



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA**  
**PROFESIÓN DE ABOGADO**  
CURSO ACADÉMICO 2022 / 2023

**TÍTULO:**

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE**  
**MALTRATO HABITUAL, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA**  
**684/2021, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2021**

**WORK TITLE:**

**SOME THOUGHTS ABOUT HABITUAL MISTREATMENT**  
**CRIME IN THE LIGHT OF JUDGEMENT 684/2021, OF**  
**SEPTEMBER 15, 2021**

**AUTORA:**

**MARÍA FERNÁNDEZ GARCÍA**

**DIRECTORA:**

**PROFA. DRA. PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO**

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

## ***CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN A LA SENTENCIA 684/2021, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2021***

1. CUESTIONES PREVIAS .....	6
2. RELATO DE HECHOS PROBADOS.....	7
3. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN.....	8
3.1 SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 173.2 CP .....	9
3.2 CRITICA A LA INTERPRETACIÓN DE LA HABITUALIDAD QUE SOSTIENE TRIBUNAL SUPREMO .....	12
3.2.1 Concepto criminológico-social de habitualidad y estructura típica ....	12
3.2.2 La reiteración de actos de violencia irrelevantes penalmente y concepto de «violencia psíquica». ....	18
4. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES DE LA SENTENCIA .....	20

## ***CAPÍTULO II: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 173.2 CP***

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS .....	22
2. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	25
3. PROPUESTAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 173.2 CP .....	26
3.1. INTEGRIDAD CORPORAL O LA SALUD FÍSICA O MENTAL.....	26
3.2 LA PACÍFICA CONVIVENCIA ENTRE FAMILIARES O ENTRE PERSONAS CON ESTRECHAS RELACIONES DE AFECTO.....	29
3.3. LA DIGNIDAD HUMANA .....	31
3.4 LA INTEGRIDAD MORAL .....	31

3.4.1 Posición personal .....	34
-------------------------------	----

**CAPÍTULO III: CONDUCTA Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL ARTÍCULO 173.2 CP**

1. CONDUCTA TIPICA .....	36
1.1 CUESTIONES PREVIAS.....	36
1.2 EJERCICIO DE VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA.....	36
1.2.1 Ejercicio de violencia física .....	37
1.2.2 Ejercicio de violencia psíquica .....	38
1.2.3 Trascendencia penal de cada uno de los actos de violencia .....	40
1.3 EL CONCEPTO TÍPICO DE HABITUALIDAD.....	41
1.3.1 Concepto.....	41
2. ESTRUCTURA TÍPICA .....	44
2.1 EL ARTÍCULO 173.2 CP COMO DELITO DE RESULTADO.....	44
2.2 EL ARTÍCULO 173.2 CP COMO DELITO DE MERA ACTIVIDAD .....	45
2.3 PROPUESTA <i>DE LEGE FERENDA</i> .....	46
CONCLUSIONES.....	47

## INTRODUCCIÓN

Tanto la violencia doméstica como la violencia de género se han convertido en los últimos tiempos en dos fenómenos con un gran impacto sobre la conciencia social, siendo tales las circunstancias que han motivado la sucesión de varias iniciativas legislativas en estas materias<sup>1</sup>.

El delito de malos tratos habituales se tipificó por primera vez a través de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, concretamente mediante el artículo 425, y desde entonces ha sufrido varias reformas.

El Código Penal de 1995 pasó a tipificar el delito en el artículo 153 y lo hizo dentro de los delitos contra la salud e integridad física, a la vez que amplió el círculo de sujetos pasivos. Por su parte, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio modificó el mencionado precepto, incluyendo en la redacción a la violencia psíquica como nueva modalidad comisiva y también estableciendo los criterios legales para interpretar la habitualidad. Posteriormente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre pasó a regular la violencia habitual a través del artículo 173.2 CP y en el título de los delitos contra la integridad moral y no fue hasta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que se introdujo fundamentalmente la actual regulación.

No obstante, a pesar de las múltiples reformas que el delito de maltrato habitual ha sufrido, el Legislador penal no solucionó nunca los problemas de técnica legislativa que el precepto ha venido presentando, siendo este uno de los motivos por los cuales, en la práctica, resulta sumamente complejo aplicar esta figura delictiva. Además, dado que el maltrato habitual tiene lugar normalmente en la intimidad del hogar, en este delito se suscitan también grandes problemas de carácter probatorio.

---

<sup>1</sup> La violencia doméstica y la violencia de género no son expresiones equivalentes, por lo que no han de confundirse. La violencia doméstica es aquella que se ejerce sobre cualquier miembro del núcleo familiar, mientras que la violencia de género es aquella que se ejerce sobre la mujer por el mero hecho de serlo.

Toda esta situación ha generado la proliferación de un número importante de estudios doctrinales que tratan de abordar cómo mejorar la regulación de este tipo penal para lograr así que la intervención penal pueda configurarse como una herramienta útil de lucha contra este tipo de comportamientos.

Asimismo, el Tribunal Supremo, consciente de las dificultades que existen a la hora de aplicar este delito, ha decidido abordar en un reciente pronunciamiento judicial —que en términos de la propia sentencia se denomina como el «abecedario del maltrato»— en qué consiste el fenómeno del maltrato habitual de conformidad con la actual realidad social y cómo entiende el Alto Tribunal que ha de aplicarse e interpretarse correctamente el tipo penal del artículo 173.2 CP.

El propósito de esta investigación es realizar una exposición crítica de la vigente tipificación y aplicación jurisprudencial del delito de maltrato habitual y, para ello, se procederá al estudio la mencionada sentencia 684/2021, de 15 de septiembre de 2021, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuyo ponente es Vicente Magro Servet, y que aborda en profundidad la regulación e interpretación del delito, centrándonos fundamentalmente —debido a la breve extensión de este trabajo— en dos cuestiones esenciales que se abordan en esta resolución judicial, como son la determinación del bien jurídico protegido por el delito —por su importancia de cara a una correcta lectura de la conducta típica— y la interpretación del requisito típico de la habitualidad, que se erige como el elemento típico más esencial y determinante del tipo penal. A estos efectos, se manejará la bibliografía más relevante que existe en esta materia y también se emplearán algunos otros pronunciamientos judiciales, siendo el objetivo final poder otorgar una opinión fundada sobre estas cuestiones.

# **CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN A LA SENTENCIA**

## **684/2021, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2021**

### **1. CUESTIONES PREVIAS**

En la sentencia número 684/2021, de 15 de septiembre de 2021, también denominada como el «abecedario del maltrato», el Tribunal Supremo establece veintisiete características definidoras del maltrato habitual y del delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP.

Cómo veremos, este pronunciamiento judicial posee gran relevancia en lo que respecta a las reglas que rigen la valoración de la prueba en el delito, pero no logra zanjar las distintas discusiones doctrinales que se han sucedido en los últimos años en torno a dos cuestiones tan esenciales en este tipo penal, como son la determinación del bien jurídico protegido por el delito y la interpretación del elemento típico de la *habitualidad*. La resolución judicial aborda estos dos aspectos, pero lo hace recopilando la doctrina que el Alto Tribunal ya dictó en anteriores pronunciamientos, ignorando los inconvenientes que plantea.

Por tanto, el objetivo de este capítulo inicial del trabajo es estudiar esta resolución judicial que comentamos, haciendo hincapié en las dos cuestiones mencionadas, ya que no estamos de acuerdo con el criterio que sostiene el Tribunal Supremo al respecto, siendo este en verdad una consecuencia de la deficiente técnica legislativa empleada en este delito.

Así las cosas, lo primero que se hará es examinar el criterio del Tribunal Supremo y luego nos pronunciarnos muy sucintamente sobre la postura que se defenderá en este trabajo, dejando así apuntando lo que en mayor profundidad desarrollaremos mediante los capítulos II y III.

Asimismo, también reflexionaremos brevemente en esta primera parte del trabajo sobre aquellos aspectos que consideramos positivos del contenido de esta sentencia.

## 2. RELATO DE HECHOS PROBADOS

Maximiliano mantuvo una relación sentimental con Dulce durante dos años. Durante ese periodo, ambos estuvieron conviviendo en un piso en la ciudad de A Coruña junto con las dos hijas de ella, Maite y Elisa.

La relación entre ambos fue deteriorándose paulatinamente, en especial tras perder él su empleo, lo que le llevó a un consumo cada vez más frecuente tanto de alcohol como de cocaína. Tal situación motivó la sucesión de comportamientos agresivos por parte de él en el domicilio, primero hacia su pareja y después hacia las hijas de esta.

Tales conductas violentas van desde el control del teléfono móvil, la crítica a la gestión doméstica o la culpabilización a su pareja por la compleja situación personal que él vivía a los constantes insultos, entre ellos “puta” y “borracha”, así como regulares amenazas, consistentes en “te voy a matar”, “voy a dedicar mi vida a arruinar la tuya”, “té voy a rajar a ti a tu hija mayor en una esquina” o “las calles de Coruña pueden ser muy peligrosas”.

De esta forma, se creó en el domicilio un clima de terror y miedo que hizo que Dulce le sugiriese a Maximiliano que abandonase la vivienda. Sin embargo, él decidió permanecer en el domicilio, instalándose en el salón, alegando que carecía de recursos económicos y realizando expresiones relativas a un posible suicidio.

El 8 de septiembre de 2018 Maximiliano salió de la vivienda por la mañana, tal y como hacía siempre que disponía de dinero para consumir alcohol y cocaína. Por su parte, Dulce salió a las 19:30 para ir a trabajar, dejando sola en el piso a su hija Elisa, y encomendándole que la llamase cuando él regresase a la vivienda. Cuando él llegó, la hija le mandó un “Whatsapp” a su madre comunicándoselo. Él abrió la puerta de la habitación de Elisa, portando unos rollos de cinta aislante y la agarró y tumbó, golpeándole la cabeza contra el cabecero de la cama. Seguidamente, le quitó el teléfono móvil y la arrastró hasta la cocina, diciéndole que “quería que lo viese morir y se le quedase grabado”, y

cogiendo un cuchillo que posteriormente apoyaría a Elisa en el cuello, agarrando a la chica por las muñecas cuando intentaba huir.

Tras lo expuesto, Maximiliano volvió a arrastrar a Elisa, esta vez hasta la habitación de Dulce, empujándola sobre la cama y le apoyó de nuevo el cuchillo sobre el cuello, diciéndole que iba a morir. Tras inmovilizarla, le bajó por la fuerza los pantalones del pijama y las bragas y la penetró sucesivamente por vía vaginal y anal, propinándole además bofetadas y golpes para vencer su resistencia. A continuación, cogió a Elisa por la camiseta que aún llevaba puesta y la llevó a la cocina, la situó violentamente encima de la mesa, la despojó de la prenda superior y del sujetador y la volvió a penetrar vaginalmente, para después colocarle el cuchillo jamonero en el pecho y obligarla a practicarle una felación.

Tras ello, la llevó de nuevo con violencia al dormitorio, donde la penetró por vía vaginal en dos ocasiones. Entre una y otra, Maximiliano volvió a la cocina para coger el cuchillo, regresando después al dormitorio, en donde apoyó la punta en su propio pecho, haciendo amago de clavárselo, con lo que se causó una herida incisa superficial en la región esternal. En ese momento Dulce, alarmada porque su hija no respondía ni a sus llamadas ni a sus dos mensajes, regresó al domicilio, donde encontró a Maximiliano en la cocina, desnudo y portando el cuchillo, y a Elisa, que salía del dormitorio desnuda y llorando. Dulce ayudó a su hija y ambas escaparon de la vivienda.

Maximiliano sabía que Elisa se hallaba inmersa en condición de víctima en otro proceso judicial por un presunto delito contra la libertad sexual, del que habría sido víctima, y que sufría por ello un cuadro depresivo que le obligaba a estar sometida a control médico y a un tratamiento. Los hechos anteriormente descritos agravaron esta situación, por lo que Elisa sufre elevados niveles de ansiedad y tensión, síntomas depresivos e ideaciones suicidas. Por su parte, Dulce sufre malestar emocional como consecuencia de los acontecimientos descritos que le afectan negativamente en su vida cotidiana.

### **3. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN**

Como comentábamos, las dos cuestiones más importantes que se abordan en esta sentencia en relación con el delito de maltrato habitual son tanto la determinación del bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP como la interpretación del requisito típico de la habitualidad.

Así las cosas, a continuación, se expresará de forma introductoria la opinión que mantenemos al respecto, a fin de poder desarrollar tales cuestiones con claridad y en mayor profundidad a lo largo de los restantes capítulos de este trabajo.

### **3.1 SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 173.2 CP**

El Tribunal Supremo aclara en esta sentencia cuál es el concreto bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP y señala que este se identifica con la pacífica convivencia entre personas vinculadas por lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia. Sin embargo, la resolución también alude poco después a que, según la opinión mayoritaria en la Doctrina, el objeto de protección se correspondería con la integridad moral.

Existe, por tanto, una manifiesta discordancia entre el criterio jurisprudencial y la opinión doctrinal sobre el bien jurídico protegido por este delito, de la que es conocedora el Alto Tribunal y que interesa resolver, ya que la determinación del bien jurídico protegido —más allá de su indispensable función legitimadora y limitadora de la intervención penal— va a ostentar un papel importante a la hora de interpretar los distintos elementos objetivos del tipo y, sobre todo, a los efectos apreciar la habitualidad. En este último sentido, si la lesión del bien jurídico protegido depende de si se aprecia o no habitualidad en la conducta, tal elemento típico va a tener que manifestar necesariamente la idoneidad para vulnerar ese concreto objeto de protección del precepto<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Afirma NUÑEZ CASTAÑO al respecto que: *el comportamiento realmente prohibido es aquel que sea idóneo para vulnerar el bien jurídico que se protege (...) y este bien jurídico no se lesiona por la mera suma de actos violentos concretos, sino por la creación de un clima de violencia y angustia provocado por esa reiteración, que desemboca en un sentimiento de miedo, humillación e inferioridad de la o las víctimas del mismo* [NUÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (artículo 173.2 2 del Código Penal)», en *Revista de Estudios de Justicia*, n.º12 (2010), p. 131].

Además, la determinación del bien jurídico protegido va a permitir concretar, en otro orden de cosas, si el delito de maltrato habitual ostenta o no esa naturaleza unitaria que le atribuye el Tribunal Supremo al artículo 173.2 CP, es decir, que del carácter colectivo o individual del bien jurídico va a depender el hecho de que se condene al autor por solo por un delito—a pesar de que las conductas afecten a varias personas del núcleo familiar—, o que, por el contrario, se le atribuyan tantos delitos como sujetos pasivos del delito existan.

En este sentido, si el objeto de protección de la norma fuese un bien jurídico protegido de carácter colectivo, tal y como se propugna en este pronunciamiento judicial y, por ende, la titularidad correspondiese conjuntamente a todos aquellos sujetos pertenecientes al núcleo familiar, se apreciaría entonces la existencia de un único delito, tal y como sucede en este caso<sup>3</sup>, en el que se condena al autor por un solo delito de maltrato habitual, entendiendo que es posible apreciar la habitualidad independientemente de que la víctima no sea la misma en cada acto violento, en tanto que las víctimas se encuentran en el mismo ámbito convivencial y puesto que el bien jurídico protegido es la pacífica convivencia entre familiares o personas con análoga relación que convivan bajo el mismo techo.

Por el contrario, si se sostiene que el objeto de tutela en este delito es un bien jurídico de carácter individual, habría que entender que tendrían lugar tantos delitos como sujetos pasivos existan, produciéndose así un concurso de delitos<sup>4</sup>, lo que, en lo que respecta a la sentencia que comentamos, implicaría que

---

<sup>3</sup> Establece la sentencia que estamos comentando que: *[e]l maltrato habitual genera la existencia de un solo delito aun cuando ese clima habitual violento pueda afectar a varios de los sujetos pasivos mencionados en el precepto y sin perjuicio, claro está, del concurso real que pueda trazarse con los distintos delitos que contra bienes jurídicos individuales se hayan podido cometer en ese contexto relaciona. La pluralidad de sujetos afectados, insistimos, no transforma la naturaleza unitaria del delito del artículo 173.2 CP en tantos delitos homogéneos como personas mencionadas en el tipo hayan soportado directamente el clima habitual de violencia creada por el autor.*

<sup>4</sup> A este respecto véase, por ejemplo, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Ed. Atelier, Barcelona, p. 101 o RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 82 a 83.

Maximiliano sería autor no de un solo delito, sino de tres delitos de maltrato habitual, uno por cada una de las personas que convivían con él.

Así las cosas, en el presente trabajo no estamos de acuerdo con que el objeto que tutela el delito de maltrato habitual sea, tal y como se establece en la sentencia del «abecedario del maltrato», la existencia de una pacífica convivencia entre personas vinculadas por lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia.

Parece ser que el Tribunal Supremo, a la hora de identificar el bien jurídico protegido del artículo 173.2 CP, confunde el ámbito en el que las conductas violentas pueden tener lugar habitualmente —es decir, el entorno familiar o de la convivencia— con el interés objeto de tutela, cuya lesión responde únicamente a la habitualidad en la realización de los actos violentos.

Por tanto, creemos que el Legislador penal no pretendió que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual fuesen los lazos familiares, sino que entendió que son precisamente esos vínculos familiares o convivenciales los que determinan que el sujeto activo del delito pueda ejercer maltrato habitual sobre los sujetos pasivos y lesionar el correspondiente bien jurídico protegido<sup>5</sup>.

Lo más acertado a nuestro parecer, en consonancia con lo que propone la Doctrina mayoritaria, es que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual sea la integridad moral de cada uno de los sujetos pasivos.

Ahora bien, el hecho de afirmar que el bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP es la integridad moral plantea una importante dificultad, como es dotar de contenido material a esta expresión, que adolece de gran imprecisión. Esa será la labor que se efectuará a lo largo del capítulo II de este trabajo.

---

<sup>5</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 45.

## **3.2 CRITICA A LA INTERPRETACIÓN DE LA HABITUALIDAD QUE SOSTIENE TRIBUNAL SUPREMO**

### **3.2.1 Concepto criminológico-social de habitualidad y estructura típica**

El principal problema que plantea el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del CP en este caso y en todos es, como ya adelantábamos, la interpretación del elemento típico de la *habitualidad*<sup>6</sup>.

El Tribunal Supremo acoge en su sentencia del «abecedario del maltrato» un concepto material o criminológico-social de habitualidad, siendo esta una interpretación que, tal y cómo explicaremos a continuación, modifica a nuestro parecer la estructura típica del delito.

---

<sup>6</sup> BENITEZ JIMÉNEZ, M.J., «Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, p. 424.

La acción típica del artículo 173.2 CP consiste específicamente en el ejercicio de violencia habitual, ya sea esta física o psíquica<sup>7</sup>, por lo que la habitualidad se erige como el elemento típico más característico del delito<sup>8</sup>.

De esta forma, resulta preciso determinar qué se entiende por habitualidad y cómo debería interpretarse jurisprudencialmente este requisito, que constituye una exigencia típica trascendental de cuya apreciación va a depender que se aplique o no el delito.

A este respecto, se ha de partir del artículo 173.3 CP, que dispone que: *[p]ara apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado 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.*

---

<sup>7</sup> Artículo 173.2 CP: *[e]l que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.*

*En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.*

<sup>8</sup> Entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 218 o PÉREZ RIVAS, N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)», en *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, n.º 30 (2016) p. 179.

Por tanto, la constatación de la habitualidad pivota, según lo dispuesto en este precepto del Código Penal, sobre dos factores, a saber:

- Pluralidad de actos violentos
- Proximidad temporal<sup>9</sup>

La sentencia objeto del presente comentario, a pesar de que aspira a convertirse en referente tanto para el propio Tribunal Supremo como para tribunales inferiores a la hora de aplicar el delito de maltrato habitual, no realiza un cambio cualitativo o evolutivo en la interpretación que sobre el concepto habitualidad viene realizando el Alto Tribunal en los últimos años.

El Tribunal Supremo, con anterioridad al criterio material o criminológico-social que mantiene últimamente y que también sostiene en esta sentencia del «abecedario del maltrato», adoptó inicialmente un concepto de habitualidad opuesto, es decir, un concepto jurídico-formal, cuantitativo y constitutivo de la habitualidad, proveniente del concepto de habitualidad del artículo 94 del CP, que establece concretamente que: *[a] los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.*

Por tanto, la interpretación formal que sostenía primigeniamente el Tribunal Supremo exigía, el primer lugar, cuantificar el número de actos violentos realizados y, en segundo lugar, concretar el periodo temporal en el que estos tenían lugar para poder apreciar la existencia de habitualidad. En este sentido, entre otras múltiples sentencias, la STS n.º 752/2004, de 7 de junio, afirmaba que *para que exista ese requisito de la habitualidad como elemento principal del tipo, es imprescindible que, cuanto menos, se hayan producido tres actos de violencia*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> En este sentido, dispone también el artículo 173.3 CP que resulta indiferente que los actos de violencia hayan tenido lugar contra una persona o contra una pluralidad de sujetos pasivos, y también que tales actos hayan sido objeto de enjuiciamiento en anteriores procesos.

<sup>10</sup> STS n.º 752/2004, de 7 de junio (ponente: Gregorio García Ancos).

No obstante, en la actualidad, la sentencia que da lugar a este trabajo establece, de forma completamente contraria, que: *[l]a habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra, y que: [l]a apreciación de ese elemento de habitualidad no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos o intimidatorios. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad..*

El Tribunal Supremo reitera así, en este reciente pronunciamiento judicial, su ya conocida tesis criminológica-social del concepto de habitualidad del artículo 173.2 CP, según la cual, para apreciar la existencia de este requisito, es suficiente con la constatación de la *permanencia del trato violento*. De esta forma, en la sentencia del «abecedario del maltrato» se condena al autor por un delito del artículo 173.2 CP, al llegar el juez a la convicción de que el hombre había logrado crear en su familia un *clima de violencia y dominación* que generaba una atmosfera psicológica de malestar persistente en el tiempo para las víctimas, siendo ello consecuencia de los distintos actos de violencia física, verbal e incluso sexual sucedidos, cuyo número concreto no supone una circunstancia constitutiva, pero si indicativa de la habitualidad<sup>11</sup>.

Tal interpretación sobre la habitualidad responde, entre otros motivos, a las dificultades probatorias con la que se encuentran los jueces en este y otros tantos casos de maltrato habitual<sup>12</sup>, puesto que, tal y cómo pone de manifiesto el Alto Tribunal en esta sentencia, entraña gran complicación acreditar que se han producido un número concreto de actos de violencia y que además existió una proximidad cronológica entre ellos, al ser hechos que tienen

---

<sup>11</sup> Sobre el número de actos violentos como indicador y no como criterio constitutivo de la habitualidad, véase PÉREZ RIVAS, N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)», cit., p. 175.

<sup>12</sup> A este respecto, véase, por ejemplo, OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), pp. 287 a 289.

fundamentalmente lugar en la intimidad del hogar. A este respecto, la sentencia que estamos comentando establece concretamente que *[e]n la mayoría de las ocasiones, la única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado será precisamente el testimonio de la víctima*<sup>13</sup>.

Esta situación habría motivado, en buena parte, que el Tribunal Supremo haya entendido que lo determinante no puede ser —de forma contraria a lo que venía sosteniendo tradicionalmente este órgano— el hecho de constatar mediante una cifra y fecha los diversos actos de maltrato, bastando así para que se aprecie la habitualidad y, consecuentemente, se emita una sentencia condenatoria, con que el juez considere en base al testimonio de las víctimas que estas están viviendo un *estado de maltrato llevado a cabo de forma permanente*<sup>14</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, para el Tribunal Supremo, esta última corriente interpretativa tendría que ver no con las dificultades que a nivel probatorio presenta este delito, sino con el fundamento de su tipificación autónoma. Afirma el Alto Tribunal que una interpretación formal —consistente en la mera consideración de un número específico de actos de violencia en un concreto periodo de tiempo—, no lograría explicar el mayor desvalor que conlleva el maltrato habitual respecto de los delitos que integrarían esos actos individuales de violencia<sup>15</sup>, por lo que lo correcto a su parecer es sostener un concepto criminológico-social de habitualidad.

---

<sup>13</sup> Así también PÉREZ RIVAS, N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)», cit., p. 179.

<sup>14</sup> Así las cosas, en la sentencia objeto del presente comentario se establece que: *la propia declaración de la víctima ha llevado al tribunal a la convicción de ese estado de maltrato llevado a cabo de forma permanente en un hogar en el que las víctimas han descrito en el juicio el sufrimiento padecido y que [l]a habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático.*

<sup>15</sup> La sentencia que estamos analizando expone que: *[g]ana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. Asimismo, también establece que: [s]e sanciona la misma habitualidad, por cuanto supone un plus de reprochabilidad penal por una conducta típica,*

Ahora bien, llama poderosamente la atención que esta interpretación del concepto de habitualidad que mantiene el Alto Tribunal exija, como ya comentábamos, la constatación de la *permanencia del trato violento*, siendo ello algo que no contempla el propio tipo penal a la hora de apreciar la habitualidad.

MUÑOZ SÁNCHEZ entiende que este criterio interpretativo adoptado por el Tribunal Supremo sobre la habitualidad obliga a entender que el tipo penal, además del ejercicio habitual de violencia física o psíquica, requiere de la producción de un resultado, como es la permanencia en el trato violento<sup>16</sup>.

Sin embargo, estamos de acuerdo con SÁN MILLÁN FERNÁNDEZ cuando afirma que esta interpretación jurisprudencial que exige la existencia de un estado de agresión permanente es palmariamente contraria al principio de legalidad, puesto que exige un resultado material que no prevé el Legislador en el propio artículo 173.2 CP y que altera por completo la estructura típica del delito<sup>17</sup>.

Por tanto, teniendo presente que el artículo 173.2 CP no exige la existencia de ningún resultado típico, en este trabajo entendemos que el Tribunal Supremo tendría que acoger *de lege lata* un concepto jurídico-formal de habitualidad, consistente, como ya hemos comentado, en cuantificar el número de actos violentos que el sujeto activo ha cometido y en concretar que tales conductas han tenido lugar en un determinado periodo temporal.

---

*antijurídica, culpable y punible cuya perversidad se exterioriza por la reiteración, que es lo que le dota de autonomía frente a los actos individuales que conforman la habitualidad y sin que de ello pueda inferirse un atentado a la prohibición del bis in idem, al tratarse de una manifestación autónoma que el propio texto penal considera de forma independiente a cada una de las formas en las que se manifiesta esta actitud violenta.*

<sup>16</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, de BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (Coords.), Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 87 a 88.

<sup>17</sup> A este respecto, véase SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 144.

### 3.2.2 La reiteración de actos de violencia irrelevantes penalmente y concepto de «violencia psíquica».

Uno de los problemas que se plantea en relación con el concepto de habitualidad y que no resuelve la Jurisprudencia anterior ni tampoco la sentencia que venimos comentando es la falta de criterio sobre cuándo un conjunto de actos de violencia irrelevantes penalmente conforma una reiteración típica según el artículo 173.2 CP. Asimismo, tampoco concreta la Jurisprudencia qué conductas son calificables como actos de violencia, siendo ello algo indispensable de cara al posterior examen sobre la habitualidad de tales actos. A este último respecto, el principal obstáculo se encuentra, tal y cómo veremos, en la definición de la «violencia psíquica».

Entrando en la primera de estas cuestiones, el Tribunal Supremo afirma que a los efectos de apreciar la habitualidad *[l]o determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad*, aunque luego también se establece que *[e]l maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado, aunque se desdobra en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima*.

Lo cierto es que el hecho de que cada acto de violencia individualmente considerado pueda ser atípico y llegar a conformar una reiteración típica tiene más sentido que el hecho de sostener que todos los actos de violencia sean necesariamente típicos si atendemos al concepto criminológico-social de habitualidad que sostiene el Alto Tribunal, puesto que, de conformidad con este planteamiento, lo determinante no es que los actos de violencia tengan o no relevancia penal, sino que esos actos, independientemente de su tratamiento

penal, sean susceptibles de crear en su conjunto un *estado de agresión permanente*.

El Tribunal Supremo parece admitir y rechazar al mismo tiempo en la sentencia que aquellos comportamientos que inicialmente resultan atípicos puedan llegar a cobrar relevancia penal como consecuencia de su repetición.

Sin embargo, si se admite tal planteamiento, habrá necesariamente que concretar, como decíamos, un criterio que permita determinar cuándo la repetición de todos o algunos de esos actos carentes de relevancia penal conforma ese estado de agresión permanente que se exige para apreciar la existencia de habitualidad. En este sentido, aunque desde distinta óptica, afirma SAN MILLÁN FERNÁNDEZ que «será preciso establecer un criterio que permita determinar cuándo la repetición de actos, por sí mismo atípicos, merece un juicio de desvalor suficiente para ser considerada típica a los efectos del artículo 173.2 CP»<sup>18</sup>.

Asimismo, tal y cómo adelantábamos, el hecho de afirmar que según el artículo 173.2 CP un conjunto de actos violentos atípicos puede conformar una reiteración típica va a exigir también que tales conductas violentas, independientemente de su irrelevancia penal, sean en todo caso calificables como actos de violencia. El problema reside, como ya adelantábamos, en las conductas que son constitutivas de violencia psíquica, porque cualquiera de las manifestaciones de violencia física que se produzcan<sup>19</sup> sería ya típica según nuestro Código Penal<sup>20</sup>. Así las cosas, nos surge la duda de qué es lo que se ha de entenderse por violencia psíquica en el delito de maltrato habitual.

El Tribunal Supremo no ha definido ni el contenido ni las características más relevantes de esta modalidad comisiva, pero, para acometer tal labor, habrá que tener en cuenta la propia finalidad de la norma, por lo que previamente

---

<sup>18</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 130.

<sup>19</sup> El mero maltrato de obra se encuentra ya tipificado en el artículo 147.3 CP.

<sup>20</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 102.

tendremos que determinar cuál es el concreto bien jurídico protegido por el tipo que ahora analizamos<sup>21</sup>.

#### **4. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES DE LA SENTENCIA**

A pesar de lo anteriormente expuesto y de las conclusiones a las que se llegará a lo largo de este trabajo, la sentencia objeto del presente comentario realiza un importante esfuerzo por sistematizar y determinar las características del delito de maltrato habitual y, en especial, trata de concretar cómo ha de aplicarse e interpretarse este tipo penal en aquellos contextos en los que las mujeres son las víctimas y, por tanto, en los que existe una relación desigual y asimétrica de poder.

Se pone así el foco en la violencia de género como un grave problema social que motiva que el Derecho Penal deba convertirse de en un instrumento útil de combate contra la misma<sup>22</sup>.

Ha de valorarse positivamente que el Alto Tribunal, a la hora de juzgar, intente sensibilizar al sistema judicial sobre las cuestiones de género, y que trate de resolver y compilar en una única resolución judicial todas las dudas que plantea y podría llegar a plantear la aplicación jurisprudencial de este tipo penal, orillando de manera significativa la aplicación del artículo 173.2 CP<sup>23</sup>, que presenta una mejorable técnica legislativa.

Así, el Alto Tribunal señala que la habitualidad en los casos de violencia de género, más que acreditarse a través de un número de actos de violencia, ha de implicar la existencia de un estado permanente de maltrato, entendiendo así el Tribunal Supremo que la exigencia de producción de ese resultado cobra mayor relevancia que la propia realización de los actos, en un intento bien

---

<sup>21</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., pp. 93 a 94.

<sup>22</sup> TORRES DIAZ, M.C., *Abecedario del maltrato habitual: un paso más hacia la perspectiva de género en la justicia*. Disponible en línea en: [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es) [citado: 4 diciembre 2022].

<sup>23</sup> RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 36.

intencionado de que la redacción del tipo penal no obstaculice una intervención penal eficaz en esta materia y de evitar la impunidad de este tipo de conductas.

Consciente no solo de las dificultades de interpretación del tipo, sino también de la complejidad de aportar pruebas externas que constaten los hechos más allá del propio testimonio de las víctimas, el Tribunal Supremo ha afirmado que resulta posible articular la condena exclusivamente a través de la declaración de las víctimas, cuando resulte complicado aportar una prueba de corroboración de los hechos porque estos concurren en la intimidad del hogar. En este sentido, afirma el Alto Tribunal que: *es esta intimidad la que sirve para proteger al autor de los hechos frente a injerencias externas que pudieran proteger a las víctimas. Y es de esa intimidad del hogar de la que se prevale el autor de los mismos, ahora recurrente, para perpetuar sus ataques en la forma que se declaran ahora probados.*

Por tanto, existe una problemática en relación con la interpretación del tipo y también de índole probatoria que el Tribunal Supremo trata de superar para evitar la inaplicación del precepto, lo que supone una muestra de conciencia de este órgano judicial, que entiende que, frente al maltrato ocasional, la violencia habitual se erige como la más peligrosa y amenazante forma de violencia<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., *El Tribunal Supremo fija las características del delito de maltrato habitual*. Disponible en línea en: <https://blog.sepin.es> [citado: 4 diciembre 2022].

## **CAPÍTULO II: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL** **ARTÍCULO 173.2 CP**

### **1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS**

El Derecho Penal se rige por algunos principios limitadores, entre ellos el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que obliga a que el ejercicio del *ius Puniendi* o potestad sancionadora del Estado, cuando tiene lugar a través del Derecho Penal, se encuentre legitimada solo cuando sea necesaria la protección de un bien jurídico. En este sentido, afirma DE LA CUESTA AGUADO que los «ciudadanos exigen una justificación que explique —al menos ideológicamente— la intervención por la fuerza en el ámbito de sus libertades» No obstante, ello no implica que el fin de la norma penal sea salvaguardar bienes jurídicos, sino que el Derecho Penal persigue, en última instancia, el mantenimiento de un orden social concreto<sup>25</sup>.

Afirma OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO que «una norma incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado»<sup>26</sup>. Ese interés sería el bien jurídico protegido, es decir, el objeto efectivamente protegido por la norma penal<sup>27</sup> o «lo protegido» jurídico penalmente<sup>28</sup>. Desde esta perspectiva (*de lege lata*), el bien jurídico se concibe como la *ratio legis* de la norma penal y también se le confieren al bien jurídico importantes funciones dogmáticas de interpretación y sistematización del tipo.

No obstante, además de este último enfoque, el bien jurídico también ostenta una función limitadora del *ius Puniendi*. Tal planteamiento constituiría

---

<sup>25</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6 (1996), p. 155.

<sup>26</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Funciones y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Fasc /mes 1 (1990), p. 5.

<sup>27</sup> PÉREZ- SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 41 a 48.

<sup>28</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2006, p. 162.

una segunda forma de abordar el bien jurídico, es decir, desde una perspectiva político-criminal (*de lege ferenda*), según la cual el bien jurídico sería aquello que es «protegible» o digno de protección por el Derecho Penal, y que se constituye como «frontera máxima de lo punible»<sup>29</sup>, es decir, como límite al *Ius Puniendi* estatal.

El objetivo del presente capítulo será delimitar cuál es el objeto merecedor de tutela penal del artículo 173.2 CP desde un punto de vista político-criminal e indagar así sobre si «lo protegido» por este artículo según las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales resulta digno de protección penal e idóneo para cumplir con las funciones dogmáticas — fundamentalmente de interpretación— que se le atribuyen al bien jurídico.

Ahora bien, con carácter previo al estudio del bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP, resulta fundamental concretar qué se entiende por bien jurídico y cómo se determina cuándo este es merecedor de protección penal, puesto que no todo bien jurídico va a requerir de tutela penal, es decir, que no todo bien jurídico resulta ser un bien jurídico-penal<sup>30</sup>.

Por bien jurídico se entiende a una realidad, ya sea material o inmaterial y de titularidad individual o colectiva, que se convierte en bien desde el mismo momento en que la norma primaria le otorga protección<sup>31</sup>. Por tanto, la tipificación de una conducta exige la previa selección por parte del Legislador de aquel valor que, por su importancia para el orden social, merece de protección penal, y dicho valor se convertirá en bien jurídico-penal cuando se cree la norma penal protectora, también denominada norma primaria, que es aquella que prohíbe u

---

<sup>29</sup> MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Ed. B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002, p. 113.

<sup>30</sup> MIR PUIG, S., «Bien jurídico protegido y bien jurídico penal como límite del *Ius Puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 14 (1990), p. 205.

<sup>31</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit.,. 24.

ordena al ciudadano un determinado comportamiento por ser peligroso o lesivo para el bien jurídico<sup>32</sup>.

Tal norma primaria, según DE LA CUESTA AGUADO, distingue tres momentos normativos en su ámbito interno que se materializan en tres diferentes normas mediante las cuáles se establecen pautas de conducta de cara a la protección del bien jurídico. La primera sería la norma de valoración, —ya explicada, que consiste en un juicio de valor a través del cual la norma valora positivamente el interés y lo convierte en bien jurídico— la segunda sería la norma de conducta —que enuncia positivamente una conducta para la protección del bien jurídico— y la tercera consistiría en la norma de determinación o establecimiento de un mandato<sup>33</sup>.

El problema principal que plantea la norma de valoración comentada es determinar qué criterio se debe utilizar para entender qué es o no es un interés esencial para la vida en sociedad. Sobre este particular, la Doctrina ha adoptado dos principales teorías. En este trabajo, se aboga por la teoría constitucionalista del bien jurídico, que establece que es la Constitución —en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho— la que señala qué valores fundamentales son merecedores de tutela penal<sup>34</sup>. Por su parte, la teoría sociológica sostendría que son bienes jurídico-penales los valores que, según la mayoría, resultan indispensables para la conservación del orden social, planteamiento menos certero que el anterior, porque supondría que en función de la apreciación que se hiciese de realidad social existente podrían ir surgiendo continuamente diferentes bienes jurídicos.

---

<sup>32</sup> La norma secundaria, por su parte, que es aquella dirigida al juez y que asocia el establecimiento de una pena a la infracción de la conducta de la norma primaria (DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», cit., p. 167).

<sup>33</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», cit., pp. 163 a 167.

<sup>34</sup> CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 22 a 35.

En suma, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos exige la protección a un bien jurídico para poder legitimar la intervención penal. Afirma SILVA SÁNCHEZ que aquella norma penal que no proteja a un bien jurídico tiene una función puramente simbólica y no instrumental,<sup>35</sup> y, por tanto, carecería de fundamento material que justifique su adopción, algo que, en palabras de HASSEMER, implica una «intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo»<sup>36</sup>.

## 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual ha generado desde su inclusión en el Código Penal un gran debate doctrinal y jurisprudencial.

El problema a la hora de delimitar cuál es el objeto tutelado por el artículo 173.2 CP se relaciona fundamentalmente con tres cuestiones:

- La deficiente técnica legislativa empleada en la redacción del precepto.
- Los cambios en la ubicación sistemática del tipo en el Código Penal a lo largo de los años.
- Las constantes reformas que ha sufrido este delito, que incluyeron a otros posibles sujetos pasivos del delito e introdujeron el ejercicio

---

<sup>35</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. J.M Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 305.

<sup>36</sup> HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en *Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, de Hefendehl, R., (Coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 99.

de violencia psíquica como una nueva modalidad comisiva aparte de la violencia física<sup>37</sup>.

Resulta así fundamental llegar a una conclusión satisfactoria sobre este particular, y para ello habrá que detenerse en las distintas opiniones doctrinales sobre cuál es el concreto objeto de protección en este delito que legitima y orienta la intervención penal en este ámbito.

La Doctrina distingue concretamente entre cuatro planteamientos, siendo el mayoritario el que sostiene que el bien jurídico protegido es la integridad moral, aunque existen otras tres opiniones doctrinales, minoritarias, que suscriben otra opinión. De entre estas últimas, una parte entiende que el bien jurídico es la integridad corporal y la salud física o mental, mientras que la segunda entiende, en consonancia con el Tribunal Supremo, que lo es la paz familiar y la tercera afirma que lo que se protege es la dignidad de la persona.

### **3. PROPUESTAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 173.2 CP**

#### **3.1. INTEGRIDAD CORPORAL O LA SALUD FÍSICA O MENTAL**

Para ACALE SANCHEZ<sup>38</sup>, BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTIN<sup>39</sup>, y un sector minoritario de la Doctrina, el bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP es la integridad corporal y salud física y mental.

Los autores defensores de esta postura parten de la originaria ubicación del delito de maltrato habitual dentro del Título dedicado a las lesiones<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 19.

<sup>38</sup> ACALE SANCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 121 a 145.

<sup>39</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14 (2004), pp. 18 a 19.

<sup>40</sup> A este respecto, véase, por ejemplo, NUÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (artículo 173.2 2 del Código Penal)», cit., pp. 109 a 111.

Así, según CORTES BECHIARELLI «desde una perspectiva de política criminal el fundamento de este delito, el que constituye su auténtica *ratio essendi*, es, precisamente, acortar el enorme e insalvable abismo punitivo existente entre el delito de lesiones, que se consuma cuando se cumplen, acumulativamente, los requisitos típicos de la primera asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico posterior, y las faltas de lesiones y maltrato de obra»<sup>41</sup>. Por tanto, según este autor, el delito de malos tratos habituales pretende tipificar mediante el criterio de la habitualidad ataques físicos y, posteriormente, psíquicos contra personas que mantengan un especial vínculo con el sujeto activo y que antes eran constitutivos de mera falta y ahora, tras la eliminación del Libro III del Código Penal en el año 2015, se erigen como delitos leves de lesiones y maltrato de obra según el artículo 147 apartados dos y tres del Código Penal<sup>42</sup>.

Reconoce CORTES BECHIARELLI que este delito se encuentra muy vinculado a otras figuras delictivas, pues los distintos actos violentos que sirven para acreditar la habitualidad pueden atender contra distintos bienes jurídicos ya protegidos por otros tipos penales. No obstante, a pesar de ello, sostiene que estos no serán siempre lesionados, por lo que, a la hora de concretar el bien jurídico del artículo 173.2 CP se ha de estar a aquel interés que pueda verse afectado siempre y en todo caso, como sucedería con la integridad física o la salud<sup>43</sup>. De esta forma, el delito de maltrato habitual se concibe como un delito de peligro abstracto, que pretende anticipar la barrera de protección penal antes de que se produzca la lesión del bien jurídico, por lo que la habitualidad vendría a poner en peligro la integridad corporal<sup>44</sup>.

La consideración del delito como de peligro abstracto pretende soslayar el problema que le plantea a estos autores la existencia de la cláusula concursal

---

<sup>41</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 44.

<sup>42</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 34.

<sup>43</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 45.

<sup>44</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 28.

que prevé el tipo, y que obliga a sancionar en concurso los resultados que se materialicen como consecuencia de esos los actos de violencia. Señala en este sentido OLMEDO CARDENETE, con buen criterio, que el hecho de reconocer que la integridad corporal es el bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP implicaría asumir la vulneración del principio *non bis in ídem*, ya que se produciría una doble valoración de los hechos con el mismo fundamento<sup>45</sup>. Conscientes de ello, los autores que defienden esta postura, sostienen, tal y como lo hacen BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTIN, que «cuando las infracciones penales en concurso comparten el mismo bien jurídico ello tampoco supone necesariamente infracción del indicado principio, en particular si entre las mismas se aprecian momentos de valoración diferentes respecto a diversas formas de ataque a ese bien jurídico (peligro-lesión) o elementos típicos de valoración sustancialmente diversos (habitualidad-acto aislado, acción con resultado-acción sin resultado)»<sup>46</sup>. No obstante, en contra de este planteamiento, ya advirtió CASTELLÓ NICÁS que si el bien jurídico protegido fuese la integridad corporal y la salud, sería preciso sancionar siempre los hechos a través de los delitos de lesiones porque, para el caso de que no se produjese un resultado, existiría también un delito de lesiones no consumado, pero si en grado de tentativa<sup>47</sup>.

Así las cosas, habrá que entender que el delito de maltrato habitual tutela un bien jurídico distinto al de las lesiones. Tal es así que, de hecho, frente a la inicial incorporación del delito en el título relativo a las lesiones, en la actualidad, el artículo 173.2 se sitúa en el Título VII del Libro II del Código Penal, que es el que se corresponde con los delitos contra la integridad moral.

---

<sup>45</sup> OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 38 a 39.

<sup>46</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», cit., p. 33.

<sup>47</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, de MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), Ed. Edersa, Madrid, 2002, p. 70.

### 3.2 LA PACÍFICA CONVIVENCIA ENTRE FAMILIARES O ENTRE PERSONAS CON ESTRECHAS RELACIONES DE AFECTO

Otro sector doctrinal plantea, de conformidad con el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora comentamos, que el objeto de tutela en el delito de maltrato habitual es la pacífica convivencia entre familiares o entre personas con estrechas relaciones de afecto.

La sentencia objeto de análisis del capítulo I de este trabajo señala concretamente que:

*[c]on el maltrato habitual el bien jurídico que directa y específicamente protege el artículo 173.2 del Código Penal es la pacífica convivencia entre personas vinculadas por los lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia a las que el propio tipo se refiere<sup>48</sup>.*

Tal es la conclusión a la que ha llegado también en los últimos años el Tribunal Supremo en múltiples de sus sentencias —con algunas excepciones<sup>49</sup>—, y la que defiende ACALE SÁNCHEZ, quien afirma que: «si el legislador ha decidido castigar las violencias ejercidas en el ámbito familiar y asimilados y no en otros, (...) ha de entenderse que el bien jurídico protegido tiene que estar relacionados con estas características que distinguen los actos de violencias típicas (...), es decir, tiene que estar relacionado con la esencia o

---

<sup>48</sup> Afirma JIMÉNEZ SEGADO en este sentido que: «[s]egún jurisprudencia constante, el bien jurídico protegido específicamente por el delito de maltrato habitual es la pacífica convivencia familiar, mediante la represión de aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación (...) lo que se pretende sancionar con este delito no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno afectivo y familiar» (JIMÉNEZ SEGADO, C., *Delitos de género y de violencia familiar*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 86 a 87).

<sup>49</sup> A este respecto, lo cierto es que el Tribunal Supremo, en alguna sentencia (STSS n.º 328/2016, de 20 de abril o 232/2015, de 20 de abril, entre otras), también ha sostenido que existe una duplicidad de bienes jurídicos protegidos, como son la dignidad de la persona y la paz familiar. A nuestro juicio, no es que en el artículo 173.2 CP se protejan simultáneamente dos bienes jurídicos distintos. La postura pluriofensiva en este delito tiene su razón de ser en la deficiente técnica legislativa empleada en este delito, que dificulta la identificación de un concreto bien jurídico protegido, motivo por el que se ha optado en algún caso por parte del Alto Tribunal por duplicar los bienes jurídicos protegidos.

el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar»<sup>50</sup>. En similares términos, sostiene DEL MORAL GARCÍA que: «[l]a reiteración de actividades de violencia, hasta crear una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, se debe castigar en mi opinión no por lo que comporta de ataque a la incolumidad física, sino por lo que tiene de violación de deberes especiales de respeto al cónyuge y a los hijos y familiares»<sup>51</sup>.

De esta forma, estos autores entienden que la ubicación sistemática más correcta del precepto se encuentra en el Título relativo a las relaciones familiares<sup>52</sup>, teniendo así presente la importancia de la familia en nuestra sociedad y en nuestra Constitución que, en su artículo 39.1 CE, dispone que: *[l]os poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

Coincidimos en este punto, no obstante, con RAMON RIBAS, cuando afirma que el Derecho Penal no es el instrumento correcto para la tutela de la institución familiar<sup>53</sup>. Asimismo, otro motivo por el que resulta complicado admitir que el bien jurídico protegido en el artículo 173.2 CP sea la pacífica convivencia tiene que ver con que con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el delito de maltrato habitual ya no exige que los actos de violencia habitual acaezcan en el ámbito convivencial, sino que es posible que la relación familiar ya no exista –como en el caso de los excónyuges- o que nunca haya existido - como aquellos novios o exnovios que nunca han convivido- o, incluso, que el sujeto pasivo sea una persona que por su especial vulnerabilidad esté sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> ACALE SANCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 132 a 133.

<sup>51</sup> DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos Penales de la Violencia Doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en *Encuentros “Violencia doméstica”*, 2004, p. 477. Disponible en línea [citado: 5 de noviembre de 2022].

<sup>52</sup> ACALE SANCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 131 o DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos Penales de la Violencia Doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», cit., p. 460.

<sup>53</sup> RAMON RIBAS E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 48.

<sup>54</sup> Véase SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 44.

### 3.3. LA DIGNIDAD HUMANA

Otra parte minoritaria de la Doctrina, como CERVELLÓ DONDERIS<sup>55</sup> o GÓMEZ RIVERO<sup>56</sup>, entiende que el bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP es la dignidad humana.

No obstante, a este respecto, afirma GRACIA MARTIN, con buen criterio, que la dignidad humana no es ningún bien jurídico, sino un atributo de toda persona por el mero hecho de serlo. Se trata, por tanto, de un atributo que constituye una simplificación de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales de la persona humana, que se traducen a nivel jurídico en una pluralidad de bienes jurídicos personalísimos diferenciados, de tal forma que cualquier bien jurídico de carácter personalísimo es reconducible a la dignidad de la persona, y todo atentado tales bienes implica una lesión a la dignidad de la persona<sup>57</sup>.

Por tanto, la indeterminación que acarrea la noción de dignidad obliga a buscar otras propuestas doctrinales que resulten más satisfactorias a la hora de dotar de contenido material al bien jurídico.

### 3.4 LA INTEGRIDAD MORAL

En último lugar, la Doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP es la integridad moral<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Sostiene CERVELLÓ DONDERIS que «parece correcto entender que junto a la integridad física y psíquica debe entenderse como bien jurídico protegido principalmente a la dignidad humana, pues en todo caso, con resultado lesivo o no, lo que sí produce cualquier conducta de maltrato es un ataque a la dignidad que el menor o cónyuge ostentan como personas titulares de derechos» (CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección», *Poder Judicial*, n.º 33 (1994), p. 53).

<sup>56</sup> Afirma GÓMEZ RIVERO que: «el clima mismo en que se contextualiza la realización típica determina que el objeto de protección desborde la mera contemplación de la situación de riesgo para entroncar con los conceptos más amplios de dignidad, bienestar, seguridad y tranquilidad, cuya tutela supera la contemplación aislada de los resultados lesivos que eventualmente llegaran a producirse» (GÓMEZ RIVERO, C., «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal*, n.º 6 (2000), p. 73).

<sup>57</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal Español de 1995», en *Actualidad Penal*, n.º. 31 (1996), pp. 581 a 582.

<sup>58</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 220; BOLEA BARDÓN C., «Artículo 173», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, de CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 617; GALDEANO

Ahora bien, para poder sostener que este es el concreto bien jurídico protegible y protegido se ha de realizar previamente, como ya adelantábamos, un esfuerzo por dotar de contenido material a ese interés. De lo contrario, tal bien jurídico no permitiría desempeñar su función de límite al *Ius Puniendi*, ni cumplir correctamente, *de lege lata*, con su función teleológica y de interpretación de los tipos penales.

Así, por ejemplo, OLAZOLA NOGALES<sup>59</sup> u OLMEDO CARDENETE<sup>60</sup> entienden que la integridad moral es una dimensión tanto espiritual como valorativa que tienen las personas, viéndose menoscabada cuando la víctima es tratada como si fuera un objeto. No obstante, a través de tal definición de la integridad moral no se logra dotar de entidad material suficiente a este interés como para poder considerarlo como bien jurídico desde un punto de vista político-criminal, ni tampoco como para servir como guía de interpretación del tipo, y ello dado que, en este intento de definición, se emplea otra expresión, como es «la dimensión espiritual y valorativa», que resulta igual de genérica e indeterminada que lo que *a priori* sucede con la referencia a la integridad moral<sup>61</sup>.

Por su parte, CAMPOS CRISTOBAL<sup>62</sup> o MUÑOZ SÁNCHEZ<sup>63</sup>, entre otros autores, identifican la integridad moral con un derecho a no ser sometido a tratos

---

SANTAMARIA, A., «Violencia de género y en el ámbito doméstico», en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I)*, de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1093; OLAZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», cit., pp. 283 a 284; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal», cit., p. 78; RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, cit., p. 47, SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 54, entre otros.

<sup>59</sup> OLAZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», cit., pp. 280.

<sup>60</sup> OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, cit., pp. 44 a 45.

<sup>61</sup> A este respecto, véase SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 49.

<sup>62</sup> CAMPOS CRISTOBAL, R., «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*, n.º 6 (2000), p. 20.

<sup>63</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 24.

inhumanos o degradantes, como sufrimientos físicos o psíquicos, confundiendo el bien jurídico con el derecho fundamental contenido en el artículo 15 de la Constitución Española. Afirma SAN MILLÁN FERNÁNDEZ que «un bien jurídico no es un derecho sino una determinada realidad que por ser valorada por la mayoría de los consociados como indispensable para la convivencia social - consenso que ha de traducirse (...) en su relevancia constitucional- ha sido jurídico-penalmente seleccionada como objeto de protección por una norma»<sup>64</sup>. Así lo considera también y ejemplifica BARQUÍN SANZ, cuando afirma que «del mismo modo que el derecho al honor protege el honor de la personas, el delito de injurias protege el honor de las personas y no el derecho al honor. La norma constitucional, el derecho fundamental en este caso, es un concepto y su objeto de protección, otro distinto»<sup>65</sup>.

CASTELLO NICÁS<sup>66</sup>, por su parte, equipara la integridad moral con el respeto a la condición de persona. No obstante, de conformidad con lo antes explicado en el apartado de cuestiones previas, tal referencia constituiría la norma o pauta de conducta y no la norma primaria, siendo esta última a través de la cual se selecciona el concreto interés que constituye el objeto de protección del precepto<sup>67</sup>.

Así las cosas, no parecen suficientemente fundamentados los argumentos ofrecidos acerca del contenido del bien jurídico integridad moral, por lo que, a continuación, pasaremos a exponer nuestra opinión.

---

<sup>64</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 25.

<sup>65</sup> BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Ed. Edersa, Madrid, 1992, pp. 222 a 223.

<sup>66</sup> CASTELLO NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, de MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), Madrid, 2002, p. 76.

<sup>67</sup> A este respecto, afirma SAN MILLÁN FERNÁNDEZ que «el bien jurídico seleccionado por la norma primaria contenida en el art. 173.2 CP sería la integridad moral, mientras que el respetar al otro como persona sería una pauta de conducta positivamente valorada por ser respetuosa con el bien jurídico seleccionado» (SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 51).

### 3.4.1 Posición personal

Habiendo descartado todas las definiciones propuestas hasta el momento sobre el concepto de integridad moral, se hace necesario encontrar una que resulte lo suficientemente adecuada desde el punto de vista político-criminal y dogmático para cumplir con las funciones que ha de desempeñar el bien jurídico.

Para afirmar que existe afectación de la integridad moral, hay que empezar por definir tal expresión. En este sentido, CASTELLO NICAS apela a la definición otorgada por el Diccionario de la Real Academia Española de integridad y de Moral<sup>68</sup>.

Conforme a una interpretación gramatical, la *integridad* sería la «[c]ualidad de integro», siendo integro aquello «[q]ue no carece de ninguna de sus partes», por lo que vulnerar la integridad de una persona supondría, en palabras de esta última autora, «privarle de una de sus partes, y concretamente, por lo que nos ocupa, supone privarle de su parte moral»<sup>69</sup>. De esta forma, queda por definir qué se entiende por *Moral*.

Gramaticalmente, se define como la Moral a aquello «[q]ue concierne al fuero interno o al respeto humano, y no al orden jurídico». En este mismo sentido, SORIANO distingue entre actos morales internos y actos jurídicos externos, distinguiendo así entre Moral y Derecho Penal<sup>70</sup>, que en común tienen el hecho de ser sistemas de ordenación de conductas, formas de control social, en base a unos valores predeterminados<sup>71</sup>. Existe así una moral social y una moral individual, siendo la moral individual un sistema normativo que rige el propio

---

<sup>68</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», cit., p. 54.

<sup>69</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», cit., p. 54.

<sup>70</sup> SORIANO DIAZ, R., *Sociología del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1997, p. 215.

<sup>71</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 62.

comportamiento y que constituye un ámbito autonormativo propio ajeno al Derecho<sup>72</sup>.

De esta forma, siguiendo a DE LA CUESTA AGUADO, «[a]l contemplar la Constitución en su art. 15 -y el CP en los artículos 173 y ss- a la "moral" -y su integridad- está haciendo referencia a este ámbito de relaciones "libre del Derecho" en el que se reconoce al individuo capacidad para auto-regir su conducta y modo de vida»<sup>73</sup>.

En este sentido, cada sujeto goza de una capacidad autonormativa que, además de quedar al margen del Derecho, ha de quedar también libre respecto del comportamiento cualquier otra persona que quiera entrometerse e imponerle un modo de vida o de ser a otra, empleando para el caso del delito de maltrato habitual violencia tanto física como psíquica para ello<sup>74</sup>, que sería en definitiva lo que generaría ese clima de dominación e intimidación del que habla el Tribunal Supremo.

En esta línea argumental, afirma SÁN MILLÁN FERNÁNDEZ que lo que tipifica el artículo 173.2 CP es que a la víctima se le prive del «propio reconocimiento de la condición de persona, pues esta condición lleva aparejada el reconocimiento de un ámbito autonormativo»<sup>75</sup>, siendo ello lo que conformaría, según se entiende en este trabajo, el contenido material del concepto de integridad moral que sostenemos, a efectos de considerar a esta expresión como bien jurídico.

---

<sup>72</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, cit., p. 61.

<sup>73</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, cit., pp. 228 a 229.

<sup>74</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 56.

<sup>75</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 56.

# **CAPÍTULO III: CONDUCTA Y ESTRUCTURA TÍPICA**

## **DEL ARTÍCULO 173.2 CP**

### **1. CONDUCTA TIPICA**

#### **1.1 CUESTIONES PREVIAS**

Una vez que nos hemos posicionado sobre el contenido del bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP, el siguiente paso será determinar qué tipo de conductas violentas atentan contra dicho bien jurídico o, lo que es lo mismo, qué actos suponen una intromisión en la capacidad para auto-regirse de los sujetos pasivos enunciados en el tipo.

A este respecto, se ha de recordar que la conducta que tipifica el artículo 173.2 CP consiste en ejercer habitualmente violencia física o psíquica. Por tanto, va a resultar trascendental definir qué se entiende por el ejercicio de *violencia física y/o psíquica*, así como conceptualizar en qué consiste el término *habitualmente*.

Dado que estos elementos del tipo no han sido definidos por el Código Penal, se han generado múltiples posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el significado típico que han de adquirir, sobre todo en relación con la problemática definición del concepto de habitualidad.

Así las cosas, a continuación, se tratará de delimitar que conductas son constitutivas de violencia física o psíquica, para proceder así a examinar con posterioridad cuándo existe habitualidad, y ello a la luz del bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP que hemos establecido.

#### **1.2 EJERCICIO DE VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA**

### 1.2.1 Ejercicio de violencia física

Existe unanimidad doctrinal a la hora de considerar como violencia física a aquellos actos que constituyan la aplicación de fuerza física o acometimiento material sobre el cuerpo del sujeto pasivo del delito<sup>76</sup>.

Afirma NUÑEZ CASTAÑO que «la violencia física debe ser entendida como cualquier manifestación agresiva o de maltrato (golpes, contusiones, zarandeos, empujones bruscos, bofetadas, patadas, etc.)»<sup>77</sup>, con independencia de que cause o no un resultado lesivo, en cuyo caso, dada la previsión de la cláusula concursal, se tendrá que aplicar el tipo relativos a las lesiones que corresponda<sup>78</sup>.

Para dotar de contenido lesivo a esta modalidad típica en relación con el bien jurídico definido en el anterior capítulo del trabajo, se ha de atender a dos cuestiones, a saber: de un lado, al padecimiento que sufre el sujeto pasivo como consecuencia de esos actos de violencia físicos y, de otro, a su repetición habitual.

Por tanto, cuando el sujeto activo lleva a cabo conductas de violencia física de forma habitual contra los sujetos pasivos, estos no solo sufren un daño físico, sino que tales actos de violencia física van a causar también, indefectiblemente, un malestar psíquico en ellos, situándolos en un clima de dominación por parte del agresor, que es el que este emplea para poder lesionar la integridad moral de la víctima<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> BOLDOVA PASAMAR M.A. y RUEDA MARTÍN M.A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», cit., p. 22; NUÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (artículo 173.2 2 del Código Penal)», cit., p. 123; GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, cit., p. 47.

<sup>77</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (artículo 173.2 2 del Código Penal)», cit., p. 123.

<sup>78</sup> DOVA PASAMAR M.A. y RUEDA MARTÍN M.A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», cit., p. 22.

<sup>79</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., pp. 94 a 95.

## 1.2.2 Ejercicio de violencia psíquica

La concreción del concepto de violencia psíquica como modalidad comisiva del delito de maltrato habitual no es una cuestión pacífica dentro de la Doctrina.

Primigeniamente, el delito de malos tratos habituales solo tipificaba la violencia física, pero el clamor social y doctrinal<sup>80</sup> motivó que el Legislador Penal decidiese introducir mediante la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, a la violencia psíquica como modalidad típica, precisamente a la vez que modificó la ubicación sistemática del delito, pasando ya a formar parte de los delitos contra la integridad moral.

La inclusión de la violencia psíquica en el artículo 173.2 CP plantea un nuevo problema, como es dotar de definición a una expresión tan sumamente vaga e imprecisa y que no tiene referente alguno en nuestra legislación<sup>81</sup>. En palabras de CORTÉS BICHARELLI, nos encontramos ante un término que resulta «absolutamente desconocido»<sup>82</sup>.

CAMPOS CRISTOBAL afirma contundentemente que la inclusión de la violencia psíquica en el delito de maltrato habitual constituye una decisión legislativa desacertada, poniéndose a su parecer en tela de juicio el principio de intervención mínima que rige en el Derecho Penal<sup>83</sup>. No obstante, el hecho de que resulte complejo determinar qué ha de entenderse por violencia psíquica no implica que esta modalidad típica deba excluirse, porque es perfectamente apta para lesionar la integridad moral de los sujetos contemplados por el tipo. Por ello,

---

<sup>80</sup> Así las cosas, entre otros, CUENCA SÁNCHEZ afirmaba en relación con exclusión de la violencia psíquica como modalidad típica del delito que «los castigos psíquicos pueden resultar más perjudiciales o dolorosos para las víctimas y que no existe motivo alguno para privilegiar el refinamiento en los modos de infligir mal, como sucede con este delito» (CUENCA SÁNCHEZ, J.C., «El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación», en *La Ley*, n.º 4, 1991, p. 1186).

<sup>81</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (artículo 173.2 2 del Código Penal)», cit., p. 124.

<sup>82</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, cit., p. 49.

<sup>83</sup> CAMPOS CRISTOBAL, R., «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar; valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico», cit., p. 23.

jurisprudencialmente, se debería de haber realizado un esfuerzo por delimitar y dotar de contenido a esta expresión.

En este sentido, entiende del MORAL GARCÍA que la interpretación de la violencia psíquica «ha de buscar un equilibrio entre una amplitud desmesurada, que produjese una panjudicialización, convirtiendo en diligencias previas, por maltrato habitual, toda la vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas; o una interpretación tan restrictiva que exigiese la producción de resultados lesivos y que casi redujese a la nada la ampliación del tipo»<sup>84</sup>.

NUÑEZ CASTAÑO afirma que no resulta posible otorgar a la violencia psíquica de una definición concreta y, en contraposición al concepto de violencia física, sostiene que la violencia psíquica ha de abarcar a todos aquellos actos que no comporten un contacto corporal con el sujeto pasivo<sup>85</sup>.

No obstante, más razonable y concreto parece determinar qué rasgos definitorios ha de presentar una conducta para generar un daño psíquico y, consecuentemente, poder ser considerada como un acto de violencia psíquica<sup>86</sup>.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ distingue entre actos intimidantes y humillantes como dos comportamientos distintos pero susceptibles de causar un daño psíquico. Así, define como acto intimidante a aquel con capacidad para producir en la víctima un sentimiento de miedo o angustia y que logre compeler su voluntad al prever esta la producción de un mal real o irreal, siendo posible incluso que la intimidación tenga lugar sin el empleo de palabras, bastando con que tal conducta, independientemente de en qué consista, cobre un sentido intimidante para la víctima que provoque en ella estado de tensión psicológica. No obstante, no todo acto de violencia psíquica constituye un acto de intimidación, sino que existen también otro tipo de actos que, sin ser necesariamente intimidantes, son también susceptibles de ser considerados

---

<sup>84</sup> DEL MORAL GARCÍA, A., «El delito de violencia habitual en el ámbito familiar», en *Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, p. 320.

<sup>85</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (artículo 173.2 2 del Código Penal)», cit., p. 125.

<sup>86</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., p. 95.

como actos de violencia psíquica. Esto es lo que sucede con los insultos o con determinados actos de desprecio o ridiculizantes<sup>87</sup>.

### 1.2.3 Trascendencia penal de cada uno de los actos de violencia

El artículo 173.2 CP requiere que los actos de violencia física o psíquica tengan lugar habitualmente, lo que implica que la consumación del delito exige que durante un determinado espacio de tiempo se realicen una pluralidad de actos violentos.

Lo que no expresa el Legislador es si es posible tener en cuenta para apreciar la habitualidad a actos que individualmente considerados resulten atípicos —por constituir actos de violencia psíquicos nimios— pero que conjuntamente considerados conformen una reiteración típica, o si, por el contrario, cada uno de esos actos de violencia debe ser típico *ex ante*.

Buena parte de la Doctrina ha venido entendiendo que cada uno de los actos de violencia debía ser constitutivo, al menos, de falta, lo que, en la actualidad, se ha de traducir como la exigencia de que cada acto que sea constitutivo de delito leve. Sostienen que cada acto singular de violencia debe de tener relevancia penal y parten del Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, que disponía que *[s]e tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual*. Consecuentemente, estos autores entendieron que este delito se integraba por una serie de comportamientos que inicialmente eran constitutivos de faltas y que se erigían como delito autónomo como consecuencia de la habitualidad de tales conductas y el ámbito en el que estas tenían lugar.

No obstante, si atendemos al concepto criminológico-social de habitualidad que sostiene el Tribunal Supremo, actos de violencia psíquicos que *a priori* son atípicos podrían llegar a adquirir relevancia penal como un todo, porque lo más importante según este planteamiento no son los actos de violencia ni su entidad, sino que esos actos de violencia en conjunto, sea cada uno de

---

<sup>87</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, cit., pp. 95 a 99.

ellos relevante o irrelevante penalmente, den lugar a la producción de un resultado concreto, como es la existencia de un estado de agresión permanente.

En este mismo sentido, si el Legislador penal hubiese configurado al delito de maltrato habitual como un delito de resultado, sería razonable también defender este planteamiento sobre la posible atipicidad de los actos individuales de violencia, ya que lo cierto es que puede haber conductas de violencia psíquica que individualmente consideradas no sean penalmente relevantes, pero que, en su conjunto, ante una repetición muy frecuente, se conviertan en graves porque logran causar un resultado que lesiona la integridad moral del sujeto pasivo<sup>88</sup>.

### 1.3 EL CONCEPTO TÍPICO DE HABITUALIDAD

La exigencia de habitualidad en el ejercicio de actos de violencia física o psíquica se configura cómo el elemento típico más esencial del artículo 173.2 CP, y también como el más controvertido a la hora de ser interpretado tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia<sup>89</sup>.

#### 1.3.1 Concepto

Tal y como venimos exponiendo a lo largo del trabajo y ya adelantábamos en el capítulo I, si bien el artículo 173.3 CP contempla los criterios legales que se han de tener en cuenta para apreciar la habitualidad, en la Doctrina y la Jurisprudencia conviven dos corrientes a la hora de interpretar este concepto: la interpretación formal o aritmética de la habitualidad y la interpretación material— que el Tribunal Supremo define como concepto criminológico-social de habitualidad—, habiendo explicado ya en qué consiste cada una de ellas.

---

<sup>88</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 12.

<sup>89</sup> No entraremos en este trabajo a abordar en profundidad la discusión doctrinal existente en torno a si la habitualidad se erige como un elemento objetivo y subjetivo del injusto. Baste con apuntar que, para algunos autores, la habitualidad se configura como un elemento subjetivo del injusto, es decir, como la actitud o inclinación del autor al ejercicio de actos violentos (véase a este respecto, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR M.A. y RUEDA MARTÍN M.A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», cit., p. 24). No obstante, tal y cómo hemos dejado ya entrever, en este trabajo se aboga por la postura que entiende la habitualidad como un elemento objetivo del tipo, de tal forma que este requisito no se encuentra vinculado a la forma de ser del sujeto activo, sino a la conducta.

Ya explicamos también en el capítulo inicial de este trabajo las razones por las que no puede ser asumido el concepto criminológico-social que sostiene el Tribunal Supremo, ya que tal criterio interpretativo exigía la constatación de un resultado, un estado o situación de agresión permanente o prolongada, que no consta en la redacción del tipo penal, por lo que entendimos y entendemos que el principio de legalidad penal se ve gravemente comprometido, al igual que, como ya anticipábamos, también se ve alterada la estructura típica del delito<sup>90</sup>.

Por tanto, teniendo presente que el artículo 173.2 CP no exige la existencia de ningún resultado típico, en este trabajo consideramos que lo más conveniente en estos momentos es sostener, *de lege lata*, un concepto jurídico formal de habitualidad, consistente simplemente en acreditar que han tenido lugar un determinado número de conductas violentas en un específico periodo temporal. No obstante, lo cierto es que, por exigencias también del principio de legalidad, sería conveniente que el propio tipo penal, fuera aparte de disponer que la habitualidad se constituye a través de una pluralidad de actos violentos próximos entre sí en el tiempo, concretase también cuál es el número de actos de violencia que deben cometerse y también el periodo máximo en el que pueden tener lugar, salvaguardando así el mandato de taxatividad.

Por tanto, la interpretación formal de la habitualidad puede ser, a nuestro juicio, una opción algo más respetuosa con el tenor literal del artículo 173.2 CP, aunque seguiría sin ser un planteamiento del todo satisfactorio, y en especial de cara a una intervención penal eficaz en este ámbito, en el que reconocemos que lo realmente importante no son el número de actos de violencia acaecidos, sino los resultados en los que se materialicen estos. Por ello, tal y como afirma SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, parece acertada una reforma de este precepto orientada a la exigencia de un resultado típico<sup>91</sup>.

Sin embargo, hasta que tal modificación no se produzca, lo más correcto es defender que la habitualidad se constituye mediante un número concreto de actos de violencia física o psíquica —a concretar jurisprudencialmente, ya que el

---

<sup>90</sup> A este respecto, véase SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 129.

<sup>91</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 128.

tipo penal no establece un número— que se suceden próximamente en el tiempo, desde el entendimiento de que ese conjunto o reiteración de actos violentos físicos o psíquicos, por ser cercanos entre sí, comporta *per se* la existencia no de un estado de agresión permanente, pero si de una situación de dominación psicológica sobre los sujetos pasivos, existiendo, por tanto, la lesión a un objeto de protección distinto respecto del de los actos individualmente considerados, como es la integridad moral de los sujetos pasivos, aunque sin necesidad de acreditar la producción de ningún resultado<sup>92</sup>.

Respecto al número concreto de actos de violencia que proponemos, parece razonable sostener una cifra mínima alta para poder entender así que con la mera realización de esos actos de violencia existe siempre la lesión del bien jurídico, es decir, que entendemos que como mínimo deberíamos encontrarlos ante cuatro actos violentos. Asimismo, en cuanto a la proximidad temporal entre estos actos de violencia, a pesar de que el Legislador no ha establecido tampoco un límite de tiempo, creemos que debe de tratarse de un plazo corto o lo suficientemente cercano para que la realización de tales actos se considere habitual, a saber, de como máximo dos años.

Así las cosas, de conformidad con esta interpretación formal o cuantitativa de la habitualidad que defendemos y teniendo en cuenta el caso concreto que resuelve la sentencia del «abecedario del maltrato», es posible afirmar que, dado que el sujeto activo cometió un número importante de actos violentos contra su pareja e hijas en un periodo concreto de dos años —que fue el que duró la relación y la convivencia—el Tribunal Supremo debería entender cumplidos los requisitos de pluralidad de actos violentos y de proximidad temporal y se debería de apreciar entonces la concurrencia de habitualidad en el maltrato y, consecuentemente, la existencia de una situación de temor y dominación sobre los sujetos pasivos, produciéndose así un ataque contra la integridad moral de cada uno de ellos.

---

<sup>92</sup> En relación con la propuesta jurídico formal de habitualidad que entendemos por ahora más acorde con el tipo penal, cabe destacar que no compartimos el planteamiento de que exista un estado permanente del maltrato. Tal expresión parece implicar que el contenido del injusto no se centra tanto en los hechos o en la reiteración de conductas violentas, sino más bien en el carácter del sujeto activo y no se ajusta al bien jurídico de la integridad moral que hemos establecido.

## 2. ESTRUCTURA TÍPICA

Las propias características del delito de maltrato habitual, junto con la deficiente técnica legislativa empleada en su redacción, complican el análisis de este último apartado del trabajo, destinado a abordar la estructura típica del artículo 173.2 CP.

Una parte de la Doctrina considera que nos encontramos ante un delito de mera actividad, de tal forma que para la consumación del tipo es suficiente con la realización de la conducta típica. No obstante, también existe un importante sector doctrinal que entiende que se trata de un delito de resultado, aunque lo cierto es que no existe unanimidad acerca de cuál sería este.

### 2.1 EL ARTÍCULO 173.2 CP COMO DELITO DE RESULTADO

Según un importante sector doctrinal, el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP se erige como un delito de resultado, de forma que, además de la realización de la conducta típica —como es el ejercicio habitual de violencia física o psíquica—, se ha de producir un resultado material.

El problema radica, no obstante, en determinar qué concreto resultado se ha de producir para que tenga lugar la consumación del delito.

Para OLMEDO CARDENETE, el resultado material en este delito está integrado por las consecuencias físicas y psíquicas que sobre la víctima tiene el ejercicio habitual de violencia<sup>93</sup>. No obstante, los efectos que sobre la salud física o psíquica del sujeto pasivo tengan los actos de violencia son constitutivos de los correspondientes tipos de lesiones, los cuales entrarán en concurso con el artículo 173.2 CP, por lo que no podrían constituir el resultado típico de este delito<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> OLMEDO CARDENETE M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001, p. 64.

<sup>94</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 126.

Por su parte MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS considera que el resultado material del artículo 173.2 CP es el perjuicio o menoscabo de la integridad moral del sujeto pasivo<sup>95</sup>. Sin embargo, tal y cómo sostiene SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, el menoscabo de la integridad moral hace referencia al desvalor del resultado en sentido valorativo, pero no se erige como un efecto espacio-temporal separable de la acción desde una perspectiva naturalística, que es lo que exigen los delitos de resultado para su consumación<sup>96</sup>.

## 2.2 EL ARTÍCULO 173.2 CP COMO DELITO DE MERA ACTIVIDAD

Según otro sector mayor de la Doctrina, el artículo 173. 2 CP es un delito de mera actividad.

Los autores que abogan por el bien jurídico de la integridad corporal y la salud física o mental en el delito de maltrato habitual entienden que, dado que el delito no exige la producción de un resultado de lesiones, ni tampoco la creación de una situación de peligro, el tipo se erige como un delito de mera actividad y de peligro abstracto<sup>97</sup>.

Con idéntico razonamiento, aquellos que sostienen que el objeto de protección del artículo 173.2 CP es la integridad moral consideran que el delito se constituye también como de mera actividad porque el tipo no exige la producción de lesiones<sup>98</sup>.

A nuestro juicio, el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP se configura cómo un delito de mera actividad. Ya comentamos en relación con el concepto criminológico-social de habitualidad que defiende el Tribunal Supremo que exigir un resultado material que no contempla el propio tipo penal resulta inadmisibles, ya que vulnera el principio de legalidad. Ahora bien, cuestión distinta

---

<sup>95</sup> MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Ed, Comares, Granada, 2001, pp. 13 a 56.

<sup>96</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 127.

<sup>97</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 121.

<sup>98</sup> GÓMEZ NAVAJAS, J., «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 11 (2004), p. 66.

es que, de *lege ferenda*, sea conveniente que el artículo 173.2 CP pase a configurarse como un delito de resultado, en aras a una mayor eficacia de la intervención penal en este ámbito<sup>99</sup>.

### **2.3 PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

Como decimos, parece aconsejable que en la redacción del delito de maltrato habitual se incluya un resultado, de tal forma que, además de la realización de un número de actos violentos en un espacio temporal concreto, el juez deba constatar la existencia de esa concreta situación a la que se ha visto sometida el sujeto pasivo como consecuencia de tales conductas.

Afirma SAN MILLÁN FERNÁNDEZ a este respecto que, dadas la complicaciones existentes en torno a la interpretación de la habitualidad, el hecho de que el artículo 173.2 CP exigiese un resultado además del ejercicio de la violencia física o psíquica sería muy conveniente, porque «la consumación y, por tanto, la tipicidad, no dependerán únicamente de la interpretación judicial del requisito de la habitualidad»<sup>100</sup>.

Pero ¿cuál sería ese concreto resultado que lesiona el bien jurídico protegido por el delito?

En ese trabajo defendemos —tal y cómo ya adelantábamos en relación con la interpretación formal de la habitualidad que *de lege lata* proponíamos—, que el resultado del delito de maltrato habitual debería ser el de un estado de dominación psicológica sobre el sujeto pasivo, y ello como consecuencia de los distintos actos de violencia físicos y/o psíquicos cometidos por el sujeto activo. Este sería, a nuestro juicio, el resultado que más puede afectar a la capacidad del sujeto pasivo para auto-regir su conducta y su modo de vida, en consonancia con la definición de integridad moral que se sigue en este trabajo como bien jurídico protegido por el delito del artículo 173.2 CP.

---

<sup>99</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 129.

<sup>100</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *Delito de maltrato habitual*, cit., p. 129.

## CONCLUSIONES

### I

La sentencia 684/2021, de 15 de septiembre de 2021, cuyo ponente es Vicente Magro Servet, recoge lo que expresamente en su fundamento tercero enuncia como el «abecedario del maltrato habitual».

Esta sentencia aspira a convertirse en referente para el propio Tribunal Supremo y tribunales inferiores a la hora de interpretar el tipo del artículo 173.2 CP y, aunque no puede negarse la relevancia de las aportaciones de esta sentencia en relación con las reglas que rigen la valoración de la prueba en el delito de maltrato habitual, lo cierto es que esta resolución judicial no logra poner fin a las distintas discusiones que en el seno de la Doctrina se han sucedido en torno a cuál sería el efectivo objeto de protección del artículo 173. 2 CP y sobre cómo interpretar debidamente el requisito típico de la *habitualidad*.

Este pronunciamiento judicial aborda estas dos cuestiones, tan importantes como controvertidas, pero lo hace recopilando la doctrina que el Tribunal Supremo ya dictó en anteriores resoluciones y que presenta manifiestos inconvenientes.

### II

La sentencia del «abecedario del maltrato» establece que el concreto bien jurídico protegido por el artículo 173.2 CP es la pacífica convivencia entre personas vinculadas por lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia, a pesar de que la mayoría de la Doctrina aboga por considerar como objeto de protección del delito de maltrato habitual a la integridad moral.

La determinación del bien jurídico protegido por el delito de maltrato habitual ostenta un papel fundamental a la hora de apreciar la habitualidad y también va a permitir concretar si el tipo penal posee o no esa naturaleza unitaria que le atribuye al delito el Tribunal Supremo.

En relación con esto último, si el objeto de protección fuese el que se propugna en esta sentencia y, por ende, la titularidad correspondiese a todos los

sujetos pertenecientes al núcleo familiar, se apreciaría entonces, tal y como sucede en la sentencia mencionada, la existencia de un único delito. Sin embargo, si el objeto de tutela en este delito fuese la integridad moral, habría que entender que tendrían lugar tantos delitos como sujetos pasivos existan, produciéndose así un concurso de delitos cuando las conductas típicas se dirigieren contra sujetos distintos de entre los enunciados en el precepto.

### III

La determinación del bien jurídico protegido por el delito de maltrato habitual ha generado un gran debate doctrinal y jurisprudencial y es una labor ardua debido a la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción del delito.

La postura mayoritaria —a la que nos sumamos— es aquella que entiende que el bien jurídico protegido por el delito de maltrato habitual es la integridad moral. Sin embargo, existen otras tres opiniones doctrinales, minoritarias, que discrepan: por un lado, un sector doctrinal entiende que el bien jurídico es la integridad corporal y la salud física o mental, mientras que para otro y para el Tribunal Supremo lo es la paz familiar y, finalmente, un sector minoritario considera que el objeto de protección es la dignidad de la persona.

### IV

Para poder sostener que el concreto bien jurídico protegible y protegido por el artículo 173.2 CP es la integridad moral se ha de realizar previamente un esfuerzo por dotar de contenido material a ese interés.

En nuestra opinión siguiendo a DE LA CUESTA AGUADO y a SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, el concepto de integridad moral como bien jurídico ha de definirse a partir del concepto de capacidad auto normativa que cada persona ostenta por el mero hecho de serlo y que ha de quedar al margen del comportamiento de cualquier otro individuo que pretenda imponerle al sujeto pasivo un modo de vida o de ser, empleando en el caso del delito de maltrato habitual actos de violencia tanto física como psíquica.

## V

La conducta que tipifica el artículo 173.2 CP consiste en ejercer violencia física o psíquica habitualmente.

Cuando el sujeto activo lleva a cabo conductas de violencia física de forma habitual contra los sujetos pasivos, se ha de entender que estos últimos no solo sufren un daño físico, sino que tales actos de violencia física van a causar también, indefectiblemente, un malestar psíquico en ellos, situándolos en un clima de temor y dominación por parte del agresor, que es el que este emplea para poder lesionar la integridad moral de las víctimas.

Por su parte, la violencia psíquica, que no se define ni legal ni jurisprudencialmente, se compone, según lo entiende SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, de actos intimidantes y actos humillantes. Esta atora define como acto intimidante a aquel con capacidad para provocar en la víctima un sentimiento de angustia que logre compeler su voluntad al prever esta la producción de un mal ya sea este real o irreal. No obstante, existen también otro tipo de actos que, sin ser necesariamente intimidantes, son también susceptibles de ser considerados como actos de violencia psíquica, como sucede con los insultos o con determinados actos de desprecio.

## VI

El Legislador penal no concreta si para apreciar la habitualidad se pueden tener en cuenta a actos que individualmente considerados resulten atípicos —en lo que respecta a los actos de violencia psíquicos de muy escasa entidad— pero que conjuntamente considerados conformen una reiteración típica a los efectos del delito del artículo 173. 2 CP, aunque parece ser que en la sentencia del «abecedario del maltrato» el Tribunal Supremo entiende que cada uno de esos actos de violencia debe ser típico.

Un sector de la Doctrina ha venido entendiendo que cada uno de los actos de violencia debía ser constitutivo, al menos, de falta, lo que, en la actualidad,

se ha de traducir como la exigencia de que cada acto de violencia sea constitutivo de delito leve, a pesar de que otros autores sostienen que es posible apreciar la habitualidad mediante actos que individualmente considerados resulten atípicos pero que adquieran relevancia penal como consecuencia del significado conjunto que adquieren tales acciones.

La postura que mantiene el Tribunal Supremo parece contraria al propio concepto criminológico-social de habitualidad que mantiene, según el cual lo relevante no son los actos de violencia sucedidos sino el resultado de tales conductas violentas, como es la permanencia del trato violento.

Por tanto, la interpretación material de la habitualidad que sostiene el Alto Tribunal sí permitiría entrar a valorar si conductas de violencia psíquica que individualmente consideradas son atípicas, ante una repetición muy frecuente, se pueden convertir en su conjunto en lo suficientemente graves como para lograr causar un resultado que lesione la integridad moral del sujeto pasivo.

## VII

El artículo 173.3 CP determina que para apreciar la existencia de habitualidad se ha de atender a la pluralidad de actos violentos realizados y la proximidad temporal entre estos.

La sentencia 684/2021, de 15 de septiembre de 2021, no provoca un cambio cualitativo en la doctrina que sobre el concepto de habitualidad viene manteniendo el Tribunal Supremo, ya que el Alto Tribunal reitera en esta sentencia su ya conocida tesis criminológica-social sobre el concepto de habitualidad, según la cual, para apreciar la existencia de habitualidad basta con la constatación de la *permanencia del trato violento*.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, con anterioridad a este criterio criminológico-social, adoptó de forma inicial un concepto jurídico-formal, cuantitativo de la habitualidad, que exigía, el primer lugar, cuantificar el número de actos violentos realizados debiendo ser, como mínimo, tres, y, en segundo lugar, concretar el espacio temporal en el que estos tenían lugar para poder apreciar la concurrencia de habitualidad.

## VIII

El concepto criminológico-social que sostiene el Tribunal Supremo exige la constatación de un resultado, un estado o situación de agresión permanente o prolongada, que no consta en la redacción del tipo penal, siendo esta una interpretación contraria al principio de legalidad y que altera sustancialmente la estructura típica del delito, que se erige verdaderamente como un delito de mera actividad y no de resultado. Por ello, en este trabajo abogamos por aplicar *de lege lata* un concepto jurídico-formal de habitualidad, aunque admitiendo que este seguiría sin ser un planteamiento del todo satisfactorio de cara a una intervención penal eficaz en este ámbito, en el que lo realmente importante no son el número de actos de violencia, sino los resultados en los que se materialicen estos. Por ello, parece correcto que, *de lege ferenda*, se introduzca en el tipo penal exigencia de un resultado material.

## IX

En ese trabajo defendemos que *de lege ferenda* el resultado del delito de maltrato habitual debería ser el de un estado de dominación psicológica sobre el sujeto pasivo y ello como consecuencia de los distintos actos de violencia físicos y/o psíquicos cometidos por el sujeto activo, siendo esta una situación que afecta directamente a la capacidad del sujeto pasivo para auto-regir su conducta, en consonancia con la definición de integridad moral que se sigue en este trabajo como bien jurídico protegido por el delito del artículo 173.2 CP.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SANCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Ed. Edersa, Madrid, 1992.

BENITEZ JIMÉNEZ, M.J., «Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pp. 403 a 449.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14 (2004), pp. 11 a 28.

BOLEA BARDÓN C., «Artículo 173», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 2/2015*, de CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 617 a 630.

CAMPOS CRISTOBAL, R., «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*, n.º 6 (2000), pp. 15 a 30.

CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CASTELLO NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, de MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), Madrid, 2002, pp. 53 a 80.

CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección», *Poder Judicial*, n.º 33 (1994), pp. 45 a 68.

CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

CUENCA SÁNCHEZ, J.C., «El nuevo artículo 425 del Código penal. Dificultades de aplicación», en *La Ley*, n.º 4, 1991, pp. 1184 a 1189.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6 (1996), pp. 137 a 192.

DEL MORAL GARCÍA, A., «El delito de violencia habitual en el ámbito familiar», en *Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, pp. 299 a 352.

EL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos Penales de la Violencia Doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en *Encuentros "Violencia doméstica"*, 2004, pp. 457 a 526.

GALDEANO SANTAMARIA, A., «Violencia de género y en el ámbito doméstico», en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I)*, de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 919 a 963.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GÓMEZ NAVAJAS, J., «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 11 (2004), pp. 45 a 88.

GÓMEZ RIVERO, C., «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal*, n.º 6 (2000), pp. 67 a 83.

GRACIA MARTÍN, L., «El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal Español de 1995», en *Actualidad Penal*, n.º31 (1996), pp. 581 a 582.

HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, de Hefendehl, R., (Coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 91 a 100.

JIMÉNEZ SEGADO, C., *Delitos de género y de violencia familiar*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.

MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS E., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Ed, Comares, Granada, 2001.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2006.

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Ed. B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002.

MIR PUIG, S., «Bien jurídico protegido y bien jurídico penal como límite del ius puniendi», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 14 (1990), pp. 203 a 216.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, de BOLDOVA PASAMAR, M. A., y RUEDA MARTÍN, M. A., (Coords.), Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 69 a 100.

NUÑEZ CASTAÑO, E., «La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (artículo 173.2 2 del Código Penal)», en *Revista de Estudios de Justicia*, n.º12 (2010), pp. 95 a 146.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Funciones y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Fasc /mes 1 (1990), pp. 5 a 28.

OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), pp. 269 a 316.

OLMEDO CARDENETE M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001.

PÉREZ RIVAS, N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)», en *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, n.º 30 (2016), pp. 169 a 182.

PÉREZ- SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

RAMON RIBAS E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. J.M Bosch Editor, Barcelona, 1992.

SORIANO DIAZ, R., *Sociología del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1997.

TORRES DIAZ, M.C., *Abecedario del maltrato habitual: un paso más hacia la perspectiva de género en la justicia*. Disponible en línea en: [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es) [citado: 4 diciembre 2022].

VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., *El Tribunal Supremo fija las características del delito de maltrato habitual*. Disponible en línea en: <https://blog.sepin.es> [citado: 4 diciembre 2022].