actos en que se manifiesta.»

los agregados parciales que la constituyen. Sólo en ese caso podría decirse que es distinto el bien jurídico que protegen una y otros y sería aceptable, por consiguiente, la tesis mayoritaria. Conforme a una concepción objetiva, sin embargo, no parece posible apreciar en la habitualidad esa transformación sustancial, puesto que el “estado de agresión permanente” está provocado, es resultado, está conformado necesariamente por los actos parciales de agresión que la configuran y no es desconectable de ellos. No es algo distinto de los actos de maltrato, sino la consecuencia final de los mismos. Únicamente desde una concepción mixta o subjetiva de la habitualidad podría, efectivamente, separarse la significación de los actos y la de la habitualidad, como reveladora de una especial disposición anímica del sujeto. De manera que, frente a lo que quiere darse a entender, por tanto, no es tan claro que la lesión que suponen los actos de maltrato ya castigados y la habitualidad sean tan distintas como para no plantear problema alguno con el *non bis in idem*.

En realidad, la única forma de acabar claramente con los problemas de respeto al *non bis in idem* sería asumiendo directamente que en la violencia doméstica reiterada se lesiona un bien jurídico distinto a los individuales de los que son titulares los sujetos pasivos de los actos de maltrato. Como ya he anticipado tal bien jurídico podría construirse, a mi juicio, en torno a las relaciones familiares (seguridad de los convivientes en un grupo familiar, convivencia familiar respetuosa de la dignidad de sus miembros, etc.) siguiendo el modelo del abandono de familia, que sanciona también el incumplimiento de deberes y derechos básicos derivados de la pertenencia a un núcleo familiar y que tienen que ver en última instancia con la propia seguridad personal de sus miembros. Para ello, sería preciso romper con la actual mezcla de situaciones típicas, diferenciando claramente entre las figuras delictivas dirigidas a la protección del ámbito familiar o afectivo y las que tienen que ver con relaciones de dependencia de personas especialmente vulnerables.

#### D. Relación con la cosa juzgada

Tampoco es tan indiscusa como se pretende la aplicación que se hace de la cosa juzgada en el delito de violencia doméstica y que concluye afirmando que pueden integrar la habitualidad sin problema alguno, no ya sólo, como acabamos de ver, hechos condenados con anterioridad, sino otros de los que el sujeto ha sido anteriormente absuelto o que han sido sobreseídos libremente. Asimismo, se mantiene que la prueba que pueda haberse hecho en los procesos anteriores por los actos de maltrato en nada influye en la que se lleve a cabo posteriormente a efectos de apreciación de la habitualidad, hasta el punto de poder dar por existentes hechos que fueron declarados expresamente no sucedidos en una sentencia absolutoria anterior. Y todo ello —otra vez— sobre la base de que en el delito de maltrato habitual la situación enjuiciada es distinta de la que se contempla en cada uno de los actos violentos que han sido objeto de los anteriores pronunciamientos.

Me limitaré a recordar el sentido último de la cosa juzgada, tanto en su vertiente formal como material, y que constituye un derecho fundamental reconducible, bien al derecho a un proceso con todas las garantías, bien al derecho a la tutela judicial efectiva, bien al propio principio de legalidad<sup>55</sup>. Su consecuencia más básica, directamente ligada al *non bis in idem*, es la imposibilidad de que quien ha sido condenado o absuelto sea sometido a otro proceso cuyo objeto coincida con el decidido por la sentencia firme anterior o por el auto de sobreseimiento libre o de archivo de la causa por inexistencia o falta de tipicidad del hecho. Lo que vale incluso en los casos de error en la calificación jurídica de los hechos que dieron lugar a la sentencia absolutoria previa. Así lo ha declarado, con palmaria claridad, el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones y no convendría ni olvidarlo ni relativizar su significado<sup>56</sup>.

55 Vid., por todos, ALMAGRO NOSETE/ TOMÉ PAULE, *Introducción a al Derecho Procesal. Procesal penal*, Madrid 1994, págs. 347 siguientes y GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, pág. 683 y siguientes.

56 Vid., SsTC 94/1986 y 107/1989, por todas.

No repetiré de nuevo las objeciones que cabe hacer a esa pretendida diversidad de fundamento entre los actos de maltrato que conforman la habitualidad y el concepto de habitualidad misma, y que adquiere también aquí una importancia dramática para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que sostienen sobre esa supuesta diferencia de objeto procesal la mezquina y discutible aplicación que se hace de la cosa juzgada en el delito de violencia doméstica.

En todo caso, el inciso final del artículo 173.3 declarando indiferente “que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores” no puede necesariamente entenderse en el sentido de que constituye una patente de corso abierta a cualquier violación del *non bis in idem* o de la cosa juzgada. Primero, porque de ser así debería cuestionarse seriamente la constitucionalidad de tal proclamación. Segundo, porque ya es bastante con que se acepte sin prácticamente reserva alguna por la doctrina mayoritaria que el “enjuiciamiento en procesos anteriores” equivale a condenas anteriores, para entender también que acoge igualmente a todos los hechos absueltos o sobreesidos libremente, con lo que a la conculcación del *non bis in idem* (legalmente sancionada, eso sí) se uniría con toda su amplitud la de la cosa juzgada. Ante proclamaciones así, tan objetables, son ante las que, a mi juicio, la doctrina y la jurisprudencia deberían haber tenido una reacción más crítica y menos entusiasta a su aceptación. Lejos de cualquier cuestionamiento serio, en cambio, lo que generalmente se ha producido ha sido una potenciación indiscriminada de su alcance y efectos.

No se me oculta que en relación con los hechos previamente absueltos, es frecuente que la absolución sea debida a la retractación de la víctima, que probablemente presionada por el autor se desdice de sus manifestaciones iniciales en el curso del procedimiento. Pues bien, aun aceptando que ello es cierto en un buen número de casos, la solución no puede ser “ningunear” el principio de cosa juzgada, sino arbitrar eficaces mecanismos de protección de la víctima que le permitan manifestarse con toda libertad en el proceso; aplicando con mayor decisión, por ejemplo,

si es preciso, delitos como el del artículo 464, dirigido a garantizar la libertad y seguridad las partes. Utilizando con decisión los recursos penales disponibles es como deben resolverse los problemas y no vaciando de contenido principios garantísticos básicos como el de la cosa juzgada.

En todo caso, y más allá de bienintencionadas apreciaciones, resulta rechazable, a mi juicio, la posibilidad reconocida en términos prácticamente absolutos de revisar en el juicio posterior la prueba realizada en los anteriores y que dio lugar a la absolución, al sobreseimiento libre o al archivo de las actuaciones. Por más que se pretenda ocultar, cuando la habitualidad se residencia en los actos de violencia, la prueba de la misma comporta necesariamente constatar si se han realizado o no los actos de maltrato, en qué condiciones, sobre qué sujetos, de qué manera, por lo que vuelven a valorarse de nuevo los hechos ya juzgados antes y respecto de los cuales se declaró la imposibilidad de declarar cualquier responsabilidad penal. Volver sobre ello es, se quiera o no, hacer al mismo hecho objeto de un proceso posterior, aunque en la segunda ocasión se utilice una calificación jurídica distinta.

#### *E. Actos prescritos*

Tanto o más discutible que todo lo anterior es el criterio de que los actos prescritos pueden ser tomados en cuenta para integrar la “habitualidad-clima de violencia”. La posición de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, ya expuestas, es que el comportamiento violento puede prescribir, en efecto, como delito o falta, pero no prescribe en cuanto revelador del clima de sujeción y amedrentamiento continuo que sufre el sujeto pasivo, por lo que ninguna dificultad hay para tomarlo en cuenta en orden a la apreciación de un delito de violencia doméstica habitual del artículo 173.2 .

Lo que equivale a decir lo siguiente: el Estado renuncia a ejercer el *ius puniendi* y, por tanto, a exigir responsabilidad

alguna por el hecho prescrito, pero la significación penal del mismo resucita milagrosamente cuando se le integra como agregado conformador de la “habitualidad-clima de violencia”. Las objeciones que cabe hacer a esa pretendida radical diferenciación entre el maltrato y el clima de violencia ya han sido expuestas y no insistiré sobre ella. Baste decir que aquí también el reconocimiento de una diferencia sustancial entre uno y otro resulta esencial para el mantenimiento de la tesis mayoritaria.

Sin embargo, lo cierto es, otra vez, que tal tesis sobre los hechos prescrito está en abierta contradicción con principios que se consideraban generalmente aceptados en relación con la misma. Por ejemplo, que “una vez alcanzada la prescripción no es posible reacción penal alguna por ese hecho” o que “se veta a partir de ese momento toda posibilidad de valorar jurídico penalmente los hechos y de atribuir responsabilidad penal por los mismos”<sup>57</sup>. Y ello debe valer tanto si el hecho es objeto de consideración individual como si se le toma en cuenta como agregado de un concepto más amplio.

#### *F. Concurso de delitos*

También las posibilidades concursales se han visto favorecidas por una interpretación decididamente partidaria de ampliar las consecuencias punitivas de la violencia doméstica. Una concepción subjetiva o mixta, en cambio, restringe las posibilidades de concurso de delitos, pues si lo que en último término define a la habitualidad es la consideración del maltrato reiterado como la manifestación de una inclinación personal o de un ánimo especial, una primera condena por el artículo 173.2 impediría ya aplicar otras futuras, pues ello vulneraría el *non bis in idem*. Del mismo modo, la pluralidad de víctimas debería valorarse como

---

<sup>57</sup> Vid., por todos, GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho penal*, Madrid, 2003, pág. 27 y sgs (las citas son de las págs. 27 y 28).

factor de la medición judicial de la pena, pero no daría lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos<sup>58</sup>.

Las concepciones objetivas de la habitualidad, en cambio, son más proclives a la apreciación de hipótesis concursales, tanto si se trata de la estimación de varios delitos de violencia doméstica que se suceden en el tiempo, cuanto de la eventual aplicación de varios de ellos cuando son también varios y distintos los sujetos afectados a la vez por los actos de maltrato.

En relación con el primer caso, la posición dominante considera que la existencia de una sentencia condenatoria rompe la unidad delictiva y permitirá a partir de ella construir una nueva infracción del artículo 173.2 con los actos violentos posteriores que se hayan realizado<sup>59</sup>. Sí resultaría contrario al *ne bis in idem*, en cambio, una segunda sentencia condenatoria por hechos que podían haberse acumulado al proceso en el que se dictó la primera sentencia condenatoria por violencia habitual<sup>60</sup>.

Del mismo modo, la doctrina mayoritaria no encuentra obstáculo alguno para apreciar un concurso de delitos del artículo 173.2 cuando la violencia habitual se aplica contemporáneamente sobre distintos sujetos, lo que permitiría estimar tantos delitos de violencia doméstica cuantos sean los sujetos que han sufrido directa o indirectamente los actos de maltrato configuradores de la habitualidad<sup>61</sup>. Lo único que se discute es si resulta preciso que los sujetos pertenezcan al mismo ámbito doméstico o

---

58 Así también, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 451 y «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 482.

59 DEL MORAL GARCÍA, «La habitualidad como elemento típico del delito del artículo 153 del Código penal: Problemas concursales y procesales», cit., pág. 235.

60 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», cit., págs. 229-232.

61 GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pág. 73, compartiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado.

convivencial, de manera que cada entorno familiar dará lugar a una infracción del artículo 173.2<sup>62</sup>, o si se puede estimar incluso cuando los diversos comportamientos violentos se producen sobre sujetos distintos que pertenecen a ámbitos domésticos diferentes y desconectados entre sí<sup>63</sup>.

A mi juicio, ni siquiera desde una concepción estrictamente objetiva de la habitualidad se justifican algunas de las posibilidades concursales que acepta mayoritariamente la doctrina. Por ejemplo, aplicar tantos delitos de violencia doméstica cuantas sean las víctimas del maltrato habitual, aunque resulta perfectamente coherente con una visión individual del bien jurídico protegido, es discutible que sea la única solución posible y que no haya otras opciones interpretativas tanto o más acordes con el sentido real del artículo 173.2 y con la indiferenciación legal de los sujetos en orden a la habitualidad.

Si lo que para la doctrina mayoritaria fundamenta el injusto del artículo 173.2 es el estado de violencia permanente que se genera con los actos de maltrato, la idea de particularizar “cada clima” en función de “cada sujeto afectado”, y en base a ello apreciar tantos delitos como sujetos pasivos, resulta absolutamente artificial. En realidad, no puede decirse que el sujeto haya creado “distintos climas” de violencia permanente en relación con los distintos sujetos destinatarios de los maltratos, sino que hay una única situación de violencia que pesa por igual sobre

---

62 “Si se está ejerciendo reiterada violencia sobre varios hijos y el cónyuge, habrá un único delito del artículo 173.2. Pero si simultáneamente se produce maltrato respecto del ex-cónyuge, tendremos dos delitos del artículo 173.2 en concurso real” (DEL MORAL GARCÍA, “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, cit., págs. 485-486). También de la misma opinión, GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., pág. 73, compartiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado y MORENO VERDEJO, J.; «El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código penal: aspectos procesales y sustantivos», cit., págs. 371-372.

63 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica», cit., págs. 217-219.

quienes comparten el entorno en donde la misma se produce. En los casos de sujetos pasivos múltiples, la indiferenciación legal de los mismos a efectos de habitualidad puede interpretarse en el sentido de que la pluralidad de sujetos no determina la correlativa pluralidad de delitos. De hecho, tal previsión responde a una realidad criminológica incuestionable y es que en los supuestos de violencia doméstica el autor no quiere, ni aunque quisiera podría hacerlo, limitar estrictamente los efectos del maltrato a una persona concreta, sino que, por lo general, el ambiente coactivo provocado pesa prácticamente por igual sobre todos los convivientes. El “clima de violencia”, por tanto, en el mismo marco convivencial, es el mismo para todos los sujetos, por lo que se corresponde perfectamente con el sentido del precepto penal entender que apreciar tantos delitos como personas afectadas, supondría exacerbar las consecuencias punitivas de un hecho que el Código trata unitariamente, aunque tenga un sujeto pasivo plural. En todo caso, a lo sumo, la única solución concursal aceptable sería la del concurso ideal de delitos (un mismo hecho que lesiona varios bienes jurídicos personales de diversos sujetos).

Del mismo modo, los “climas” susceptibles de integrar un delito deben ir referidos necesariamente a un entorno familiar o convivencial concreto. En relación a cada uno de ellos debe apreciarse la habitualidad, reclamando la concurrencia de los requisitos de la misma en cada contexto diferenciado. De hecho, las tesis contrarias, partidarias de apreciar el delito cuando los actos violentos precisos para configurar el clima de violencia se producen en marcos domésticos distintos, con lo que resulta verdaderamente coherente es con un entendimiento subjetivo de ésta, pero no con uno objetivo.

En relación con los concursos entre el delito del artículo 173.2 y los que puedan haber provocado los actos concretos de violencia física o psíquica acreditados a efectos de habitualidad deben hacerse también algunas precisiones.

La primera, que tal concurso no es posible cuando el acto concreto de violencia que ha sido tomado en cuenta para inte-

grar la habitualidad ya haya sido condenado antes de iniciarse el proceso por el delito de violencia doméstica<sup>64</sup>. En casos así se habría castigado dos veces, no ya sólo el mismo hecho (aisladamente y para integrar la “habitualidad-clima de violencia”), sino el mismo resultado (la salud, por ejemplo, cuando fue castigado aisladamente, y de nuevo ahora la salud, si se aplicara otra vez un delito de lesiones en concurso con el 173.2), lo que supondría una vulneración flagrante, por consiguiente, tanto del *non bis in idem* como de la cosa juzgada.

La segunda, que tampoco es posible el concurso cuando el hecho tomado en cuenta para integrar la habitualidad sea un delito contra la integridad moral, dado que ese mismo es el bien jurídico que se considera protegido en el artículo 173.2<sup>65</sup>, pues la apreciación conjunta de ambos violaría el *non bis in idem*, puesto que ambas figuras delictivas vendrían a sancionar lo mismo, castigándose el mismo contenido lesivo, por tanto, dos veces.

Fuera de estos casos, ninguna dificultad habrá para apreciar el concurso de delitos cuando el hecho que integra la habitualidad o el clima de violencia afecte a un bien jurídico distinto de la integridad moral, pues la diversidad de bienes jurídicos otorga distintos fundamentos a las respectivas penas, sin que se vulnere, por tanto, el *non bis in idem*.

## V. CONCLUSIONES FINALES

La colocación del concepto de habitualidad en el centro mismo del injusto del delito de violencia doméstica plantea serios problemas que, a mi juicio, no han sido convenientemente resal-

---

64 Así también, CAMPOS CRISTÓBAL, Raquel, «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico», en *Revista Penal*, nº 6, julio 2000, pág. 28.

65 Así también, GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos del delito de malos tratos», cit., pág. 82.

tados hasta ahora por doctrina y jurisprudencia. Por el contrario, el delito del artículo 173.2 y muy en particular el concepto de habitualidad han sido objeto de una interpretación demasiado complaciente, que ha ampliado, en ocasiones de forma desmesurada, el ámbito de aplicación de la figura, sin dar el relieve debido a los problemas que ello planteaba en relación con principios básicos del Derecho penal como el *non bis in ídem* o la cosa juzgada. Pareciera como si doctrina y jurisprudencia se hubieran dejado llevar también por la comprensible y justificada alarma y preocupación social provocada por la violencia doméstica, patrocinando todas aquellas soluciones interpretativas que venían a extender el ámbito y la severidad de la respuesta penal.

Como se ha visto, la habitualidad no puede ser correctamente entendida sino en términos objetivo-subjetivos o mixtos. Así es, además, como implícitamente la aborda la descripción del artículo 173.3. Sin embargo, el deseo de evitar las indeseables consecuencias que ello puede provocar en un Derecho penal de hecho, que debe castigar lo que se hace y no lo que se es, ha propiciado una bienintencionada serie de soluciones interpretativas dirigidas a cohonestar la habitualidad con los presupuestos y principios garantísticos de un Derecho penal moderno. La propuesta dominante ha sido la de convertir la habitualidad en un “clima de violencia”, cambiando con ello, como se ha expuesto, el fundamento del injusto del delito de violencia doméstica habitual.

Por añadidura, una buena parte de las soluciones interpretativas mayoritarias han supuesto ampliar, a mi juicio en demasía, el campo de aplicación del delito de violencia doméstica habitual, que ha gozado como pocos de una predisposición favorable a procurar su máxima vigencia. A pesar de todos los esfuerzos, sin embargo, no ha sido posible ocultar la debilidad última de las soluciones que se están aplicando, cuando se las enjuicia con el mismo rigor que se aplica a otras figuras delictivas.

A mi juicio, probablemente la única forma de hacer compatible una solución político-criminalmente aceptable al problema de la violencia doméstica con el respecto al *non bis in*

*idem* y a la cosa juzgada, que son al final los principios que se ven más seriamente comprometidos, sería asumiendo directamente que en la violencia doméstica reiterada se lesiona un bien jurídico distinto a los individuales de los que son titulares los sujetos pasivos de los actos de maltrato. Tal bien jurídico debería construirse en torno a las relaciones familiares o de convivencia estable, buscando la semejanza con delitos como, por ejemplo, el abandono de familia.